

Anuario de Derecho
Constitucional Latinoamericano

22° año

Anuario 2016



Konrad
Adenauer
Stiftung

Programa Estado de Derecho para Latinoamérica

**Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano
2016**

Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano 2016



**Konrad
Adenauer
Stiftung**

Programa Estado de Derecho para Latinoamérica

ANUARIO DE DERECHO CONSTITUCIONAL LATINOAMERICANO

Publicación anual del Programa Estado de Derecho para Latinoamérica de la Fundación Konrad Adenauer.

Se especializa en derecho constitucional y publica también artículos relativos a otras ramas del derecho, tales como el derecho procesal constitucional, el derecho administrativo, derechos y garantías individuales, el derecho internacional de los derechos humanos y el derecho de la integración.

Estos temas constituyen, además, los ejes del Programa Estado de Derecho para Latinoamérica de la entidad editora, la Fundación Konrad Adenauer.

El ANUARIO DE DERECHO CONSTITUCIONAL LATINOAMERICANO tiene como objetivo difundir trabajos de investigación de autores latinoamericanos y pretende lograr una distribución equitativa de temas y de nacionalidades de los autores.

Los artículos que se publican deben ser inéditos y de contenido científico. Se destina asimismo un espacio para el análisis de jurisprudencia relevante en materia constitucional.

Esta publicación se distribuye gratuitamente, en el marco de la cooperación internacional de la Fundación Konrad Adenauer.

Los textos que se publican son de la exclusiva responsabilidad de sus autores y no expresan necesariamente el pensamiento de los editores. Se autoriza la reproducción total o parcial del contenido con inclusión de la fuente.

© 2016 KONRAD - ADENAUER - STIFTUNG e. V.

KONRAD-ADENAUER-STIFTUNG e. V.
Klingelhöferstr. 23
D-10785 Berlín
República Federal de Alemania
Tel.: (+49-30) 269 96 453
Fax: (+49-30) 269 96 555

FUNDACIÓN KONRAD ADENAUER
Programa de Estado de Derecho para Latinoamérica
Calle 90 No. 19 C - 74, piso 2
Bogotá
República de Colombia
Tel.: (+57 1) 743 09 47
Fax: (+57 1) 743 09 47-7
www.kas.de/iusla
iusla@kas.de
Twitter: @KASiusLA
Facebook: www.facebook.com/kasiusla

Editores responsables

Marie-Christine Fuchs
Christian Steiner

Coordinación editorial

Nadya Hernández

Coordinación académica

Diana Dajer (español)
Ginna Rivera (portugués)

Corrección de estilo

Emma Ariza (español)
Paulo Baptista (portugués)

Traducción

Paulo Baptista (portugués)
Dieter Schonebohm (alemán)
Ilka Mauelshagen (alemán)
Daniel Kaplan (inglés)

Diagramación

Marta Rojas

Impresión

Unión Gráfica

ISSN 2346-0849

Impreso en Colombia – *Printed in Colombia*

Correspondencia, contribuciones, solicitudes de canje o donación e-mail: iusla@kas.de

El ANUARIO DE DERECHO CONSTITUCIONAL LATINOAMERICANO está registrado en el Directorio Latindex.

Contenido

<i>Presentación</i>	9
---------------------------	---

I. Perspectivas de las relaciones entre justicia y política en América Latina

1.1. Separación de poderes: tensiones y límites

- Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira (Brasil)
Alexandre Gustavo Melo Franco de Moraes Bahia (Brasil)
Diogo Bacha e Silva (Brasil)
Os contornos do Impeachment no Estado Democrático de Direito: historicidade e natureza da responsabilização jurídico-política no presidencialismo brasileiro.....17
- Gonzalo Gabriel Carranza (Argentina)
Constitucionalidad y oportunidad política en el nombramiento de los miembros de la Corte Suprema en Argentina. Especial alusión a la designación en comisión.....33
- Francisco Gnecco Estrada (Colombia)
Santiago García Jaramillo (Colombia)
Por una colaboración armónica entre el juez constitucional y el poder político. Análisis desde la historia constitucional colombiana.....53
- José Ignacio Hernández G. (Venezuela)
Justicia constitucional y poder político en Venezuela.....75
- Roric León Pilco (Perú)
El precedente del Tribunal Constitucional y su eficacia frente al poder político: una mirada al caso peruano97

1.2. Independencia judicial y control político

- Allan R. Brewer-Carías (Venezuela)
El juez constitucional en Venezuela contra la representación popular: la eliminación de la potestad de autotutela de la Asamblea Nacional sobre sus propios actos.....123

- Francisco J. Campos Zamora (Costa Rica)
Tensiones en la administración de justicia: entre la dependencia política y el Estado judicial.....155
- Luis Ignacio Cavanna (Uruguay)
Independencia de los jueces en Uruguay, ¿modelo en el contexto latinoamericano?.....171
- Eduardo Tomás Martín Richter (Argentina)
La justicia y el poder. Una relación necesaria para el desarrollo de los procesos democráticos en América Latina.....189
- Maitê Damé Teixeira Lemos (Brasil)
Mônia Clarissa Hennig Leal (Brasil)
Os fenômenos da judicialização da política e da politização do judiciário: uma abordagem a partir da relação entre direito e política.....211

1.3. Derecho constitucional, administración de justicia y poder ciudadano: alcances y diálogo abierto

- Helena Colodetti Gonçalves Silveira (Brasil)
Igor Suzano Machado (Brasil)
Leonardo Almeida Crespo (Brasil)
Direito e política na jurisdição constitucional brasileira: entre a potencialidade da defesa de direitos dos cidadãos e os limites da efetivação de pautas corporativas231
- Paúl Córdova Vinuesa (Ecuador)
Constitucionalismo dialógico y última palabra. Una agenda de políticas deliberativas para las cortes constitucionales253
- William Ernesto Santamaría Alvarenga (El Salvador)
Sentencias de la Sala de lo Constitucional: ¿ciudadanización de la democracia?271
- Diana Marcela Daza Gacha (Colombia)
Laura Cristina Montenegro Sarmiento (Colombia)
Tensiones en la democracia. El modelo colombiano leído desde los paradigmas democráticos297
- Roberta Maia Gresta (Brasil)
Polianna Pereira dos Santos (Brasil)
Direitos políticos como direitos da sociedade: crítica ao aprisionamento semântico dos direitos políticos317

II. Sistema interamericano de derechos humanos, derecho constitucional y derechos fundamentales

2.1. El control de convencionalidad: debates entre el derecho nacional y el internacional

- Eduardo Ferrer Mac-Gregor (México)
El control de convencionalidad como un vehículo para el diálogo judicial entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los tribunales de América337
- Carlos Alberto Gabriel Maino (Argentina)
Los derechos humanos: baluarte y socavo de las instituciones. Hacia un adecuado equilibrio entre el control judicial de convencionalidad y la representación política de los procesos democráticos.....357
- Roberto Hung Cavalieri (Venezuela)
Los derechos humanos en Venezuela luego de la denuncia de la Convención. (El desconocimiento del sistema interamericano con expresa complicidad de la justicia constitucional).....381
- Alberto Pérez Dayán (México)
Evolución y perspectivas en la interpretación del debido proceso legal401
- Ricardo C. Pérez Manrique (Uruguay)
Control de convencionalidad. Análisis de jurisprudencia409
- Fernando Alberto Rey Cruz (Colombia)
El derecho internacional de los derechos humanos en el sistema jurídico colombiano. Logros y dilemas en su aplicación.....421

2.2. Protección y garantía de los derechos fundamentales: transformaciones y retos

- María Victoria Calle Correa (Colombia)
La Constitución en marcha. El cumplimiento de sentencias estructurales en la Corte Constitucional colombiana449
- Mónica Castillejos Aragón (México)
Escrutinio judicial y la interpretación de la garantía de igualdad y no discriminación en México461

- Emerson Affonso da Costa (Brasil)
Jurisdição constitucional, direitos fundamentais e princípio democrático: parâmetros para a atuação do poder judiciário na promoção dos valores constitucionais em respeito ao princípio majoritário479
- Mara Gómez (México)
La contribución de la Corte Internacional de Justicia al desarrollo de los derechos humanos en el mundo.....499
- Carlos Ramón Salcedo Camacho (República Dominicana)
Posmodernismo, derechos fundamentales implícitos y la solución constitucional dominicana521

2.3. Derechos económicos, sociales y culturales y sostenibilidad fiscal

- Daniel Ricardo Quiroga Villamarín (Colombia)
Recontextualizando la globalización. El “espacio intermedio” de la sostenibilidad fiscal en Colombia.....547
- Víctor Bazán (Argentina)
Los derechos sociales en épocas de emergencias y crisis económicas571

III. Lecturas de la función judicial en América Latina

- Eliana de Rosa (Argentina)
Crisis de la función judicial y alternativas de superación: dos visiones contrapuestas603
- Enrique Navarro Beltrán (Chile)
45 años del Tribunal Constitucional de Chile (1971-2016)621
- Farit Limbert Rojas Tudela (Bolivia)
Por una genealogía del saber jurídico.....645
- Pol Willan Roman Andrade (Bolivia)
Pluralismo jurídico y deslinde jurisdiccional661
- Instrucciones para la presentación de artículos*.....677

Presentación

El Programa Estado de Derecho para Latinoamérica de la Fundación Konrad Adenauer se complace en presentar esta nueva edición del *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*. La publicación del año 2016 recoge artículos que contribuyen al debate sobre diversas problemáticas de la región, exponiendo la doctrina y la jurisprudencia más reciente sobre cuatro temáticas de importancia para el desarrollo del derecho constitucional: las relaciones entre justicia y política, el sistema interamericano de derechos humanos, la garantía de los derechos y la función judicial.

Así, en primer lugar, esta edición incluye una sección especial sobre una reflexión propuesta en el *Anuario* del año 2015 y sobre la cual el Programa propició diálogos abiertos entre distintos analistas latinoamericanos, a los que se sumó una convocatoria especial para abordar la relación entre justicia y política. Esta temática partió del reconocimiento de las problemáticas actuales que enfrenta el modelo de Estado democrático de derecho en América Latina y del impacto que pueden traer para su legitimidad y funcionalidad. Los amplios términos del debate permitieron incluir asuntos constitucionales que bordean desde el principio de la separación de poderes, pasando por la independencia judicial, la transparencia y el control político, hasta la materialidad de cuestiones como la administración de justicia, su financiamiento y su autonomía presupuestaria, la garantía de los derechos fundamentales y la eficacia del Estado de derecho.

De las reflexiones fomentadas por el Programa y de los artículos incluidos en esta sección especial se destacan aspectos fundamentales que se espera contribuyan a la continuidad que tendrá y deberá tener el debate, no solo entre académicos sino también en las instancias de formación y acción jurídica.

Por ejemplo, la cuestión sobre la legitimidad de los tribunales, cortes y salas constitucionales, cuya base no está arraigada propiamente y de manera directa en las instancias electorales de la democracia, sino en el cumplimiento de la función de control a los poderes públicos y la garantía de los derechos fundamentales, da lugar a reconocer que las decisiones constitucionales no solo tienen claros efectos políticos, sino que son objeto de intensa discusión en casos en los que parecen desbordados los límites y facultades de cada poder y en los que las instituciones constitucionales se ven obligadas a actuar ante el vacío de acción de lo político.

En este sentido –y considerando los preocupantes índices de desigualdad social y económica en América Latina, la falta de respuestas y políticas públicas que garanticen condiciones materiales dignas para la mayoría de la población, así como los déficits en el acceso a la justicia–, una de las consideraciones que parece más relevante afirmar es que el Estado de derecho, con sus variaciones nacionales, como modelo político y jurídico, tendrá dificultades de sobrevivencia, si no son resueltos con urgencia los graves problemas de exclusión de la región.

Con ello, lo que se demanda entonces es una activación de mecanismos de garantía de derechos más eficientes, la erradicación de prácticas de corrupción y postergación de las garantías constitucionales, el cumplimiento de las sentencias judiciales y la construcción de mejores interacciones interinstitucionales entre los poderes públicos, que replanteen la relación entre justicia y política en términos de horizontalidad y de balance entre la efectividad del Estado y la concreción del sistema de pesos y contrapesos.

Sumado a ello, en las profundidades del debate también merecen consideración los mecanismos de elección de las magistraturas, los cuales, en algunos casos, son muestra del deterioro de los procesos democráticos latinoamericanos, de los efectos de la politización de la justicia y de la desconfianza ciudadana en el Estado. Al respecto, varios han sido los intentos de reformulación en la región que han buscado ajustar los mecanismos de elección. Sin embargo, no todos han tenido resultados positivos, por lo que se justifica un seguimiento activo del tema que resuelva problemas como la falta de involucramiento de la sociedad civil, la falta de legitimidad democrática, las malformaciones que han sufrido los modelos en los que sí se ha protegido la participación social en la elección de jueces o las debilidades en las carreras judiciales y en la formación jurídica, por solo mencionar unos ejemplos.

Por último, y con la imposibilidad manifiesta de dar un desarrollo más amplio en esta presentación a la temática propuesta, se resalta otro aspecto identificado como central para una relación más armónica y equilibrada entre justicia y política. Se trata de la autonomía presupuestal de los poderes judiciales. De acuerdo con las valoraciones expertas en la materia, la dependencia económica de la justicia de los otros poderes estatales sigue siendo motivo de presión para la primera y obstáculo para una relación colaborativa con los segundos. Esto es válido no solo a nivel nacional, sino también con un grado de gravedad creciente para las jurisdicciones a nivel regional. De ahí que la reestructuración de los mecanismos de financiación de la justicia haga parte de las agendas judiciales de varios países de la región, con el ánimo de que los mismos puedan ofrecer mejores garantías para la independencia judicial, la separación de poderes y la protección de los derechos fundamentales.

Lo mencionado hasta aquí, como los demás aspectos que hacen parte del espectro de análisis sobre la relación en cuestión, requieren, sin duda, una mayor presencia en las agendas académicas, jurídicas y políticas que, en democracia, pueda manifestar perspectivas críticas y potenciar salidas y propuestas de contundencia.

En segundo lugar, varios artículos seleccionados para esta edición del *Anuario* también examinan los avances, retos y problemáticas en la región en materia del desarrollo del sistema interamericano de derechos humanos y la garantía de derechos. Frente al primer aspecto, y a modo de diálogo entre el derecho nacional y el internacional, el *Anuario* divulga reflexiones de actores de ambas jurisdicciones sobre el control de convencionalidad. A su vez, frente a la garantía de derechos en América Latina, esta edición contiene artículos en materia de transformaciones y retos en cuanto a la protección de derechos fundamentales, tales como las sentencias estructurales en Colombia y la garantía del derecho a la igualdad en México, así como consideraciones sobre sostenibilidad fiscal y protección de los derechos económicos, sociales y culturales.

Por último, y como elemento estrechamente relacionado con la sección en materia de justicia y política, el *Anuario* también recoge un conjunto de artículos sobre la interpretación de la función judicial. En este aparte se destacan lecturas y perspectivas de diversos autores acerca de este aspecto sustancial para el fortalecimiento del Estado de derecho en el continente. Los textos publicados en las diversas secciones son el resultado de un proceso de selección entre más de 80 artículos enviados al Comité Editorial del *Anuario* por autores de toda la región. De igual forma, esta edición incluye ponencias presentadas por diferentes magistrados que asistieron al XXII Encuentro de Presidentes y Magistrados de Tribunales, Salas y Cortes Constitucionales de América Latina, llevado a cabo en Ciudad de México, en junio de 2016.

Ahora bien, en el contexto de animar una nueva agenda de discusión y reflexión para nuestra publicación, el Programa ve con interés la relación entre las constituciones y la economía. Este tema será uno de los enfoques de la próxima edición del *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*.

¿Cómo interactúan el orden económico y la constitución? ¿Deben establecer las constituciones parámetros sobre el sistema económico de los países? ¿Las cartas políticas necesitarían prever reglas y normas que sean aplicables a las actividades y a las relaciones económico-financieras? ¿O deben abstenerse de toda regulación de la economía? ¿Qué implicaciones tienen los derechos fundamentales sobre el sistema económico de un Estado? ¿Prescriben aquellos derechos un modelo económico determinado?

Las instituciones públicas, los derechos y libertades de los ciudadanos y las interrelaciones que tienen aquellos derechos con el poder político no funcionarían sin un mínimo de estructura socioeconómica. Es por esto que toda constitución opta por una organización económica, de manera directa o indirecta. Si la constitución no prescribe expresamente la introducción de un modelo económico, en muchos Estados hay un conjunto de reglas jerárquicamente dependientes de la constitución que regulan gran parte de la vida económica y deben ser interpretadas a la luz de la carta democrática. Además, cada constitución prevé un catálogo de derechos fundamentales, lo cual, al menos de manera implícita, predetermina el modelo económico de un país. Aquellos derechos no pueden tratarse aisladamente de la concepción

político-económica, puesto que son piezas básicas de una organización económica. La particularidad y la dificultad del derecho constitucional en este contexto se funden en la aplicación de los principios constitucionales a la realidad económica, tarea que toca sobre todo a los tribunales constitucionales.

Hasta ahora, la connotación económica de los derechos humanos es una materia poco investigada y reconocida. Sin embargo, es evidente que garantías fundamentales como la libertad de actuar y de libre movimiento, el derecho a la igualdad, a la libertad de reunión y de asociación y, sobre todo, la libertad profesional y de empresa en combinación con el derecho a la propiedad, están en contraposición a una economía de planificación centralizada y monopolizada por el Estado o al establecimiento de un sistema socialista, que no reconoce el instituto de la propiedad privada.

A propósito del derecho a la propiedad privada, si la constitución o la jurisprudencia de un tribunal constitucional prescribe que una expropiación por parte del Estado se permite solo en casos excepcionales en los que el bien común prevalece sobre los intereses individuales, caso en el que el individuo debe recibir una indemnización, esto prohibiría la expropiación como medida de reestructuración radical de la economía. Otro aspecto de este derecho: según la Corte Interamericana de Derechos Humanos, *inter alia*, el derecho a la propiedad implica que las comunidades indígenas tienen un derecho al uso tradicional de los recursos de sus territorios para garantizar su sobrevivencia económica y cultural. El ejercicio de este derecho por parte de los pueblos indígenas podría entrar en conflicto con intereses empresariales en la extracción de recursos de las mismas tierras. En estos casos, corresponde también a las cortes hacer una ponderación adecuada entre ambos derechos e intereses, lo que demuestra la importancia que tiene el poder judicial en el ámbito económico y financiero.

La discusión es oportuna también en relación con las implicaciones económicas del derecho a la libre opinión y expresión, que comprenden la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole. La libertad de expresión no solo debe ser entendida como el derecho a poseer un sistema de prensa escrita libre de influencias gubernamentales y de censura. En su componente de “derecho negativo”, la libertad de expresión y de información conlleva el derecho a la no privación de la pluralidad y diversidad de la prensa, que implica un deber de protección de este pluralismo por parte del Estado. Asimismo, los monopolios u oligopolios que controlan los medios de comunicación deben estar sujetos a leyes antimonopólicas. ¿Pero implica esto la prohibición total de monopolios de medios o editoriales? ¿Implica esto la disgregación *a posteriori* de monopolios existentes o solo el control de concentración *a priori* mediante las leyes de la libre competencia? ¿Cómo se relaciona este control estatal con el derecho de los grupos mediáticos a la propiedad y su libertad de empresa que conlleva también el derecho de asociarse con otras empresas mediáticas?

En otras esferas del debate, los derechos sociales y colectivos, que obtienen una importancia y reconocimiento creciente en las constituciones latinoamericanas,

influyen también de una manera decisiva en el orden económico y laboral, en tanto prescriben un nivel mínimo de seguridad social del ciudadano, al que podría corresponder un deber de protección por parte del Estado, o de los cuales se podría interpretar una orden constitucional al poder legislativo de introducir mecanismos de control del Estado frente a la libre economía o a medidas de retribución financieras.

En resumen, una constitución que sea neutral en un sentido económico-político es difícil de imaginar tal y como una jurisprudencia constitucional sin implicaciones económicas.

El Programa Estado de Derecho está convencido de que la reflexión sobre los temas expuestos y su expresión en las cartas democráticas y en el mundo empresarial merecen profundizarse; por ello, invitamos a la investigación y discusión de esta materia tan actual como diversa. De este modo, reiteramos nuestro compromiso con la promoción del diálogo y la producción académica para contribuir al fortalecimiento del desarrollo constitucional de la región.

Finalmente, por la calidad de sus trabajos, la disposición para publicar con nosotros y el ánimo crítico y propositivo que acompaña a nuestros autores y lectores, el Programa extiende un saludo de gratitud y un deseo de continuidad.

Marie-Christine Fuchs y Ginna Rivera

Programa Estado de Derecho para Latinoamérica
Konrad-Adenauer-Stiftung

I. Perspectivas de las relaciones entre justicia y política en América Latina

1.1. Separación de poderes: tensiones y límites

- Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira, Alexandre Gustavo Melo Franco de Moraes Bahia, Diogo Bacha e Silva, Brasil
Os contornos do Impeachment no Estado Democrático de Direito: historicidade e natureza da responsabilização jurídico-política no presidencialismo brasileiro
- Gonzalo Gabriel Carranza, Argentina
Constitucionalidad y oportunidad política en el nombramiento de los miembros de la Corte Suprema en Argentina.
Especial alusión a la designación en comisión
- Francisco Gnecco Estrada, Santiago García Jaramillo, Colombia
Por una colaboración armónica
entre el juez constitucional y el poder político.
Análisis desde la historia constitucional colombiana
- José Ignacio Hernández G., Venezuela
Justicia constitucional y poder político en Venezuela
- Roric León Pilco, Perú
El precedente del Tribunal Constitucional y su eficacia frente al poder político: una mirada al caso peruano

1.2. Independencia judicial y control político

- Allan R. Brewer-Carías, Venezuela
El juez constitucional en Venezuela contra la representación popular: la eliminación de la potestad de autotutela de la Asamblea Nacional sobre sus propios actos
- Francisco J. Campos Zamora, Costa Rica
Tensiones en la administración de justicia:
entre la dependencia política y el Estado judicial
- Luis Ignacio Cavanna, Uruguay
Independencia de los jueces en Uruguay,
¿modelo en el contexto latinoamericano?

- Eduardo Tomás Martín Richter, Argentina
La justicia y el poder. Una relación necesaria para el desarrollo de los procesos democráticos en América Latina
- Maitê Damé Teixeira Lemos, Mônia Clarissa Hennig Leal, Brasil
Os fenômenos da judicialização da política e da politização do judiciário: uma abordagem a partir da relação entre direito e política

1.3. Derecho constitucional, administración de justicia y poder ciudadano: alcances y diálogo abierto

- Helena Colodetti Gonçalves Silveira, Igor Suzano Machado, Leonardo Almeida Crespo, Brasil
Direito e política na jurisdição constitucional brasileira: entre a potencialidade da defesa de direitos dos cidadãos e os limites da efetivação de pautas corporativas
- Paúl Córdova Vinuesa, Ecuador
Constitucionalismo dialógico y última palabra.
Una agenda de políticas deliberativas para las cortes constitucionales
- William Ernesto Santamaría Alvarenga, El Salvador
Sentencias de la Sala de lo Constitucional:
¿ciudadanización de la democracia?
- Diana Marcela Daza Gacha, Laura Cristina Montenegro Sarmiento, Colombia
Tensiones en la democracia. El modelo colombiano leído desde los paradigmas democráticos
- Roberta Maia Gresta, Polianna Pereira dos Santos, Brasil
Direitos políticos como direitos da sociedade:
crítica ao aprisionamento semântico dos direitos políticos

VOLVER A LA TABLA DE CONTENIDO

Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira (Brasil)*
Alexandre Gustavo Melo Franco de Moraes Bahia (Brasil)**
Diogo Bacha e Silva (Brasil)***

Os contornos do *Impeachment* no Estado Democrático de Direito: historicidade e natureza da responsabilização jurídico-política no presidencialismo brasileiro

RESUMO

O trabalho visa reconstruir criticamente o instituto do *Impeachment* no sistema presidencialista de governo. Analisa os contornos que a tradição constitucional do presidencialismo deu ao instituto em sua recepção originária do regime monárquico e como se realiza a responsabilização política do Presidente de maneira democrática, garantindo não só os preceitos legais, mas também direitos constitucionalmente protegidos. Conclui que somente dessa forma o *Impeachment* será um instituto democrático.

Palavras-chave: Jurisdição constitucional; *Impeachment*; Estado Democrático de Direito.

ZUSAMMENFASSUNG

Der Beitrag nimmt eine kritische Rekonstruktion der Rechtsfigur der Amtsenthebung im Präsidialsystem vor. Er geht darauf ein, wie die Figur in der Verfassungstradition des Präsidialismus nach ihrer Übernahme aus der Monarchie ausgestaltet wurde und wie die politische Rechenschaftspflicht des Präsidenten demokratisch und unter

* Mestre e Doutor em Direito Constitucional (UFMG). Professor Associado da Faculdade de Direito da UFMG. Pós-Doutorado em Teoria do Direito (Università degli Studi di Roma Tre). Bolsista (Produtividade) CNPq (1D). *E-mail:* mcattoni@gmail.com.

** Mestre e Doutor em Direito Constitucional (UFMG). Professor Adjunto do Departamento de Direito da Universidade Federal de Ouro Preto (UFOP). Bolsista de Produtividade do CNPq. *E-mail:* alexprocesso@gmail.com.

*** Mestre em Constitucionalismo e Democracia pela FDSM, Professor da Faculdade de São Lourenço. *E-mail:* diogobacha@ig.com.br.

Achtung nicht nur der gesetzlichen Bestimmungen, sondern auch der von der Verfassung geschützten Rechte umgesetzt wird. Dabei kommt er zu dem Schluss, dass die Amtsenthebung nur unter diesen Bedingungen eine demokratische Figur darstellt.

Schlagwörter: Verfassungsgerichtsbarkeit; Amtsenthebung; demokratischer Rechtsstaat.

ABSTRACT

This paper aims at critically reconstructing the Impeachment institute in the presidential system of government. It analyzes the design that the constitutional tradition of presidentialism has given to the institute, as originally received from monarchy, and how the political accountability of the President is democratically determined, guaranteeing not only legal requirements, but also constitutionally protected rights. It concludes that only in this way will the Impeachment be a democratic institute.

Keywords: Constitutional jurisdiction; *Impeachment*; Democratic rule of law.

Introdução

No ano de 2015, com a autorização da abertura de processo de *Impeachment* contra a Presidente Dilma Rousseff pela Presidência da Câmara dos Deputados e as consequentes impugnações do ato daí decorrentes, formou-se no Brasil um campo propício para a teoria constitucional revisitar aquele instituto.

Com efeito, é preciso problematizar o instituto do *Impeachment* e a forma como o mesmo foi recepcionado pelo Presidencialismo – e especialmente a forma como ele está previsto na Constituição brasileira de 1988, a recepção (ou não, ou em que medida) da lei 1079/1950 que o regulamenta, e o precedente representado pelo *Impeachment* do ex-presidente brasileiro Fernando Collor de Mello. Muito embora se saiba que sua origem histórica esteja ligada ao regime monárquico, é no Presidencialismo que o *Impeachment* encontra seus contornos.

Portanto, o objetivo do presente artigo é reconstruir criticamente a historicidade do instituto ao longo de sua recepção, primeiro, na história constitucional norte-americana e, depois, como o *Impeachment* foi incorporado à tradição do constitucionalismo brasileiro. Após, busca-se levantar os contornos dados à responsabilização jurídico-política, bem como sua natureza, e a influência que os poderes republicanos nacionais (do Brasil), no exercício de aplicação da Constituição ao longo do tempo, tiveram – e têm – para definir o *Impeachment* na tradição constitucional democrática após 1988. Ainda, o artigo busca concluir em que medida o *Impeachment* pode satisfazer as exigências do Estado Democrático de Direito e de que forma a jurisdição constitucional pode contribuir para a afirmação desse instituto como garantia do nosso sistema de governo presidencialista constitucionalmente previsto na Constituição de 1988.

Nossa contribuição, então, é pensar o *Impeachment* como um instituto inserido no regime democrático e em uma relação de tensão construtiva com a Constituição; é dizer: se de um lado as discussões sobre o instituto envolvem a legitimidade democrática representada pelos votos dados ao Presidente da República – e aos compromissos que este assume ao assumir o cargo, isto é: que seus poderes significam, ao mesmo tempo, deveres e responsabilidades –, do outro a Constituição, como fonte de criação e estabilização dos Poderes constituídos, precisa ser respeitada, ainda que contra a vontade de uma certa maioria eventual que possa pretender apoiar a retirada de um Presidente devido a razões outras que não as previstas na Constituição. Compreender o instituto como um híbrido jurídico e político que não se relaciona a bons/maus índices de popularidade do Chefe do Executivo, mas que possui uma caracterização objetiva de violação a normas constitucionais/legais, é fundamental. Tudo isso envolve, ao fim e ao cabo, uma discussão sobre a separação de “poderes” entre o Legislativo, o Executivo e também o Judiciário, local, este último, para onde boa parte das discussões sobre o tema acaba desaguando.

1. A recepção do *Impeachment* no regime presidencialista

Começamos por uma intrincada questão: a exigência normativa subjacente ao Estado Democrático de Direito é a de que os institutos jurídicos se submetam aos seus preceitos constitucionais e democráticos, isto é: sejam expressão do exercício da autonomia política dos cidadãos.¹ Assim, interessa-nos averiguar em que medida o *Impeachment* pode ser compatível com o Estado Democrático de Direito.

O problema pode estar ligado à historicidade do *Impeachment*. Como é que um instituto, gestado inicialmente em regime monárquico, pôde historicamente tornar-se democrático? A origem do *Impeachment* remonta ao regime monárquico inglês. Trata-se de uma forma de responsabilizar perante o Parlamento² os súditos do reino que ao mesmo tempo exerciam funções declarativas do direito, assim como a última instância como *iurisdictio*.³ Excetuava-se da responsabilização a pessoa do monarca.

Não obstante, os revolucionários do outro lado do Atlântico inspiraram-se no modelo do constitucionalismo inglês para introduzir o *Impeachment* em sua prática constitucional sob uma forma diferente de governo. Primeiro nas Constituições do Estado da Virgínia e de Massachussets, e, depois, na Constituição dos Estados Unidos, de 1787.⁴

¹ Cf. Jürgen Habermas, *Facticidad y validez: Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*, Trad. Manuel Jiménez Redondo, Madri, Trotta, 1998.

² Paulo Brossard de Souza Pinto, *O Impeachment: aspectos da responsabilidade política do presidente da república*, 3ª ed., São Paulo, Saraiva, 1992, p. 24.

³ Nicola Matteucci, *Organización del poder y libertad: historia del constitucionalismo moderno*, Madri, Trotta, 1998, p. 81.

⁴ Fernando Whitaker Cunha, “O Poder Legislativo e o *Impeachment*”, em *Revista de Informação Legislativa*, ano 29, n. 116, out./dez., 1992, p. 36.

Na Constituição norte-americana, o *Impeachment* teve contornos distintos do direito inglês, adaptando-se à forma republicana e ao sistema de governo presidencialista. Vale dizer: os convencionais adaptaram um instituto monárquico ao sistema de governo republicano-presidencialista. Nas palavras de José Ribas Vieira e Margarida Maria Lacombe: “Tanto no corpo da Constituição americana de 1787 quanto no quadro constitucional brasileiro, a adoção do *Impeachment* resultou de um processo de recepção. Os EUA herdaram da Inglaterra e nós dos americanos. Na convenção constitucional de Filadélfia de 1787 havia plena consciência, por parte de seus integrantes, de que se trasladava um instituto que atendia antes à dinâmica monarquista. Mas, no caso específico norte-americano, era necessária uma tipificação normativa que conferisse segurança ao reconhecimento dos atos criminalizáveis do chefe de Estado, dentro do universo próprio do exercício da função de Presidente da República”.⁵

Na seção 4 do artigo II se estabeleceu que “o presidente, o vice-presidente e todos os funcionários civis dos Estados Unidos serão afastados de suas funções quando indiciados e condenados por traição, suborno ou outros delitos ou crimes graves” (tradução livre).⁶ E na seção 3 do artigo I a Constituição dos Estados Unidos manteve a competência da Câmara Alta para o julgamento do *Impeachment*: “Só o Senado poderá julgar os crimes de responsabilidade (*Impeachment*). Reunidos para esse fim, os senadores prestarão juramento ou compromisso. O julgamento do Presidente dos Estados Unidos será presidido pelo Presidente da Suprema Corte. E nenhuma pessoa será condenada a não ser pelo voto de dois terços dos membros presentes. A pena nos crimes de responsabilidade não excederá a destituição da função e a incapacidade para exercer qualquer função pública, honorífica ou remunerada, nos Estados Unidos. O condenado estará sujeito, no entanto, a ser processado e julgado de acordo com a lei” (tradução livre).⁷

Hamilton, no número 65 de *The Federalist*, apresenta os contornos que os convencionais da Filadélfia pretenderam dar ao *Impeachment*. Com a ideia de que se tratava de um governo eletivo e, por isso mesmo, completamente distinto do regime inglês, era preciso salientar que o *Impeachment* assumisse tais feições: “Em um go-

⁵ José Ribas Vieira; Margarida Lacombe Camargo, “O *Impeachment* e o seu desenho institucional conflitivo”, em *Jota*, 20.01.2016. Disponível em: <http://jota.uol.com.br/o-impeachment-e-o-seu-desenho-institucional-conflitivo>.

⁶ No original: “Section 4. The President, Vice-President and all civil officers of the United States, shall be removed from office on *Impeachment* for, and conviction for, treason, bribery, or other high crimes and misdemeanors”

⁷ No original: “The Senate shall have the sole Power to try all *Impeachments*. When sitting for that Purpose, they shall be on Oath or Affirmation. When the President of the United States is tried, the Chief Justice shall preside: And no Person shall be convicted without the Concurrence of two thirds of the Members present. Judgment in Cases of *Impeachment* shall not extend further than to removal from Office, and disqualification to hold and enjoy any Office of honor, Trust or Profit under the United States: but the Party convicted shall nevertheless be liable and subject to Indictment, Trial, Judgment and Punishment, according to Law”.

verno inteiramente eletivo, não é menos difícil que importante organizar o tribunal a que deve ser atribuído o juízo em caso de *Impeachment*, isto é: malversações dos homens do poder, ou, por outras palavras, o abuso ou violação da confiança pública. Como todos estes delitos atacam diretamente a sociedade mesma, são, pela sua natureza, daqueles que com mais propriedade podem ser chamados políticos”.⁸ Ao mesmo tempo, Hamilton fala em delito de natureza política. É, na concepção de um dos pais fundadores, um instrumento com que a legislatura poderá conter os abusos do Poder Executivo e, portanto, respeita a separação de poderes, os freios e contrapesos entre os poderes.⁹

O julgamento do *Impeachment* é uma figura que combina elementos jurisdicionais, com todas as garantias, e políticos, por versar sobre o interesse de toda a nação, tal como interpretado por Tocqueville: “A finalidade principal do julgamento político, nos Estados Unidos, é, portanto, retirar o poder daquele que o utiliza mal e impedir que esse mesmo cidadão volte a possuí-lo no futuro. É, como se vê, um ato administrativo a que se deu a solenidade de uma sentença. Nessa matéria os americanos criaram, pois, algo misto. Deram à destituição administrativa todas as garantias do julgamento político e tiraram do julgamento político seus maiores rigores”.¹⁰

Dessa ordem de ideias não destoam autores contemporâneos, como Laurence Tribe, que sustentam que o *Impeachment* é um mecanismo de preservação das fronteiras constitucionais do relacionamento entre os poderes e um limite imposto para evitar os abusos de poder praticados pelos agentes públicos.¹¹ Nos Estados Unidos, em razão da expressão contida na Constituição de que só o Senado poderá julgar os crimes de responsabilidade, não houve qualquer tentativa judicial de definir os limites do processo de *Impeachment*, relegando o tema para a “*political question doctrine*”. A ausência de “*Judicial Review*” sobre a matéria não significa, contudo, uma licença para o Congresso ignorar os limites e obrigações impostas pelas normas constitucionais do *Impeachment*.¹²

É bom notar que a imunidade do Presidente da República nos Estados Unidos diz respeito apenas às questões de natureza civil, razão pela qual o *Impeachment* abrange questões criminais.

⁸ James Madison; Alexander Hamilton; John Jay, *O federalista*, Belo Horizonte, Líder, 2003, p. 394.

⁹ James Madison; Alexander Hamilton; John Jay, *op. cit.* p. 399.

¹⁰ Alexis de Tocqueville, *A Democracia na América*, São Paulo, Martins Fontes, 1992, p. 124.

¹¹ Laurence Tribe, *American Constitutional Law*, 3ª ed., Nova Iorque, New York Foundation Press, 2000, p. 152.

¹² Laurence Tribe, *op. cit.*, p.153.

2. Historicidade do *Impeachment* na tradição do constitucionalismo brasileiro

No Brasil, em nossa primeira Carta, a Constituição do Império de 1824, o regime político imperial não permitia a responsabilização do Imperador, muito embora permitisse a responsabilização dos Secretários e dos Ministros de Estado, tal qual a fórmula inglesa do *Impeachment* de responsabilização ministerial, deixando indene a figura do monarca. Assim é que o art. 38 atribuía à Câmara a decretação da acusação de Ministros e Conselheiros de Estado, enquanto o art. 47, inciso I, determinava o julgamento pelo Senado dos crimes praticados pelos membros da Família Imperial, Ministros, Conselheiros, Senadores e Deputados, e o inciso II permitia o julgamento dos Secretários e Conselheiros por crime de responsabilidade.

Comentando sobre o tema, Pimenta Bueno bem esclarece que a responsabilidade dos Ministros é da essência da responsabilização da monarquia constitucional perante a nação, já que são eles que exercem a constrição do poder público.¹³ A lei de 15 de Outubro de 1827 regulamentou a responsabilidade dos Ministros prevista nos arts. 133 e 134¹⁴ e, inclusive, a forma de exercício da competência da Câmara dos Deputados com o recebimento de denúncia e a constituição de comissão especial destinada a acusar no Senado¹⁵.

Com a adoção da forma republicana, inspirada no regime político norte-americano, a Constituição de 1891 previu os crimes de responsabilidade para o Presidente da República no art. 54, bem como a necessidade de lei para a definição desses delitos e outra lei para o processo e julgamento.¹⁶ A admissibilidade da acusação,

¹³ José Antonio Pimenta Bueno, *Direito publico brasileiro e analyse da Constituição do Imperio*, Rio de Janeiro, Typographia Imperial, 1857, p. 113.

¹⁴ “Art. 133. Os Ministros de Estado serão responsaveis:

I. Por traição.

II. Por peita, suborno, ou concussão.

III. Por abuso do Poder.

IV. Pela falta de observancia da Lei.

V. Pelo que obrarem contra a Liberdade, segurança, ou propriedade dos Cidadãos.

VI. Por qualquer dissipação dos bens publicos.

Art. 134. Uma Lei particular especificará a natureza destes delictos, e a maneira de proceder contra eles”.

¹⁵ José Antonio Pimenta Bueno, *Direito publico brasileiro e analyse da Constituição do Imperio*, Rio de Janeiro, Typographia Imperial, 1857, p. 114.

¹⁶ “Art 54 - São crimes de responsabilidade os atos do Presidente que atentarem contra:

1º) a existencia politica da União;

2º) a Constituição e a forma do Governo federal;

3º) o livre exercicio dos Poderes politicos;

4º) o gozo, e exercicio legal dos direitos politicos ou individuais;

5º) a segurança interna do Pais;

6º) a probidade da administração;

tanto para crimes comuns, quanto para crimes de responsabilidade, ficou a cargo da Câmara dos Deputados; o julgamento no caso de crimes comuns, do Supremo Tribunal, enquanto que no caso de crimes de responsabilidade a competência era do Senado Federal, sob a presidência do Presidente do Supremo Tribunal Federal (arts. 29, 33 e 53 da Constituição de 1891).

Rui Barbosa, mentor intelectual da Constituição de 1891 e defensor do regime político norte-americano, escreve sobre o *Impeachment* na ocasião da denúncia oferecida contra o Marechal Deodoro em 1893. Para ele, então, há uma grande diferença entre o instituto adotado nos Estados Unidos e aquele de origem inglesa: “a jurisdição política dos corpos legislativos não tem, na América, o mesmo caráter que na Europa. Na Europa a magistratura das assembleias usa de todas as faculdades do direito criminal, nos casos submetidos à sua jurisdição: a destituição do funcionário jurisdicionado à sua alçada e sua interdição política são ali corolários da pena. Na América a pena consiste unicamente nesses resultados. Ali a judicatura política tem por objeto punir os culpados: aqui, privá-los do poder”.¹⁷ Ainda, segundo Rui Barbosa, todo o edifício republicano norte-americano dependia da responsabilização presidencial, sob pena de uma ditadura constitucional em favor do Poder Executivo: “O presidencialismo americano sem a responsabilidade presidencial, porém, é a ditadura canonizada com a sagração constitucional. Basta a eliminação deste corretivo para que todo esse mecanismo aparente de freios e garantias se converta em mentira”.¹⁸ De fato, a experiência de Rui Barbosa com o presidencialismo brasileiro exigia a aplicação do *Impeachment*: “o presidencialismo brasileiro não é senão a ditadura em estado crônico, a irresponsabilidade geral, a irresponsabilidade consolidada, a irresponsabilidade sistemática do Poder Executivo”.¹⁹ A diferença, então, é que no Presidencialismo norte-americano a possibilidade de responsabilização pelo *Impeachment* com a utilização deste poder pelo Congresso faz com que o Presidente se mantenha nos parâmetros constitucionalmente delimitados para o exercício de suas funções.

Nossa adoção do *Impeachment* difere do instituto norte-americano, que também é distinto da vertente inglesa. Desde 1891, portanto, é a lei quem definirá os delitos de responsabilidade do Presidente da República e também o procedimento a ser adotado para o processo e o julgamento, nos termos do art. 54. Atendendo a este comando constitucional, vieram a lume as Leis 27 de 1892 e a Lei 30 de 1892,

7º) a guarda e emprego constitucional dos dinheiros publicos;

8º) as leis orçamentárias votadas pelo Congresso.

§ 1º - *Esses delitos serão definidos em lei especial.*

§ 2º - *Outra lei regulará a acusação, o processo e o julgamento.*

§ 3º - *Ambas essas leis serão feitas na primeira sessão do Primeiro Congresso”.*

¹⁷ Rui Barbosa, “Ainda a denúncia”, em *Obras completas de Rui Barbosa*, vol. XX, tomo II, Rio de Janeiro, Ministério da Educação, 1949, p. 45.

¹⁸ Rui Barbosa, *op. cit.*, p. 47.

¹⁹ Rui Barbosa, *Novos discursos e conferências*, Rio de Janeiro, 2010, p. 350-355.

cuidando, respectivamente, dos crimes de responsabilidade e do procedimento. Já, a Lei 27/1892 permitiu a qualquer cidadão denunciar o Presidente da República (art. 2º), bem como limitou o processo de *Impeachment* ao exercício do mandato, cessando-o quando o Presidente deixar o cargo.²⁰

A regra do art. 3º da Lei 27/1892, de que só se permite o *Impeachment* quando o Presidente estiver no exercício de suas funções, adveio por uma importação do entendimento norte-americano, que, por regra geral, não aceita o impedimento quando o Presidente por qualquer motivo houver deixado o cargo,²¹ muito embora o *Impeachment* do ex-Secretário de Guerra William Belknap em 1876 tenha deixado em aberto a possibilidade de aplicação da pena de inabilitação para o exercício do cargo.²²

O próprio Rui Barbosa, na análise do pedido de aplicação do impedimento ao Marechal Deodoro por ter fechado o Congresso, comentando o art. 24²³ da Lei 27/1892, explica que uma pena é secundária à outra: “Só se pode aplicar a pena de incapacidade, diz o art. 24, quando o Senado reconhecer que deve ser agravada a de privação do cargo, já pronunciada. A interdição de outros cargos, pois, é uma pena adicional à primeira e destinada a agravá-la. Ora, quem diz agravamento, diz recrudescência de um mal pré-existente”.²⁴

O art. 15 da Lei 1.079/50, atual legislação sobre o *Impeachment*, inverte a fórmula e impede o recebimento da denúncia quando o Presidente já não estiver no exercício do seu mandato: “A denúncia só poderá ser recebida enquanto o denunciado não tiver, por qualquer motivo, deixado definitivamente o cargo”. Ao contrário do art. 3º e da discussão de Rui Barbosa, o regramento legal atual disciplinou diferentemente dos Estados Unidos, pelo que nos seria impossível invocar, aqui, toda a discussão sobre o instituto norte-americano.

Ao contrário da prática constitucional norte-americana, os contornos do *Impeachment* no nosso constitucionalismo sempre contaram com a intervenção da jurisdição constitucional, instrumento apto a aparar as ilegalidades cometidas pelo Parlamento. No primeiro pedido de *Impeachment* realizado por um Estado no Brasil, ocasião na qual a Assembleia Legislativa do Estado de Mato Grosso pretendia a responsabilização do Governador, o Supremo Tribunal Federal analisou o *Habeas Corpus* n. 4.116/MS, em que se alegava a inconstitucionalidade sobre a legislação

²⁰ “Art. 3º. O processo de que trata esta lei só poderá ser intentado durante o período presidencial, e cessará quando o Presidente, por qualquer motivo, deixar definitivamente o cargo”.

²¹ Fernando Whitaker Cunha, *op. cit.*, p. 31-38.

²² Michael J. Gerhardt, *The Federal Impeachment Process: a constitutional and historical analysis*, 2 ed., Chicago, University of Chicago Press, 2000, p. 52-53.

²³ Com a seguinte redação: “Vencendo-se a condenação nos termos do artigo precedente, perguntará o presidente si a pena de perda do cargo deve ser agravada com a incapacidade para exercer qualquer outro”.

²⁴ Rui Barbosa, *op. cit.*, p. 71.

estadual do impedimento, concedendo-o face à ausência das garantias dadas no processo, tal como a legalidade e a ampla defesa, em acórdão assim ementado: “O Impeachment, na legislação federal, não é um processo exclusivamente político, senão, também, um processo misto, de natureza criminal e de caráter judicial, porquanto só pode ser motivado pela perpetração de um crime definido em lei anterior, dando lugar à destituição do cargo e à incapacidade para o exercício de outro qualquer. Os Estados não podem legislar sobre os casos de *Impeachment ex-vi* do art. 34, §33º da Constituição Federal”.²⁵ Os contornos do instituto aqui no Brasil foram definidos logo na vigência da Constituição de 1891, por meio da práxis efetiva dos casos acima citados e da teorização realizada pelos constitucionalistas.

A Constituição de 1934 previu uma fórmula um tanto quanto original do julgamento dos crimes de responsabilidade. Primeiro, que se deve entender que o Poder Legislativo parecia concentrar todas as atribuições na Câmara dos Deputados, fazendo com que o Senado Federal fosse apenas um órgão acessório. Assim, por exemplo, o art. 22 anuncia que “o Poder Legislativo é exercido pela Câmara dos Deputados com a colaboração do Senado Federal”. Portanto, a desconfiança com relação ao Senado fez com que se retirasse a competência do Senado para o julgamento do Presidente por crimes de responsabilidade.

Nos termos do art. 58, a competência para o julgamento do Presidente da República seria da Suprema Corte para os crimes comuns, mas de um Tribunal Especial constituído para esse fim no caso de crimes de responsabilidade. O Tribunal Especial seria constituído de 9 (nove) juizes, sendo 3 (três) Ministros da Suprema Corte, 3 (três) membros do Senado Federal e 3 (três) membros da Câmara dos Deputados sob a presidência do Presidente da Suprema Corte. Manteve-se, no art. 57 da Constituição de 1934, a definição dos crimes de responsabilidade. O procedimento consistia no seguinte: a) recebimento da denúncia na Suprema Corte, que deveria constituir uma Junta Especial de Investigação composta de 3 (três) membros, sendo um Ministro da Suprema Corte, 1 (um) membro do Senado Federal e 1 (um) membro da Câmara dos Deputados; b) a junta averiguaria os fatos e ouviria o Presidente, remetendo um relatório com os documentos para a Câmara dos Deputados; c) depois da emissão do relatório pela comissão competente, a Câmara deveria decretar ou não a acusação. Em caso positivo, enviaria a acusação para o Tribunal Especial. Decretada a acusação, o Presidente da República seria afastado das funções.²⁶

²⁵ Leda Boechat Rodrigues, *História do Supremo Tribunal Federal: doutrina brasileira do habeas-corpus*, Tomo III, 1910-1926, Rio de Janeiro, Civilização Brasileira, 1991, p. 306.

²⁶ Todo o procedimento está no art. 58 da Constituição de 1934:

“Art 58 - O Presidente da República será processado e julgado nos crimes comuns, pela Corte Suprema, e nos de responsabilidade, por um Tribunal Especial, que terá como presidente o da referida Corte e se comporá de nove Juizes, sendo três Ministros da Corte Suprema, três membros do Senado Federal e três membros da Câmara dos Deputados. O Presidente terá apenas voto de qualidade.

A Carta de 1937 devolve a competência para o julgamento à Câmara alta, denominando-a de Conselho Federal, mediante a prévia aprovação da Câmara dos Deputados pelo quórum de 2/3, e mantém, mesmo no regime ditatorial, a previsão dos crimes de responsabilidade (art. 85 da Constituição de 1937), remetendo para a lei especial a definição dos crimes de responsabilidade, a acusação e o processo e julgamento (art. 86, §2º). Constitucionaliza, no entanto, a imunidade do Presidente da República com relação a atos estranhos ao seu mandato e ao exercício de suas funções (art. 87 da Constituição de 1937).

Assim também a Constituição de 1946, que, no art. 59, inc. II, previu a competência da Câmara dos Deputados para, por maioria absoluta, decretar a procedência ou improcedência da acusação contra o Presidente e dos Ministros de Estado em crimes conexos com este, e, no art. 62, a competência do Senado Federal para julgar o Presidente nos crimes de responsabilidade pelo voto de 2/3 (dois terços), podendo impor a pena de perda do cargo e da inabilitação para o exercício de outra função pública de até 5 (cinco) anos, sob a presidência do Presidente do STF. Ademais, manteve a definição dos crimes de responsabilidade no artigo 89 e a remissão à lei especial para o regramento do procedimento.

A tónica da Carta de 1967 é, em princípio, a mesma. O art. 84 define os crimes que serão de responsabilidade do Presidente da República e, ainda, no art. 85, a competência da Câmara dos Deputados para a admissibilidade da acusação e do Senado Federal para o julgamento. A diferença é que estabelece o prazo de 60 (sessenta) dias, a partir da procedência da acusação, e a suspensão do Presidente do exercício

§ 1º - Far-se-á a escolha dos Juízes do Tribunal Especial por sorteio, dentro de cinco dias úteis, depois de decretada a acusação, nos termos do § 4º, ou no caso do § 5º deste artigo.

§ 2º - A denúncia será oferecida ao Presidente da Corte Suprema, que convocará logo a Junta Especial de Investigação, composta de um Ministro da referida Corte, de um membro do Senado Federal e de um representante da Câmara dos Deputados, eleitos anualmente pelas respectivas corporações.

§ 3º - A Junta procederá, a seu critério, à investigação dos fatos argüidos, e, ouvido o Presidente, enviara à Câmara dos Deputados um relatório com os documentos respectivos.

§ 4º - Submetido o relatório da Junta Especial, com os documentos, à Câmara dos Deputados, esta, dentro de 30 dias, depois de emitido parecer pela Comissão competente, decretará, ou não, a acusação e, no caso afirmativo, ordenará a remessa de todas as peças ao Presidente do Tribunal Especial, para o devido processo e julgamento.

§ 5º - Não se pronunciando a Câmara dos Deputados sobre a acusação no prazo fixado no § 4º, o Presidente da Junta de Investigação remeterá cópia do relatório e documentos ao Presidente da Corte Suprema, para que promova a formação do Tribunal Especial, e este decreto, ou não, a acusação, e, no caso afirmativo, processe e julgue a denúncia.

§ 6º - Decretada a acusação, o Presidente da República ficará, desde logo, afastado do exercício do cargo.

§ 7º - O Tribunal Especial poderá aplicar somente a pena de perda de cargo, com inabilitação até o máximo de cinco anos para o exercício de qualquer função pública, sem prejuízo das ações civis e criminais cabíveis na espécie”.

de suas funções para a conclusão do processo, sob pena de arquivamento (art. 85, §2º da Constituição).

A Emenda Constitucional n. 01/69 apenas modificou o *quórum* necessário para a admissibilidade da denúncia contra o Presidente da República pela Câmara dos Deputados por 2/3 (dois terços) (art. 40, inc. I).

3. Contornos do *Impeachment* no Estado Democrático de Direito

A Constituição da República de 1988 apenas manteve em parte os delineamentos históricos do *Impeachment* em nosso constitucionalismo. Assim, a Constituição atribui competência à Câmara dos Deputados para tão somente realizar juízo de admissibilidade acerca da denúncia (art. 51, inc. I da Constituição de 1988), enquanto, todavia, atribui a competência, tanto para o processo quanto para o julgamento, ao Senado Federal, sob a presidência do Supremo Tribunal Federal (art. 52, inciso I, parágrafo único da Constituição de 1988). Na definição dos crimes de responsabilidade (art. 85 da CF/88), o período de suspensão não é causa extintiva do processo de *Impeachment* (art. 86, §2º da CF/88) e mantém-se a imunidade material por atos estranhos ao exercício de suas funções (art. 86, §4º da CF/88).

Nos termos do art. 85 da Constituição Federal, tratando-se de sistema presidencialista de governo, o Presidente da República “responde tanto como Chefe de Estado (art. 85, I a IV) quanto como Chefe de Governo (art. 85, V a VII)”.²⁷ A forma do processamento do *impeachment* sob o regime da Constituição de 1988 foi aplicado, primeiramente, no caso Collor.²⁸ Lá, então, o STF consignou que a Câmara realiza o juízo de admissibilidade e ao Senado competirá o julgamento.

Depois, o STF, no julgamento da ADPF, reafirmou que ao Senado Federal compete o julgamento e também, como corolário dessa competência, realizar juízo prévio de admissibilidade.²⁹

²⁷ Lenio Luiz Streck; Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira; Alexandre Bahia, “Comentários ao art. 85”, em J.J. Gomes Canotilho; Gilmar Ferreira Mendes; Ingo Wolfgang Sarlet; Lenio Luiz Streck (orgs.), *Comentários à Constituição do Brasil*, São Paulo, Saraiva, 2014, p. 1286 e 1287.

²⁸ Lenio Luiz Streck; Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira; Alexandre Bahia, “Comentários ao art. 85”, em J.J. Gomes Canotilho; Gilmar Ferreira Mendes; Ingo Wolfgang Sarlet; Lenio Luiz Streck (orgs.), *Comentários à Constituição do Brasil*, São Paulo, Saraiva, 2014.

²⁹ Diogo Bacha e Silva; Alexandre Bahia; Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira, “Impeachment: Apontamentos à decisão do STF na ADPF n. 378”, em *Empório do Direito*, 23.12.2015. Disponível em: <http://emporiiododireito.com.br/impeachment-apontamentos-a-decisao-do-stf-na-adpf-n-378-por-alexandre-gustavo-melo-franco-bahia-diogo-bacha-e-silva-e-marcelo-andrade-cattoni-de-oliveira>.

Alguns autores, como Paulo Brossard, pretenderam conferir ao *Impeachment*, com base nas lições de Hamilton, apenas uma natureza política,³⁰ o que, em verdade, conduziria às seguintes consequências: se os motivos para a instauração e o julgamento são realizados por meio de juízo de natureza essencialmente política, então deverá o Supremo Tribunal Federal se abster de realizar qualquer controle do referido processo e, ainda, não haverá as garantias jurídicas de natureza penal, como a legalidade, o devido processo legal, a ampla defesa e o contraditório.

Pontes de Miranda, por outro lado, radicaliza e entende que o *Impeachment* é de natureza essencialmente penal, afigurando-se incorreta a expressão de crimes de responsabilidade, já que são crimes para os quais a Constituição comina pena.³¹

A doutrina constitucional, no entanto, vem assumindo a ideia de que se trata de instituto de natureza mista, sendo em parte de natureza política e em parte de natureza penal. Por exemplo, Celso Ribeiro Bastos: “não se identificam estes por inteiro com o julgamento devido ao cometimento de ilícitos penais. Assim é que, mesmo tendo sido sancionado com a destituição do cargo, pode, ainda, o incurso em crime de responsabilidade vir a ser objeto de condenação no juízo criminal, bastando para isso que o ato ensejador do *Impeachment* seja também descrito pelas leis penais como antecedente de uma sanção. [...] O crime de responsabilidade guarda de característica própria da jurisdição a circunstância de ser apenas cabível dentro das hipóteses legais, se bem que os fatos delituosos, no impedimento, não estejam sujeitos a uma tipicidade tão rigorosa como aquela existente no direito penal”.³²

Há, ainda, aqueles que conferem ao impedimento a natureza político-administrativa em razão das consequências de perda do cargo e da inabilitação para o exercício de outra função pública por certo período.³³

A problemática acerca da definição da natureza jurídica do *Impeachment* é o que justifica ou não o controle, e o modo do controle, exercido pela jurisdição constitucional. De fato, Paulo Brossard, como Ministro do Supremo Tribunal Federal, manteve a coerência com suas lições acadêmicas e votou no sentido de que não haveria a possibilidade de revisão judicial do processo de *Impeachment*.³⁴

Ora, muito mais do que uma querela acadêmica, as constatações de Paulo Bonavides, por exemplo, nos mostram a importância de atribuímos um sentido democrático ao instituto. Paulo Bonavides bem observa que o instituto mais serviu de causa

³⁰ Paulo Brossard de Souza Pinto, *O Impeachment: aspectos da responsabilidade política do presidente da república*, 3ª ed., São Paulo, Saraiva, 1992, p. 75.

³¹ Pontes de Miranda, *Comentários à Constituição de 1967 com a EC 1/69*, 2ª ed., Tomo III, São Paulo, RT, 1971, p. 355.

³² Celso Ribeiro Bastos, *Curso de Direito Constitucional*, São Paulo, Celso Bastos editor, 2002, p. 610.

³³ Gilmar Ferreira Mendes; Inocência Mártires Coelho; Paulo Gustavo Gonet Branco, *Curso de Direito Constitucional*, 4ª ed., São Paulo, Saraiva, 2009, p. 969.

³⁴ Voto do Ministro Paulo Brossard no Mandado de Segurança n. 21.689/DF, rel. Min. Carlos Velloso, j. 16/12/1993. Disponível em: <http://migre.me/ulUz>.

de crises e colapsos do que de restauração da constitucionalidade: “O *Impeachment*, o remédio por excelência do presidencialismo para remover do poder os presidentes incurso em crimes de responsabilidade, não teve em nosso Direito Constitucional, nem tampouco na vida política doutros países que seguiram o modelo institucional dos Estados Unidos, a aplicação que dele esperavam os seus defensores teóricos, sendo primeiro um ativador de crises e colapsos da legalidade do que, em verdade, um instrumento de restauração da verdade constitucional lesada pelos abusos pessoais do primeiro magistrado da Nação”.³⁵

Na verdade, a constatação de Paulo Bonavides não leva em consideração que o próprio *Impeachment* pode ser desvirtuado para uma utilização política e não jurídica de proteção da Constituição. Ou seja, se considerarmos que o instituto poderá ser utilizado tal qual a revogação do mandato ou, ainda, pela queda do gabinete do parlamentarismo, bastando olharmos para ele como instituto meramente político e sem a possibilidade de controle jurisdicional; então o teremos como um meio de provocar crises políticas e “golpes brancos” – isto é: um Presidente que não possua maioria no Parlamento (e que some a isso um período de baixa popularidade) pode muito bem ser afastado sob alguma acusação genérica.

Se, ao revés, entendermos o *Impeachment* como um instituto de natureza política mas também jurídico-penal – afinal, é um processo que se destina a aplicar uma pena –, então deveremos observar uma série de garantias.

O Supremo Tribunal Federal, antes mesmo dos processos do *Impeachment* do Presidente Collor, definiu que, havendo violação a direitos no processo de impedimento, caberá a intervenção jurisdicional: “[...]. 2. Preliminar de falta de jurisdição do Poder Judiciário para conhecer do pedido: rejeição, por maioria dos votos, sob o fundamento de que, embora a autorização prévia para a instauração e a decisão final sejam medidas de natureza predominantemente política – cujo mérito é insusceptível de controle judicial – a esse cabe submeter a regularidade do processo de *Impeachment*, sempre que, no desenvolvimento dele, se alegue violação ou ameaça ao direito das partes”.³⁶ Com efeito, não há instituto que não seja constitucional e, para o respeito à Constituição, é preciso resguardar os direitos fundamentais das partes.

Mesmo que a Constituição silencie quanto à possibilidade de controle jurisdicional nos crimes de responsabilidade e mantenha a competência apenas ao Poder Legislativo, seja para admissão, seja para o processo e o julgamento, o fato é que a garantia de amplo acesso à jurisdição (art. 5º, inc. XXXV CF/88) e mesmo a ideia de que “os direitos vêm antes das competências”³⁷ no Estado Democrático de Direito,

³⁵ Paulo Bonavides, *Curso de Direito Constitucional*, 24ª ed., São Paulo, Malheiros, 2009, p. 67.

³⁶ STF, MS 20.941, rel. Min. Aldir Passarinho, j. 09/02/1990, DJ 31.08.1992. Disponível em: <http://migre.me/ulUuo>.

³⁷ José Adércio Leite Sampaio, *A Constituição reinventada pela jurisdição constitucional*, Belo Horizonte, Del Rey, 2002, p. 533.

determinam que o processo de *Impeachment* só se justifica se houver o amplo respeito aos direitos fundamentais dos acusados. Por isso, pensar que se trata de instituto de natureza meramente política é desconsiderar a supremacia da Constituição e os direitos fundamentais como trunfos contra a maioria, com um papel contramajoritário fundamental para a legitimidade do direito na atual quadra histórica.

Ora, o que faz com que o *Impeachment* tenha legitimidade democrática? Seria a participação do povo na possibilidade da oferta de denúncia, como quer Hamilton?³⁸ De fato, a possibilidade de denúncia por qualquer do povo, bem como a admissibilidade da acusação pela Câmara e o processo e o julgamento pelo Senado com a participação do Presidente do Supremo Tribunal Federal, envolvem os três poderes e um exercício de poder pelo povo, ainda que por meio de seus representantes. Mas, entretanto, não basta apenas a iniciativa de *alguém do povo* ou a participação dos três poderes republicanos para que o impedimento seja um instituto legitimamente democrático. É preciso mais e a Constituição exige mais, inclusive para lidar com os riscos próprios desse processo.

O respeito e a garantia de observância dos direitos fundamentais, tais como o devido processo legal, o contraditório, a ampla defesa, a legalidade, etc., permitem não apenas que ao Presidente da República, democraticamente eleito, seja garantida a possibilidade de pessoalmente defender-se das acusações que lhe são feitas – inclusive porque ele poderá sofrer a perda do mandato e ter seus direitos políticos comprometidos –, mas também que o resultado do processo possa pretender legitimidade e correção perante o próprio público de cidadãos eleitores, não sendo esse processo reduzido à mera expressão da vontade “privatizada” de uma eventual maioria presente no Congresso e politicamente contrária ao Presidente, dados, inclusive, os riscos próprios à dinâmica da representação política. Qualquer perspectiva que não levar em conta as condições e as exigências de legitimidade constitucional-democráticas próprias ao devido processo legislativo – inclusive quanto aos direitos fundamentais do acusado como parte dessas exigências – durante o processo por crime de responsabilidade, estará em manifesto confronto com o Estado Democrático de Direito. Ausentes essas condições e exigências, o *Impeachment* é desvirtuado em golpe de Estado para deposição de um Presidente da República eleito pelo voto popular.

O processo de crime de responsabilidade não pode atender ao interesse privatizado de um/alguns, uma vez que aquele que é acusado também possui a legitimidade advinda do voto popular. De igual forma, há que se lembrar um princípio próprio ao sistema presidencialista: o da “impossibilidade de censura legislativa do Presidente da República”, segundo o qual, no regime presidencialista, o Presidente – assim como o Governador e o Prefeito – não são responsabilizáveis ante o Parlamento, mas tão somente perante o público de cidadãos, pelo não cumprimento de planos/projetos

³⁸ James Madison; Alexander Hamilton; John Jay, *O federalista*, Belo Horizonte, Líder, 2003.

de campanha ou pelo insucesso de políticas/ações tomadas, se essas não configurarem crime – comum ou de responsabilidade. Assim é que crises econômicas ou aumento do desemprego, por exemplo, não são causas constitucionais de retirada do Presidente de seu cargo. O *Impeachment*, assim, não é meio de eternização da disputa eleitoral e nem deve ser usado como substituto da crítica parlamentar sobre os atos do Poder Executivo.

4. Conclusão

O *Impeachment* foi consolidado e construído na tradição de nosso constitucionalismo como respeito à Constituição e às garantias individuais, e não como um golpe de Estado, ou seja: uma forma de transferir o exercício do Poder Executivo para aqueles que não conseguiram o número de votos necessários para se eleger.

Para a consolidação dessa forma de se pensar a responsabilização jurídico-política do presidente da república, contou-se com a constante intervenção da jurisdição constitucional que, de um lado, garantiria direitos individuais expressamente previstos no texto constitucional e, de outro, conferiria uma natureza singular ao processo de *Impeachment* na práxis constitucional de nosso Estado.

Por isso é que o respeito ao *Impeachment* como responsabilização de natureza jurídico-penal e como a possibilidade de intervenção da jurisdição constitucional constitui, também, respeito à Constituição e à disciplina legal do *Impeachment*.

Referências bibliográficas

- BACHA E SILVA, Diogo; Alexandre BAHIA; Marcelo Andrade CATTONI DE OLIVEIRA, “Impeachment: Apontamentos à decisão do STF na ADPF n. 378”, em *Empório do Direito*, 23.12.2015. Disponível em: <http://emporiiododireito.com.br/impeachment-apontamentos-a-decisao-do-stf-na-adpf-n-378-por-alexandre-gustavo-melo-franco-bahia-diogo-bacha-e-silva-e-marcelo-andrade-cattoni-de-oliveira>.
- BARBOSA, Rui, “Ainda a denúncia”, em *Obras completas de Rui Barbosa*, vol. XX, tomo II, Rio de Janeiro, Ministério da Educação, 1949.
- _____, *Novos discursos e conferências*, Rio de Janeiro, 2010. Leda BOECHAT RODRIGUES, *História do Supremo Tribunal Federal: doutrina brasileira do habeas-corpus*, Tomo III, 1910-1926, Rio de Janeiro, Civilização Brasileira, 1991.
- BONAVIDES, Paulo, *Curso de Direito Constitucional*, 24ª ed., São Paulo, Malheiros, 2009.
- BROSSARD DE SOUZA PINTO, Paulo, *O Impeachment: aspectos da responsabilidade política do presidente da república*, 3ª ed., São Paulo, Saraiva, 1992.
- DE TOCQUEVILLE, Alexis, *A Democracia na América*, São Paulo, Martins Fontes, 1992.

- FERREIRA MENDES, Gilmar; Inocência MÁRTIRES COELHO; Paulo Gustavo GONET BRANCO, *Curso de Direito Constitucional*, 4ª ed., São Paulo, Saraiva, 2009.
- GERHARDT, Michael J., *The Federal Impeachment Process: a constitutional and historical analysis*, 2 ed., Chicago, University of Chicago Press, 2000.
- HABERMAS, Jürgen, *Facticidad y validez: Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*, Trad. Manuel Jiménez Redondo, Madri, Trotta, 1998.
- LEITE SAMPAIO, José Adércio, *A Constituição reinventada pela jurisdição constitucional*, Belo Horizonte, Del Rey, 2002.
- MADISON, James; Alexander HAMILTON; John JAY, *O federalista*, Belo Horizonte, Líder, 2003.
- MATTEUCCI, Nicola, *Organización del poder y libertad: historia del constitucionalismo moderno*, Madri, Trotta, 1998.
- PIMENTA BUENO, José Antonio, *Direito publico brasileiro e analyse da Constituição do Império*, Rio de Janeiro, Typographia Imperial, 1857.
- PONTES DE MIRANDA, *Comentários à Constituição de 1967 com a EC 1/69*, 2ª ed., Tomo III, São Paulo, RT, 1971.
- RIBAS VIEIRA, José; Margarida LACOMBE CAMARGO, “O Impeachment e o seu desenho institucional conflitivo”, em *Jota*, 20.01.2016. Disponível em: <http://jota.uol.com.br/o-impeachment-e-o-seu-desenho-institucional-conflitivo>.
- RIBEIRO BASTOS, Celso, *Curso de Direito Constitucional*, São Paulo, Celso BASTOS editor, 2002.
- STRECK, Lenio Luiz; Marcelo ANDRADE CATTONI DE OLIVEIRA; Alexandre BAHIA, “Comentários ao art. 85”, em J.J. GOMES CANOTILHO; Gilmar FERREIRA MENDES; Ingo Wolfgang SARLET; Lenio Luiz STRECK (orgs.), *Comentários à Constituição do Brasil*, São Paulo, Saraiva, 2014.
- TRIBE, Laurence, *American Constitutional Law*, 3ª ed., Nova Iorque, New York Foundation Press, 2000. Fernando WHITAKER CUNHA, “O Poder Legislativo e o Impeachment”, em *Revista de Informação Legislativa*, ano 29, n. 116, out./dez., 1992, p. 31-38.

VOLVER A LA TABLA DE CONTENIDO

Gonzalo Gabriel Carranza* (Argentina)

Constitucionalidad y oportunidad política en el nombramiento de los miembros de la Corte Suprema en Argentina. Especial alusión a la designación en comisión

RESUMEN

En Argentina existe un mecanismo tradicional para el nombramiento de jueces de la Corte Suprema, basado en un acuerdo entre el presidente y el Senado. Cuando discurren situaciones urgentes y excepcionales, el presidente está facultado para nombrar en comisión a estos magistrados. En una de sus primeras decisiones, el presidente Mauricio Macri decidió designar ministros de la Corte Suprema de esta manera, lo que valió aceptaciones y rechazos en la doctrina más especializada en el tema. Este trabajo analiza los distintos medios de nombramiento de ministros del alto cuerpo desde la óptica constitucional, y examina si la decisión adoptada se amolda a cánones normativos y políticos.

Palabras clave: nombramiento de jueces, Corte Suprema, designación en comisión.

ZUSAMMENFASSUNG

Das traditionelle Verfahren zur Ernennung der Richter am Obersten Gerichtshof Argentiniens beruht auf einer Vereinbarung zwischen Staatspräsident und Senat. In dringenden Fällen oder in Ausnahmeständen ist der Staatspräsident befugt, die Richter zeitlich befristet zu ernennen. In einer seiner ersten Amtshandlungen stützte sich Präsident Mauricio Macri bei der Ernennung von Richtern am Obersten Gerichtshof auf dieses Ausnahmeverfahren. Dies rief sowohl zustimmende als auch ablehnende Reaktionen bei den Vertretern der herrschenden Lehrmeinungen hervor. Die vorlie-

* Abogado de la Universidad Nacional de Córdoba (Argentina), máster en Derecho Constitucional del Centro de Estudios Políticos y Constitucionales y de la Universidad Internacional Menéndez Pelayo (España), doctorando en Derecho, Gobierno y Políticas de la Universidad Autónoma de Madrid (España). gonzalogcarranza@gmail.com / gonzalo.carranza@uam.es.

gende Arbeit untersucht die unterschiedlichen Mechanismen zur Ernennung der Mitglieder des Obersten Gerichtshofs aus verfassungsrechtlicher Perspektive und geht der Frage nach, ob die Ernennung der Richter mit den gesetzlichen Vorschriften und den maßgeblichen politischen Bestimmungen vereinbar ist.

Schlagwörter: Richterernennung, Oberster Gerichtshof, zeitlich befristete Ernennung.

ABSTRACT

The traditional mechanism for the appointment of Supreme Court judges in Argentina is based on an agreement between the president and the Senate. In urgent and exceptional situations, the president is authorized to make recess appointments of these magistrates. In one of his first decisions, President Mauricio Macri appointed ministers of the Supreme Court in this manner, which was met by both acceptance and rejection in the most specialized doctrine on the subject. This work analyzes the different means of appointing high court ministers from a constitutional perspective, and examines whether the decision adopted conforms to normative and political canons.

Keywords: appointment of judges, Supreme Court, recess appointment.

Introducción

En los últimos tiempos, el derecho constitucional se ha transformado en la rama del derecho más consultada por los argentinos. Afloran en los medios y revistas jurídicas distintos artículos que tratan de explicar los fenómenos de los cambios de mandos democráticos y de interpretar doctrinalmente si las decisiones que se han tomado se amoldan o no a la letra de la Constitución.

Argentina es, sobre la base de su Constitución, un país representativo y republicano, teniendo así como baluartes la división y el equilibrio de poderes. Aun así, en muchas oportunidades se ha criticado la falta de separación entre las funciones del Estado, sobre todo en cuanto al Poder Judicial, que muchas veces ha sido reprochado por la supuesta falta de independencia de sus magistrados.

El proceso de nombramiento de los miembros de la Corte Suprema requiere la propuesta del presidente para poder comenzar su camino. Frente a esta crucial decisión, la elección debe recaer en personas con un alto prestigio y reconocimiento del mundo jurídico, lo que ha sido una tarea difícil de conseguir.

El comienzo del siglo XXI mostró un cambio en la mentalidad presidencial, al querer autolimitar las facultades de propuesta de candidatos a la Corte, mutando de un proceso netamente personalista a un proceso participacionista, donde los ciudadanos tienen la capacidad de mostrar objeciones y adhesiones a los nombres propuestos.

Los vaivenes políticos de los últimos tiempos llevaron a utilizar, luego de muchos años sin hacerlo, un proceso de urgencia en el nombramiento en comisión de magistrados de la Corte. Esta decisión valió críticas y adhesiones; las primeras atacaron que el presidente hubiera obviado al Senado para poder nombrar a los magistrados y optado por un decreto presidencial para hacerlo, y las segundas sostuvieron que el presidente obraba de conformidad con la Constitución, haciendo un correcto uso de las facultades que posee. Estas ideas controvertidas son las que motivan este ensayo que busca comprender el Decreto Presidencial 83/2015, por el que se nombran a miembros de la Corte Suprema, siempre a la luz de la Constitución y la oportunidad política.

1. El procedimiento de designación de jueces de la Corte Suprema de Justicia de la Nación

El acto de designación de jueces en la Corte Suprema de Justicia de la Nación en Argentina ha dado lugar, a lo largo de la historia institucional del país, a diversos interrogantes o cuestionamientos acerca de la parcialidad o imparcialidad de las personas que ocuparían una de las sillas del máximo tribunal. Sobre todo, esta crítica se ha desarrollado en aquellos momentos en los que se decidió ampliar la cantidad de miembros de la Corte, como durante la última década del siglo pasado, en la presidencia de Carlos Saúl Menem, a quien se le criticó por tener –gracias a ello– “mayoría automática” en las decisiones del más alto cuerpo judicial.¹

Luego del retorno a la democracia, la cuestión de quién tendría la última palabra en torno a la adecuación al ordenamiento jurídico de un acto o norma dictada por algún organismo del Estado, ha suscitado procesos de nombramiento de jueces para la Corte que, en ciertos sentidos, no se amoldan a la alta dignidad que se espera de estos juristas.

Las crisis políticas y económicas que se vivieron en Argentina llevaron al nombramiento de jueces de la Corte que –en repetidas ocasiones– no tenían una formación jurídica de prestigio y respondían más bien a circunstancias amistosas, denotando así un problema a la hora de resaltar la clara separación de poderes diseñada para contrarrestar los efectos de la tiranía en el Estado.²

Años después de haber finalizado el ejercicio del mandato presidencial de Carlos Saúl Menem, y superada la renuncia a la primera magistratura de Fernando de la Rúa, los presidentes venideros trataron de enarbolar la bandera que llevaba como propósito el inicio del procedimiento del juicio político en contra de numerosos

¹ Daniel Alberto Sabsay, “El juicio político a la Corte Suprema en la República Argentina”, *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, núm. 8, 2004, p. 512.

² Para ampliar este tema, *ibid.*, p. 493.

magistrados de la Corte Suprema designados con anterioridad,³ lo que da cuenta de la necesidad de los demás poderes de poner un freno a los problemas que pueden surgir cuando la persona que ocupa el cargo no está facultada para el desempeño de sus funciones, independientemente de que se hayan seguido los canales normales para su designación como tal.

Es preciso destacar que “la existencia de un Poder Judicial independiente de la autoridad política constituye, sin lugar a dudas, uno de los elementos fundamentales para el establecimiento del Estado de Derecho”.⁴ Por ello, la búsqueda del alto ideal de la independencia judicial ha llevado a que se revisen los procesos de designación de los miembros de la Corte, dando lugar a la posibilidad de nombrar a personas con una alta formación, prestigio y reconocida trayectoria, que den cuenta, además, de su imparcialidad a la hora de juzgar los actos que se les presenten a su estrado.

En este orden de ideas, se diseñó en el año 2003 un procedimiento que busca comprender las limitaciones que existen sobre el titular del Poder Ejecutivo, a la hora de proponer al Senado el sometimiento a acuerdo para que el candidato ocupe una de las vacantes en la Corte. Se trata de encontrar límites propios en la primera parte del proceso del nombramiento, ya que en su segunda etapa existirá (o no) el acuerdo de los representantes de las provincias, quienes controlarán la facultad de nombramiento, integrando así el principio democrático a la selección.

El caso es un claro ejemplo del sistema de pesos y contrapesos (*checks and balances*) instaurado tradicionalmente por la Constitución de los Estados Unidos, y acogido por los convencionales argentinos de 1853 y que se mantiene incólume normativamente hasta nuestros días.

En las próximas líneas trataremos de demostrar la existencia de dos procedimientos de designación: por un lado, el “normal y tradicional”, instaurado en la propia Constitución y acompañado por la reglamentación de las facultades del Ejecutivo en el Decreto 222/2003; por otro lado, aquel que llamaremos “excepcional y extraordinario”, que ha sido utilizado en contados casos de la historia institucional del país del sur, pero que se ha visto reavivado con la publicación en el *Boletín Oficial* del Decreto 83/2015 del presidente Mauricio Macri.

1.1. La letra de la Constitución y la normalidad y tradicionalidad del procedimiento

La Constitución argentina señala, en el artículo 99, inciso 4, la atribución del presidente de nombrar a los magistrados de la Corte, previo acuerdo del Senado. Así, su letra indica que el candidato propuesto por el presidente debe reunir los votos válidos de dos tercios de los senadores presentes, y que su elección debe hacerse en una sesión pública convocada al efecto.

³ *Ibid.*, p. 511.

⁴ *Ibid.*, p. 493.

Básicamente, el proceso simplificado de nombramiento de los jueces del alto cuerpo indica que estos deben reunir la voluntad conjunta de los otros poderes del Estado: no sólo ser nombrados por el Ejecutivo, sino también recabar el acuerdo de la Cámara de Representación Territorial, que desempeña las funciones de cámara alta en el país.

El acuerdo no es un mero trámite, sino que se desarrolla para que los representantes de las provincias puedan expresar su parecer al respecto de las condiciones que posee el candidato propuesto. Se debe generar un debate en el que los candidatos sean sometidos a preguntas que no sólo responden a la formación jurídica del aspirante, sino que abarcan un bastión mucho más amplio de espectros, teniendo en cuenta que esta persona se incorporará al órgano que tiene la capacidad última de determinar la legalidad, constitucionalidad o convencionalidad de las causas que le lleguen a sus despachos.

Claro está que el motivo de la audiencia es la búsqueda de un debate amplio, en el que se presenten las ideas políticas de los distintos integrantes del Senado y donde las preguntas tiendan a verificar si el candidato reúne las condiciones para ser confirmado en el puesto.

La idea firme de la Constitución se vio corrompida en diversas ocasiones por acuerdos de claro contenido político, donde los miembros que asumían las funciones eran nombrados, en muchos casos, en el marco de una cámara que funcionaba, a nuestro parecer, como escribanía del Ejecutivo, llegando a la Corte numerosas personalidades que no tenían la formación suficiente para afrontar el desafío de ser parte integrante del prestigioso órgano. Esto es fruto de la disciplina política que se vive en Argentina, donde los miembros de la bancada oficialista apoyan (la mayoría de las veces) las decisiones que se presentan desde el Poder Ejecutivo, sin ningún tipo de debate al respecto.

Lo mencionado *ut supra* dio lugar a una Corte que, a más de poder considerarla politizada en virtud de que sus miembros provienen de un nombramiento político, estuvo sometida al descrédito social.⁵ Por este motivo, en el año 2003 comenzó un proceso de reforma del propio Poder Ejecutivo, que trató de limitar el poder que la Constitución le confería, estableciendo un mapa dentro del cual podría moverse a la hora de dar el primer paso en la formación de la voluntad pública en el marco del proceso de nombramiento de los jueces de la Corte.

⁵ Sobre esto, es destacable la afirmación de Germán Javier Bidart Campos, citada por Sabsay: “[L]a sociedad tiene la imagen de una Corte Suprema no independiente en los temas de alto voltaje institucional [...], considero que el solo dato de que la imagen que la sociedad tiene del Poder Judicial y de la Corte sea una imagen de no independencia es muy dañino y hace que se pierda la confiabilidad en el Poder Judicial y en el máximo tribunal de justicia, al que no se visualiza como imparcial” (*Ibid.*, p. 509).

1.2. El Decreto 222/2003

El decreto firmado por el presidente Néstor Carlos Kirchner, el 19 de junio de 2003 (y publicado en el *Boletín Oficial* en su edición del día siguiente), da cuenta de una serie de motivaciones que impulsaron la creación de una reglamentación a la hora de comenzar el procedimiento de designación de ministros para la Corte Suprema.

En el decreto se destaca el objetivo de la “mejor selección del candidato propuesto, de modo que su designación contribuya de modo cierto en aporte a un efectivo mejoramiento del servicio de justicia, cuya garantía debe el Estado proveer a los ciudadanos, al fortalecimiento del sistema republicano y al incremento de la calidad institucional”.⁶

Para lograr el objetivo propuesto, la selección de candidatos a la Corte debe tener en cuenta un reparto equitativo de miembros que responda a criterios de diversidad de género, especialidades profesionales e integración con un sentido regional y federal.⁷ Junto a ello, se espera que los abogados propuestos acrediten una labor profesional y académica destacable.

El proceso que se encamina en el decreto identifica una participación ciudadana activa, que busca que el ciudadano particular o agrupado pueda hacer valer su adhesión a la propuesta, como también “hacer conocer, en forma oportuna sus razones, puntos de vista y objeciones que puedan tener respecto del nombramiento a producir”.⁸

Como bien lo establece el artículo 1º del decreto, la finalidad última es la preselección de candidatos, en un marco de prudencial respeto al buen nombre y honor de cada uno de los propuestos, y la correcta valoración de sus aptitudes morales y técnico-jurídicas, junto a un marcado compromiso por los derechos humanos y los valores democráticos.

El procedimiento reglado se establece entre los artículos 3 y 10 del decreto, señalándose una serie de pasos, a saber:

- Producida la vacante, en un plazo de 30 días se publicará, en el *Boletín Oficial* y en dos diarios de circulación nacional (junto a la publicación web), el nombre y los principales antecedentes del candidato.
- Se determinan responsabilidades para los aspirantes, en relación con la presentación de declaraciones juradas y la necesidad de encontrarse al día en el cumplimiento de sus obligaciones tributarias⁹ (arts. 5 y 8).

⁶ Decreto PEN 222/2003, segundo párrafo del considerando.

⁷ Esto viene complementado con el artículo 3º del decreto.

⁸ Decreto PEN 222/2003, sexto párrafo del considerando.

⁹ Para lo cual se requerirá informe a la Administración Federal de Ingresos Públicos, velando por resguardar el correspondiente secreto fiscal.

- Una vez finalizadas las publicaciones en el *Boletín Oficial*, los interesados podrán presentar en el plazo de 15 días, de manera escrita, fundada y documentada, todas aquellas alegaciones que quieran realizar a favor o en contra del candidato, con declaración jurada respecto de su propia objetividad respecto de aquellos. Estas presentaciones se realizarán ante el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. Asimismo, podrá requerirse opinión a organizaciones relevantes respecto del candidato (arts. 6 y 7).
- Transcurridos 15 días desde el fin del plazo de alegaciones, el Ejecutivo nacional dispondrá la elevación o no de la propuesta (art. 9).

Al finalizar el proceso, el presidente tendrá en sus manos la decisión de presentar al candidato ante el Senado, que deberá cumplir con lo mandado en el artículo 99, inciso 4, de la Constitución Nacional, y, de esa manera, prestar el acuerdo (o no) al candidato.

El Senado actuará de conformidad con lo establecido en el artículo 82 de su propio reglamento,¹⁰ votando luego en el pleno de la Cámara, de la que requiere una mayoría de los dos tercios de los presentes para confirmar al candidato como miembro de la Corte Suprema.

Como se ve, el procedimiento establecido en el Decreto 222/2003 ha venido a darle importancia a la formación de una voluntad popular que tiene que ver con la posibilidad de que el ciudadano pueda dar su parecer, sea escuchado y tenga participación en un proceso cuyo fin último será darle el derecho a otro ciudadano a juzgar los actos de toda la sociedad como miembro de la Corte.

La doctrina, en general, ha aplaudido el proceso establecido por el presidente Néstor Carlos Kirchner, por entender que el fondo del asunto radica en transparentar al candidato, lograr la participación popular en la toma de decisión y posibilitar un debate fundado en el seno de la cámara alta.

2. El Decreto 83/2015 y el procedimiento excepcional y extraordinario

En diciembre del año 2015, Argentina vivió un cambio de ciclos de gobierno. Luego de 12 años de conducción kirchnerista,¹¹ las urnas mostraron la voluntad popular de generar un cambio en la línea presidencial y, luego de un reñido balotaje, se proclamó presidente al ingeniero Mauricio Macri, opositor de sus antecesores en el cargo.

¹⁰ Que remite, a su vez, al reglamento de la propia Comisión de Acuerdos.

¹¹ Cuatro años de gobierno del presidente Néstor Carlos Kirchner y ocho años (dos mandatos) de gobierno de su esposa Cristina Fernández de Kirchner.

Frente al panorama de vacancia de dos miembros de la Corte Suprema, el presidente decidió, mediante el Decreto 83/2015, cubrir esos lugares con dos ministros que desarrollarían sus cargos en comisión, utilizando –por primera vez desde el retorno a la democracia y a los efectos de nombramiento de jueces de la Corte Suprema– la facultad establecida en el artículo 99, inciso 19, de la Constitución.

No se trata de la primera vez que ocurre este hecho, pero sí desde 1983 y desde que está vigente el Decreto 222/2003, que reglamenta las potestades del presidente a tal efecto. La utilización de esta técnica de nombramiento se establece fuera de la tradicionalidad, ya que los hechos que motivaron el dictado del acto del Ejecutivo daban lugar al reconocimiento de esa situación para facultar al presidente a actuar de tal manera.

Así, frente a la normalidad de los hechos y el procedimiento tradicional de designación de los miembros de la Corte, nos encontramos ante lo que podemos llamar un procedimiento “excepcional y extraordinario”, que ha sido objeto de diversas críticas a lo largo de los meses posteriores al dictado del decreto presidencial y que trataremos de explicar en el presente.

2.1. La cuestión subyacente

Hay que destacar una serie de cuestiones que ayudan a aclarar el panorama al que se enfrentaba el Ejecutivo a la hora de tomar la decisión de nombrar en comisión a los miembros de la Corte. Por un lado, la presidenta Cristina Fernández de Kirchner había aceptado la renuncia como miembros de la Corte de los ministros Eugenio Raúl Zaffaroni¹² y Carlos Santiago Fayt.¹³ Estas se harían efectivas el 31 de diciembre de 2014, en el primer caso, y el 11 de diciembre de 2015, en el segundo.

Frente a la renuncia del primer magistrado, la presidenta dio curso al procedimiento del Decreto 222/2003 y propuso como candidato a Roberto Manuel Carlés, quien no reunió suficiente apoyo y registró más críticas que elogios en cuanto a su nominación. Algunos aducían que era un militante politizado sin experiencia y con poca edad (tan sólo 33 años) para ser ministro de la Corte.¹⁴

Presentada la renuncia de Fayt, y ante el revuelo que había producido el nombre presentado inicialmente, la presidenta retiró el pliego de Carlés y presentó como nuevos candidatos a Eugenio Sarrabayrouse y a Domingo Juan Sesin.

¹² Mediante Decreto Presidencial 2044/2014.

¹³ Mediante Decreto Presidencial 1892/2015.

¹⁴ Prueba de ello fueron las numerosas impugnaciones que recibió su candidatura, como la que presentó la ONG Ciudadanos Libres por la Calidad Institucional, que achacó a Carlés haber faltado a la verdad en los datos consignados en su CV respecto de sus antecedentes en la Procuración Penitenciaria de la Nación, como también que no poseía los ocho años de ejercicio del derecho que establece la Constitución Nacional. Por su parte, el Colegio de Abogados de la Capital Federal impugnó que el candidato habría mentido al indicar que fue asesor de este órgano. Disponible en: <http://www.minutouno.com/notas/352542-el-colegio-publico-abogados-porteno-impugno-carles>.

A diferencia del anterior candidato, los dos nuevos postulantes reunían una amplia trayectoria profesional y académica, pero fueron presentados en un momento inoportuno, ya que el país vivía los debates previos a la elección presidencial del sucesor de Cristina Fernández de Kirchner, por lo que la oposición señaló en los medios que no prestaría conformidad para alcanzar las mayorías y nombrarlos como miembros de la Corte, sino hasta que hubiera un cambio de presidente.¹⁵

Llegados los días anteriores a que se produjera el efectivo retiro como ministro de la Corte de Carlos Santiago Fayt, el país se encontraba sumido en disputas constitucionales en torno a la duración del mandato presidencial, la ceremonia de juramento y el cambio de atributos presidenciales. Todo esto llevó a que la discusión acerca del nombramiento de los nuevos ministros quedase en un segundo plano.

Comenzado el mandato presidencial de Mauricio Macri, el novel titular del Ejecutivo tomó una serie de decisiones que le valieron el apoyo y la crítica en sus primeros días de gobierno. Dentro de las necesidades que el presidente calificó de urgentes, se encontraba cubrir las vacantes de los dos ministros de la Corte. En esta decisión, bajo su firma no sólo subyacía la necesidad de coadyuvar al normal funcionamiento del Poder Judicial, sino también la manifestación de una cuota de poder y autoridad que debía construir con decisiones firmes que denotaran su personalidad y que ratificaran que el nuevo presidente actuaba con seriedad.

Frente a la vacancia, el jefe del Estado decidió nombrar en comisión a dos miembros para la Corte Suprema de Justicia de la Nación, que no eran los candidatos propuestos por su antecesora, sino que eran dos nuevos destacados juristas: Carlos Rosatti y Carlos Rosenkrantz.

Independientemente del análisis constitucional, que es necesario, útil y de la mayor importancia, hay que entender el trasfondo del dictado de la norma para comprender por qué se dictó en ese momento.

2.2. La letra de la Constitución

Adentrándonos en lo que realmente dice la Constitución Argentina, el artículo 99, inciso 19, señala dentro de las atribuciones presidenciales que el titular del Ejecutivo “puede llenar las vacantes de los empleos, que requieran el acuerdo del Senado, y que ocurran durante su receso, por medio de nombramientos en comisión que expirarán al fin de la próxima Legislatura”.

¹⁵ Por ejemplo, Ernesto Sanz, el presidente del radicalismo, señaló a los medios en ronda de prensa: “[C]omo presidente del radicalismo, adelanto que no vamos a acompañar esto”. Por su parte, el senador Cimadevilla destacó que consideraba “una barbaridad la decisión del Gobierno de elevar dos pliegos” (Disponible en: <http://www.lanacion.com.ar/1840835-la-ucr-anticipo-su-rechazo-a-los-candidatos-de-cristina-kirchner-para-la-corte-ella-no-tiene-legitimacion-politica> y <http://www.pagina12.com.ar/diario/ultimas/subnotas/20-75073-2015-10-29.html>). En todo caso, de lo que se trataba era de esperar al nuevo presidente y ver cuál iba a ser su propuesta, esto es, si mantenía a los postulantes o presentaba unos nuevos.

La piedra fundamental para entender el decreto se encuentra en la interpretación realizada de este inciso, que aporta al mismo tiempo claridad y confusión.

En primer lugar, hay que destacar que el nombramiento que indica la Constitución es “en comisión”, con un acotamiento temporal marcado, ya que dicho acto debe producirse cuando el Legislativo esté en receso (esto es, entre el primer día de diciembre de un año y el último de febrero del siguiente) y el cumplimiento del mandato en comisión será desarrollado hasta que el Senado apruebe el nombramiento, lo rechace o expire el plazo de la próxima legislatura.

La designación en comisión se hará para todos los empleos que requieran acuerdo del Senado, y aquí es donde se han producido las mayores críticas, ya que muchos autores sostienen que el término “empleo” no sería atribuible a un miembro de la Corte.

Frente a esta palabra, se pueden aducir dos tipos de interpretaciones:

[L]a interpretación amplia, hace referencia a cualquier cargo público nacional que competa nombrar al presidente y que requiera acuerdo del Senado; mientras que la interpretación restrictiva, considera que no es extensiva a los jueces, sino que ciñe su alcance solo a embajadores, ministros plenipotenciarios, encargados de negocios, miembros de las fuerzas armadas, directores del Banco Central, etc., pues no es factible “nombrar en comisión” por Decreto a los titulares de otro Poder del Estado.¹⁶

La naturaleza que pesa sobre el artículo se remonta a 1860, pues esta cláusula fue incorporada con la primera reforma constitucional, y tiene su parangón en la Constitución de los Estados Unidos de Norteamérica, texto que sirvió de columna para los convencionales derivados.

El inciso en cuestión está tomado literalmente del artículo II, sección 2, cláusula 3, de la Constitución norteamericana, cuyo origen se remonta al punto 67 del famoso libro *El Federalista*, en este caso escrito por Alexander Hamilton.¹⁷ En dicho punto se sostiene –a grandes rasgos– que sería impropio obligar al Senado a estar constantemente en sesiones para cubrir las vacancias que se produzcan durante su receso, por lo cual el Ejecutivo debe actuar sin dilaciones para cubrir las.

La Constitución deja en claro, entonces, que es facultad del presidente acudir a este inciso para poder cubrir aquellos cargos que necesiten el acuerdo del Senado mientras este se encuentre fuera del período del año legislativo.

¹⁶ Carlos Ignacio Giuffré, “Análisis del procedimiento de designación de los dos jueces de la Corte Suprema”, *La Ley Online*, 24 de febrero de 2016, p. 1, AR/DOC/4535/2015.

¹⁷ Tal cual lo señala Juan Vicente Sola en su análisis del caso. Para profundizar, ver Juan Vicente Sola, “La designación de jueces en comisión”, *La Ley Online*, 17 de diciembre de 2015, AR/DOC/4462/2015.

Para profundizar el procedimiento extraordinario, el autor Christian Alberto Cao ha señalado una serie de puntos para esclarecer ideas respecto del nombramiento en comisión de los magistrados:¹⁸

- Es una facultad del presidente;
- comprende todos los empleos y cargos que requieran acuerdo senatorial durante el receso del Senado;
- el cargo debe encontrarse vacante mientras el Senado se encuentre en receso;
- el cargo queda sometido a acuerdo senatorial;
- el cargo es temporalmente cubierto por el funcionario designado en comisión;
- el nombramiento en comisión temporalmente perdura hasta que el Senado:
 - otorgue acuerdo para la designación
 - rechace el nombramiento o
 - finalice la próxima legislatura sin que el Senado se haya pronunciado a favor o en contra del decreto presidencial;
- el funcionario es susceptible de ser enjuiciado políticamente; y
- al ser una situación transitoria y excepcional, debe estar debidamente motivada.

Nos encontramos, pues, ante un procedimiento que, aparentemente, se amolda a la letra de la Constitución y quiere acabar saciando la necesidad temporal y urgente de cubrir las vacancias existentes.

2.3. Los antecedentes

Muchos han criticado el accionar del presidente argentino por no tener antecedentes históricos, pero cabe destacar que el caso ha tenido precedentes tanto en el país del sur como en su inspirador norteamericano.¹⁹

En el caso de los Estados Unidos, si bien “los nombramientos en comisión son habituales para la designación de jueces en las instancias inferiores [...], la designación de ministros de la Corte Suprema ha ocurrido muy raramente”.²⁰ Juan Vicente Sola recuerda el caso del presidente Eisenhower, “quien designó en comisión al presidente de la Corte Suprema [...] Earl Warren en 1953 y a los ministros William

¹⁸ Christian Alberto Cao, “El nombramiento de jueces en comisión. Habilitación constitucional con limitación funcional”, *La Ley Online*, 17 de diciembre de 2015, AR/DOC/4458/2015.

¹⁹ Para un reflejo de estas críticas ver, por ejemplo, Alejandro Rebossio, “Macri desata la primera polémica al nombrar jueces por decreto”, *El País*, 15 de diciembre de 2015, donde se trata de sintetizar las posturas en relación con este tema. Disponible en: http://internacional.elpais.com/internacional/2015/12/15/argentina/1450213675_483088.html.

²⁰ Sola, *op. cit.*, p. 2.

Brennan en 1956 y Potter Stewart en 1958 durante el receso del Congreso”.²¹ En todos estos casos, los cargos fueron confirmados con posterioridad. Destaca Sola que “primó sin duda que no debía una vacante en Corte Suprema mantenerse por un lapso prolongado de tiempo”.²²

Respecto de los antecedentes nacionales, hay distintas interpretaciones en cuanto a la cantidad de veces que fueron nombrados los ministros bajo el mandato en comisión. Dentro de las distintas interpretaciones históricas del caso, Jorge Alberto Diegues²³ repasa aquellos miembros que fueron nombrados mediante la utilización de la facultad que analizamos. Así, independientemente de la primera conformación de miembros de la Corte,²⁴ que debieron ser nombrados por decreto hasta que el Congreso los ratificó, existieron casos de nombramientos comisionados:

- El ministro Juan Varela, nombrado en comisión por el presidente Miguel Ángel Juárez Celman, el 3 de abril de 1889.
- El ministro Abel Bazán, nombrado en comisión por el mismo presidente, el 13 de enero de 1890.
- El ministro Benjamín Paz, nombrado en comisión por el presidente Carlos Pellegrini, el 29 de marzo de 1892.
- El ministro Dámaso Palacio, nombrado en comisión por el presidente José Figueroa Alcorta, el 21 de marzo de 1910.

La nómina de ministros podría ampliarse, según el parecer del constitucionalista Gregorio Badeni, quien señala otros casos de tribunales nombrados mediante este procedimiento: José Domínguez (1872), Onésimo Leguizamón (1877), Uladislao Frías (1878), Manuel Pizarro (1882), Luis Sáenz Peña (1890) y José Bidau (1962).²⁵

Asimismo, desde el retorno a la democracia en 1983, el instrumento fue utilizado para nombrar a jueces federales inferiores tanto por el presidente Raúl Ricardo Alfonsín, mediante Decreto 3255/84, como por Carlos Saúl Menem, quien dictó los decretos 2297/90, 2300/90 y 2305/90, nombrando en comisión a siete jueces; la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional tomó juramento a dos de ellos y elevó a la Corte Suprema la consideración respecto de los restantes. El órgano máximo resolvió la cuestión, entendiendo que se encontraba dentro de su competencia, e indicó que los nombramientos se ajustaban a la Constitución.²⁶

²¹ *Idem.*

²² *Idem.*

²³ Juan Alberto Diegues, “El nombramiento en comisión de jueces de la Corte Suprema”, *La Ley Online*, 17 de diciembre de 2015, AR/DOC/4465/2015.

²⁴ Que tuvo lugar en 1862.

²⁵ Para ello, se puede consultar la opinión de Gregorio Badeni, “Un decreto válido y constitucional”, *La Nación*, 17 de diciembre de 2015. Disponible en: <http://www.lanacion.com.ar/1854871-un-decreto-valido-y-constitucional>.

²⁶ Se puede consultar la decisión en la colección Fallos 313:1232. Cabe destacar la posición en disidencia del ministro Augusto César Belluscio, quien indicó que no correspondía la toma

Lo visto permite comprender que ya existían casos de nombramientos en comisión de miembros de la Corte o de tribunales inferiores en la historia institucional argentina, eso sí, con distintos trasfondos políticos.

2.4. Los argumentos del decreto

El Decreto 83/2015 contiene en sus considerandos una serie de argumentos que se utilizan para tratar de motivar el acto jurídico en cuestión.

La idea que se tuvo desde el equipo legal y técnico de la Presidencia de la nación fue esclarecer los motivos que llevaban al dictado del acto mediante una serie de hechos, normas y antecedentes que avalan la postura de sostener la decisión.

Para llegar a ellos, destaca en el segundo párrafo del decreto la cuestión de hecho, esto es, la existencia de dos vacantes en la Corte Suprema y la integración del cuerpo por sólo tres miembros, “lo que dificulta el desenvolvimiento de las altas funciones que le encomienda la Constitución Nacional”.²⁷

Los argumentos que se han utilizado en el decreto son los siguientes:

- El argumento de la mayoría. En primer lugar, el decreto repasa un argumento que se sostiene en la necesidad de que la Corte pueda dictar sus sentencias haciendo uso de las mayorías. Indica que según lo dispuesto en el artículo 23 del Decreto Ley 1285/58, las decisiones de la Corte se adoptarán por el voto de la mayoría absoluta de los jueces que la integran, siempre que concuerden en la solución del caso y, si hubiere desacuerdos, se requerirán los votos necesarios para obtener la mayoría absoluta de opiniones. Así, en la formación que tenía la Corte y que motivó el dictado del decreto, no podrían adoptarse decisiones que no contaran con la unanimidad de los miembros. Todo esto se encuentra ratificado por el artículo 3 de la Ley 26183, que dispuso la reducción a cinco miembros de la Corte y que requirió una vez más la toma de decisiones por el voto de la mayoría absoluta de sus miembros.
- El argumento numérico es el que se utiliza para destacar la urgencia de la cobertura inmediata de las vacantes.²⁸
- El argumento normativo. Se sostiene la validez de la decisión en el artículo 99, inciso 19, de la Constitución, que faculta al presidente a tomar la decisión. Junto a ello, se indica que la facultad tiene basamento legal por la

de juramento por cuanto eran constitucionalmente inválidos los nombramientos, sustentando su parecer en que los decretos no se dieron en situaciones de excepción, habida cuenta de la fecha en la que se produjeron las vacancias y el momento en el que se dictaron los decretos presidenciales.

²⁷ Decreto 83/2015, segundo párrafo de los considerandos *in fine*.

²⁸ *Ibid.*, quinto párrafo de los considerandos.

reafirmación dada en los artículos 1 y 2 del Decreto Ley 1285/58, ratificado por Ley 14467.

- El argumento jurisprudencial. Se resalta la interpretación auténtica de la norma constitucional realizada por la Corte Suprema en los Fallos 313:1232, considerandos 4 y 6, que básicamente indican que la cobertura de vacantes puede ser realizada tanto de los empleos que se encontraban sin cubrir en el momento del receso como de aquellos que se produzcan durante este tiempo.
- El argumento doctrinal. Sostiene que existe una doctrina constitucional al respecto, esgrimida por notables juristas como Germán Javier Bidart Campos,²⁹ Miguel Ángel Ekmekdjian³⁰ o María Angélica Gelli.³¹ En dicha doctrina, se avala la postura de la facultad de este tipo de nombramientos en comisión.
- El argumento histórico. Destaca el hecho del antecedente del dictado del Decreto 3255/84 por el presidente Raúl Ricardo Alfonsín.
- El argumento de la compatibilidad de roles. En este punto, el decreto indica que la potestad dada al presidente es perfectamente compatible con el rol que tiene el Senado en el nombramiento de los jueces de la Corte, por cuanto el Ejecutivo oportunamente enviará los pliegos respectivos de los jueces designados en comisión y los someterá a acuerdo de la cámara alta para su confirmación y, en el caso de no expedirse, finalizarían su mandato el 30 de noviembre de 2016, es decir, al acabar el año legislativo siguiente al dictado del decreto.

2.5. Voces en contra

Una vez anunciado el dictado del decreto, las voces de los medios, de la oposición al gobierno del presidente Macri y de numerosos doctrinarios se dividieron notablemente. Algunos se adherían a la decisión tomada y otros la criticaban por considerarla inconstitucional.

Dentro del elenco de personalidades que criticaron la constitucionalidad de la norma se argumentaba que no existen “fundadas razones que justifiquen el apartamiento de la regularidad constitucional respecto de los nombramientos que requieren acuerdo del Senado”.³² Se sostenía que la situación debía ser objetiva de extrema

²⁹ Germán Javier Bidart Campos, *Tratado elemental de derecho constitucional*, t. II, Buenos Aires, Ediar, 2003, p. 248.

³⁰ Miguel Ángel Ekmekdjian, *Tratado de derecho constitucional*, t. V, Buenos Aires, Depalma, 1999, p. 148.

³¹ María Angélica Gelli, *Constitución de la nación argentina comentada y concordada*, Buenos Aires, La Ley, 2008, p. 867.

³² Andrés Gil Domínguez, “La designación de los jueces de la Corte Suprema de Justicia ‘en comisión’”, *La Ley Online*, 15 de diciembre de 2015, p. 1, AR/DOC/4457/2015.

necesidad y urgencia, lo cual no debería depender de la mera conveniencia política coyuntural del poder de turno.

Asimismo, se señaló³³ que la norma en cuestión generaba una implícita derogación del Decreto 222/2003, y con ello “una regresión institucional en la construcción de una democracia deliberativa y participativa en la selección de los candidatos y candidatas a ocupar la Corte Suprema de Justicia, por cuanto los ‘jueces en comisión’ serán posteriormente ratificados por el Senado sin tener que someterse a ninguna clase de mecanismo de control deliberativo ni tampoco a la audiencia pública ante el Senado”.³⁴

El jurista Carlos Ignacio Giuffré³⁵ sostiene, además, otra serie de argumentos en contra, como la incorrecta interpretación del término ‘empleo’ en la Constitución, que debe ser entendido de manera restrictiva y no amplia. Asimismo, resalta la dudosa interpretación de la expresión ‘que ocurran durante su receso’. Giuffré también ataca la constitucionalidad del decreto por considerarlo contrario al espíritu de la carta política en relación con el federalismo, la democracia deliberativa, el republicanismo, el derecho a estabilidad de los jueces, y las libertades y derechos de los ciudadanos.³⁶

2.6. Voces a favor

Surgieron, además, voces a favor de la constitucionalidad del decreto. Se nota, así, que la literatura en este punto se encuentra dividida.

Si bien el decreto indica que existe una doctrina sentada por autores como Germán Javier Bidart Campos, Miguel Ángel Ekmekdjian y María Angélica Gelli, hay que destacar las voces que surgieron luego de dictado el decreto. Entre ellas encontramos las de Francisco J. Crocioni, Juan Vicente Sola, Jorge Alberto Diegues, Christian Alberto Cao, Gregorio Badeni, Domingo Juan Sesin, entre otros.

Francisco J. Crocioni³⁷ señaló, por ejemplo, que los principios de razonabilidad y legalidad están perfectamente cubiertos en la norma. Sobre el asunto de la legalidad, será apoyado en lo mentado por el doctor Cao.³⁸

Criterios de interpretación histórica de la norma constitucional también apoyan la mirada a favor de la constitucionalidad del decreto, intentando dar noticia de aquellos supuestos nacionales y del derecho comparado que dieron lugar a la reforma constitucional de 1860, que dejó el artículo 99, inciso 19, tal cual está redactado al día de hoy.

³³ *Idem.*

³⁴ *Ibid.*, p. 2.

³⁵ Giuffré, *op. cit.*, p. 1.

³⁶ Para ahondar en cada punto, ver Giuffré, *op. cit.*

³⁷ Francisco J. Crocioni, “Decreto 83/2015: una nueva lectura”, *La Ley Online*, marzo de 2016, AR/DOC/259/2016.

³⁸ Cao, *op. cit.*

Los autores interpretan la norma fundamental con una mirada que va más allá de lo jurídico, por cuanto “además de ser un documento jurídico, la Constitución es un instrumento de gobierno, y quien no lo entienda así, no sabe interpretarla”.³⁹

2.7. Nuestra mirada

Desde esta tribuna consideramos que el decreto dictado por el presidente Macri se amolda a la correcta interpretación de letra de la Constitución, aunque realizamos algunas objeciones a cuestiones no jurídicas que giran en torno a este.

Al decreto hay que mirarlo con ojos de realidad, normatividad y politicidad. Respecto de lo primero, no existen objeciones, al saber que el instrumento fue dictado cuando estaba en receso el Congreso, por lo cual no se podía obtener el acuerdo del Senado. También es destacable que incluso en el supuesto de haberse llamado a sesiones extraordinarias, no existe una seguridad de que las vacantes hubiesen sido cubiertas. La realidad obligaba el nombramiento de los ministros para completar la Corte con sus cinco bancas y dar cumplimiento a la cabal misión que tiene el órgano: impartir justicia.

En relación con la normatividad, consideramos que el decreto se ha dictado conforme a derecho, siendo constitucionalmente válido, por hacer uso el presidente de una facultad que la misma carta magna le confiere. En este sentido, el vocablo ‘empleos’ debe ser entendido de manera general y conforme con aquellos cargos que deben requerir acuerdo del Senado para ser válidos. Así, el resultado del silogismo categórico pone a la lógica a nuestro favor, pues los miembros de la Corte requieren el acuerdo y son considerados empleos en el sentido amplio que la Constitución quiso dar con miras a la finalidad del inciso: cubrir vacancias que requieran ser ocupadas en razón de la urgencia y necesidad que se tenga.

Cabe destacar que el dictado del decreto no invalida ni deroga el Decreto 222/2003, que establece el procedimiento normal a seguir por el Ejecutivo para el sometimiento a acuerdo de los candidatos, que deberá ser iniciado ni bien comiencen las sesiones ordinarias, como fue indicado en el mismo instrumento en su penúltimo considerando.⁴⁰

Por último, respecto de la cuestión política, hay que diferenciarla de la jurídica. Si bien el decreto no infringe la Constitución y es plenamente válido, si se analiza desde el punto de vista político, este le produjo al presidente Macri numerosas críticas del entorno político, que atacaron la decisión por el momento en que fue dictado y por haber utilizado este tipo de vía excepcional y extraordinaria.

³⁹ Diegues, *op. cit.*, p. 2.

⁴⁰ Que dice, textualmente: “Que sin perjuicio del nombramiento en comisión que se instrumenta por medio del presente acto, corresponde instruir al Ministerio de Justicia y Derechos Humanos a efectos de que promueva de inmediato los procedimientos previstos en el Decreto N° 222/03, para la oportuna designación de los Doctores ROSENKRANTZ y ROSATTI conforme a las previsiones del artículo 99, inciso 4, de la Constitución Nacional”.

Si bien se puede ver que, en el fondo, el decreto buscaba dar una nota de poder al presidente, no era el momento oportuno para hacerlo, ya que se encontraba a días de haber comenzado su mandato presidencial, en medio de una división casi por igual de votos a favor y en contra de su elección y con una conformación del parlamento que se mostraba contraria a una mayoría absoluta en ambas cámaras.

Este es un claro ejemplo de que existen decisiones que pueden ser jurídicamente válidas, pero que son tomadas en tiempos inoportunos, pudiendo ser así políticamente incorrectas. Respecto a ello, Christian Alberto Cao tiene razón al decir que hay que ser conscientes de la distinción entre “lo normativamente autorizado y lo saludablemente recomendable”.⁴¹

Distinto hubiera sido el caso, si el presidente se encontrara en otro momento de su mandato y las vacancias se produjeran en los mismos términos que los actuales. Quizás en esas circunstancias, la decisión hubiera sido política y jurídicamente correcta. Claro está que, en este caso, no lo fue.

Prueba de lo mentado es el hecho de que unos días después de dictado el acto, y ante la división suscitada al respecto, no se estableció fecha para la toma de juramento de los ministros comisionados, pensando que lo mejor era tomarlo al comienzo del año legislativo siguiente.

Una vez iniciadas las sesiones ordinarias del período 2016, el presidente retiró los pliegos de los candidatos propuestos por Cristina Fernández de Kirchner y envió al Senado los de los dos nuevos candidatos a jueces de la Corte, pero no se derogó el decreto presidencial. Frente a esto, la cámara alta comenzó a tratar los pliegos sin haber jurado los nuevos ministros nombrados en comisión.

2.8. La judicialización del caso

A la división política y doctrinal se sumó la judicialización del caso. Así, un ciudadano particular se presentó ante el juzgado federal de Dolores e interpuso acción de amparo para que se declarara la nulidad del Decreto 83/2015, sosteniendo que la decisión del presidente lesionaba sus derechos y garantías constitucionales, a la vez que atentaba contra la división de poderes, la independencia judicial y la seguridad jurídica. Junto a ello, solicitó se dictara una medida cautelar urgente suspensiva del acto administrativo hasta que se resolviera la cuestión de fondo.

El juez Alejandro Ramos Padilla, con el apoyo argumentativo del fiscal, otorgó la cautelar, sosteniéndose en la urgencia del hecho y en la presunción de que el acto no se desprendía de la Constitución ni de su espíritu.

La decisión de primera instancia fue declarada abstracta por la Cámara Federal de Apelaciones de Mar del Plata, cuestión objetada por el Fiscal General del distrito en recurso extraordinario federal, de lo cual no existe aún una decisión del máxi-

⁴¹ Cao, *op. cit.*

mo tribunal y, si la Corte se llegase a pronunciar, probablemente sería declarando nuevamente abstracto el recurso, al estar ya nombrados los dos nuevos ministros.

Esta judicialización da muestras de lo conflictivo que ha sido el caso hasta la llegada de los pliegos al Senado.

3. Horizontes marcados

Más allá de la aprobación o no de los pliegos presentados por el presidente para cubrir las vacantes de los dos miembros en la Corte, hay que destacar el horizonte que ha marcado el dictado del Decreto 83/2015. Se quiere, de esta manera, ver más allá de la letra actual y de las repercusiones que el caso ha tenido al día de hoy.

El instrumento jurídico no ha perdido validez por cuanto no ha sido derogado y se mantendrá vigente hasta tanto exista una confirmación, un rechazo o no haya expresión alguna por parte del Senado.

En todo caso, la comisión dada por el presidente a los ministros de la Corte culminará por defecto, lo que nos lleva a resaltar el valor de precedente que tiene el decreto dictado, por cuanto puede ser utilizado en otra ocasión por quien sea el presidente de turno y tenga que enfrentarse a este tipo de nombramientos en razón de la urgente necesidad existente.

El horizonte que señala el precedente es claro: la interpretación contemporánea del artículo 99, inciso 19, de la Constitución realizada en los considerandos del decreto se ajusta a derecho hasta tanto la Corte (que tiene la última palabra al respecto) diga lo contrario.

En todo caso, más allá de las discusiones que pueden surgir entre políticos, juristas y medios de comunicación, lo importante es destacar que el decreto está vigente materialmente y sus postulados continuarán siendo válidos hasta tanto el presidente lo derogue o la Corte se pronuncie sobre su constitucionalidad. Incluso perdiendo su vigencia temporal, al ocurrir una de las tres situaciones posibles, el decreto será un cierto precedente legal para el futuro.

4. Conclusiones

La designación de los jueces ha sido y es un acto de trascendencia política para los 40 millones de argentinos. No es fácil designar a la persona que ocupará un lugar en el cuerpo que toma las decisiones finales sobre pretensiones resistidas por dos partes, y no es fácil porque si bien los canales que conducen al resultado final pueden discurrir dentro de la normalidad legal y constitucional, a veces las decisiones que se toman tienen resultados poco apetecibles en términos políticos.

Es cierto que la Constitución es la más política de las leyes, porque señala los horizontes que se esperan para el país. Por esto, las decisiones deben tomarse dentro del acotado margen de actuación que permite, pero el desafío no se da en construir

una excelente norma, sino en dictarla en el momento justo, con el mejor alcance y consenso político posible.

En Argentina, el mismo poder político puso frenos a la arbitrariedad. Es destacable que el proceso de designación normal de los jueces en el país discorra por canales que tienden a la construcción participativa de la decisión del presidente, quien tendrá la última palabra al respecto, pero luego de que se le presenten a su escritorio tanto las adhesiones como los vetos a su candidato.

Ahora bien, en situaciones urgentes, y con miras al sostenimiento de la Corte como el centro prestigioso de juristas destacados que tienen en sus manos la capacidad de impartir justicia, es dable atender a la misma Constitución, que señaló un mecanismo para paliar estas situaciones de contingencias que pudiesen existir.

Se pueden achacar políticamente las decisiones que se tomen haciendo uso de las facultades presidenciales, pero no es posible atacar la actuación en sentido jurídico, pues es allí donde se encuentra el fundamento sólido para proceder. Para analizar con claridad, hay que ser conscientes de la distinción entre estas dos órbitas que muchas veces confluyen, pero otras veces, no.

Bibliografía

- BIDART CAMPOS, Germán Javier, *Tratado elemental de Derecho Constitucional*, t. II, Buenos Aires, Ediar, 2003.
- CAO, Christian Alberto, “El nombramiento de jueces en comisión. Habilitación constitucional con limitación funcional”, *La Ley Online*, 17 de diciembre de 2015, AR/DOC/4458/2015.
- CROCIONI, Francisco J., “Decreto 83/2015: una nueva lectura”, *La Ley Online*, marzo de 2016, AR/DOC/259/2016.
- DIEGUES, Juan Alberto, “El nombramiento en comisión de jueces de la Corte Suprema”, *La Ley Online*, 17 de diciembre de 2015, AR/DOC/4465/2015.
- EKMEKDJIAN, Miguel Ángel, *Tratado de Derecho Constitucional*, t. V, Buenos Aires, Depalma, 1999.
- GELLI, María Angélica, *Constitución de la nación argentina comentada y concordada*, Buenos Aires, La Ley, 2008.
- GIL DOMÍNGUEZ, Andrés, “La designación de los jueces de la Corte Suprema de Justicia ‘en comisión’”, *La Ley Online*, 15 de diciembre de 2015, AR/DOC/4457/2015.
- GIUFFRÉ, Carlos Ignacio, “Análisis del procedimiento de designación de los dos jueces de la Corte Suprema”, *La Ley Online*, 24 de febrero de 2016, AR/DOC/4535/2015.
- SABSAY, Daniel Alberto, “El juicio político a la Corte Suprema en la República Argentina”, *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, núm. 8, 2004, pp. 493-519.
- SOLA, Juan Vicente, “La designación de jueces en comisión”, *La Ley Online*, 17 de diciembre de 2015, AR/DOC/4462/2015.

VOLVER A LA TABLA DE CONTENIDO

Francisco Gnecco Estrada* (Colombia)
Santiago García Jaramillo (Colombia)**

Por una colaboración armónica entre el juez constitucional y el poder político. Análisis desde la historia constitucional colombiana

RESUMEN

A partir de una definición del concepto de soberanía popular y de la función del juez constitucional, este artículo evidencia la necesidad de construir teorías latinoamericanas sobre el rol del juez constitucional y su relación con el poder político. Se tomará como referencia el análisis de la intervención del juez constitucional en Colombia y las tensiones que ello ha implicado con las demás ramas del poder público. Lo anterior permitirá concluir que el estudio de los tribunales constitucionales latinoamericanos no puede limitarse a reproducir las críticas y propuestas que se formulan en el derecho comparado, sino sumarse al análisis de la historia constitucional y de los contextos democráticos propios de los países latinoamericanos.

Palabras clave: constitucionalismo, democracia, separación de poderes.

ZUSAMMENFASSUNG

Auf der Grundlage einer Definition des Konzepts der Volkssouveränität und der Funktion der Verfassungsrichter begründet der Beitrag die Notwendigkeit, lateinamerikanische Theorien zur Rolle der Verfassungsrichter sowie deren Verhältnis zur Politik zu entwickeln. Dabei wird als Ausgangspunkt auf die Analyse der Eingriffe der kolumbianischen Verfassungsrichter und den Spannungen, die dadurch bei den anderen Armen der öffentlichen Gewalt ausgelöst wurden, abgestellt. Diese

* Estudiante de 10.º semestre de la Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes. Asesor de Derecho Público de Durán & Osorio Abogados Asociados. f.gnecco94@uniandes.edu.co.

** Abogado de la Pontificia Universidad Javeriana, especialista en Derecho Público de la Universidad Externado de Colombia. Profesor de Derecho Constitucional de la Pontificia Universidad Javeriana. santiago.garcia@javeriana.edu.co.

Untersuchung lässt den Schluss zu, dass die Betrachtung der lateinamerikanischen Verfassungsgerichte sich nicht auf die Wiederholung der Kritik und der Vorschläge, die im vergleichenden Recht formuliert werden, beschränken darf, sondern dass außerdem eine Analyse der Verfassungsgeschichte und des für die Länder Lateinamerikas charakteristischen demokratischen Kontexts vorgenommen werden muss.

Schlagwörter: Konstitutionalismus, Demokratie, Gewaltenteilung.

ABSTRACT

Based on a definition of the concept of popular sovereignty and of the function of constitutional judges, this article demonstrates the need to construct Latin American theories on the role of constitutional judges and their relationship with political power. An analysis of the interventions of the Constitutional Court in Colombia and the tensions that this has generated with the other branches of government will serve as a reference. This will allow one to conclude that the study of Latin American constitutional courts cannot be limited to a reproduction of the criticisms and proposals that are formulated in comparative law, but rather must be joined with an analysis of constitutional history and the democratic contexts of Latin American countries.

Keywords: constitutionalism, democracy, separation of powers.

Introducción

El presente texto parte de la premisa de que es necesario que existan tribunales con funciones de justicia constitucional en las sociedades que viven procesos de consolidación o transición democrática, tal como es el caso colombiano, o en aquellas que han sufrido “experiencias históricas de vaciamiento velado o abrupto de la esencia liberal de un ordenamiento fundamental democrático”.¹

No obstante que en Colombia el control constitucional es una institución jurídica arraigada desde inicios del siglo XX, el funcionamiento de los tribunales constitucionales no ha sido ajeno a discusiones que parten de cuestionar su legitimidad democrática y que consideran el ejercicio de algunas de sus funciones como contrarias al postulado de soberanía popular. Un análisis teórico de la soberanía popular y su tensión con los tribunales constitucionales permitirá probar la premisa planteada. A partir de allí, será necesario evaluar algunas de las más importantes críticas al funcionamiento de dichas cortes y, en general, a la tensión entre constitucionalismo y democracia, haciendo referencia a algunos hitos constitucionales en Colombia, donde la Constitución de 1991, recogiendo una tradición que data de 1910, incorpora desde su preámbulo la democracia como principio y, a su vez, le otorga unas amplias funciones al juez constitucional.

¹ Tribunal Constitucional Federal Alemán, *Sentencia de 2009 sobre el Tratado de Lisboa* (BVerfG, 2 BvE 2/08 de 30 de junio de 2009).

1. El concepto de soberanía popular

La Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano establece: “Ningún cuerpo, ningún individuo, pueden ejercer una autoridad que no emane expresamente de ella [la soberanía]”. Así define la relación de supremacía que existe entre *la nación* y el ejercicio de cualquier tipo de autoridad. Esta aproximación al ejercicio de la soberanía es problemática en cuanto deja un amplio margen para definir ese ente ficto denominado *nación*.

En Estados Unidos se había señalado con claridad que la soberanía residía en *el pueblo*.² Así quedó establecido en el preámbulo de la Constitución de 1787, excluyendo cualquier ficción jurídica del vínculo entre el poder soberano y constituido. Coherente con ello, George Washington afirmaría: “El pilar de nuestro sistema político es el derecho del pueblo para darse y modificar sus constituciones de gobierno”.³

Años más tarde, este aserto sería desarrollado por Alexis de Tocqueville en los siguientes términos:⁴ “*No solo son las instituciones democráticas en sus principios, sino también en sus consecuencias*; en efecto, el pueblo directamente escoge sus representantes y, como regla general, los elige anualmente para hacerlos aún más dependientes de aquel. En conclusión, en realidad es el pueblo quien gobierna” (cursivas por fuera de texto).⁵

En síntesis, para Tocqueville: “En cualquier país gobernado por el pueblo, la mayoría gobierna en el nombre del pueblo”.⁶ De esta forma se introduce otro elemento característico de la soberanía: su ejercicio a través de la mayoría.⁷

Las revoluciones que dieron paso a los primeros estados democráticos modernos reaccionaron frente a las aristocracias y grupos minoritarios privilegiados,⁸ imponiendo a la mayoría como intérprete y representante de los intereses de la nación, y, como tal, la única facultada para tomar decisiones fundantes y legislativas. La abolición del voto estamentario, poco a poco, dio lugar al voto proporcional y

² En un contexto distinto, el pueblo conformado por hombres libres cuando aún existía la esclavitud, y las mujeres no tenían plenitud de derechos políticos.

³ George Washington, *Farewell Address*, en John Grafton, *The Declaration of Independence and Other Great Documents of American History*, Mineola, NY, Dover Publications, 2000.

⁴ El título del capítulo resulta sugestivo al señalar: “Por qué puede declararse con firmeza que es el pueblo quien gobierna en los Estados Unidos”.

⁵ Alexis de Tocqueville, *Democracia en América*, Madrid, Editorial Trotta, 2010.

⁶ *Ibid.*, p. 202.

⁷ Grafton, *op. cit.* *The Declaration of Independence and Other Great Documents of American History*, Mineola, NY, Dover Publications, 2000. Al respecto, ver Abraham Lincoln, Discurso de Gettysburg, 19 de noviembre de 1863.

⁸ Emmanuel Joseph Sieyès, *¿Qué es el tercer Estado?*, Madrid, Alianza Editorial, 1989, p. 177. Al respecto, señala el autor: “La voluntad del tercer Estado será siempre buena para la mayoría de los ciudadanos”.

representativo, lo que sin duda llevó a concluir que lo mayoritario, en cuanto suma de mayores voluntades individuales, necesariamente era positivo.

Puede afirmarse, entonces, que los elementos característicos de la soberanía popular son: la supremacía del pueblo sobre el ejercicio de los poderes públicos, la delegación de autoridad de aquel a estos, y la intervención de las mayorías como agente que representa la voluntad popular. Ello se materializa en un poder constituyente que, en nombre de la mayoría, se da unas reglas que establecen los órganos para el ejercicio del poder y sus límites, y reconoce derechos. En todo caso, el pueblo guarda para sí la facultad de reformar dichas normas o, incluso, de procurarse unas nuevas. En consecuencia, surge la denominada legitimidad de origen: toda autoridad tendrá más *auctoritas* en la medida en que su elección competa directamente al pueblo y sea representativa de este.⁹ Este debate no sería ajeno a la historia constitucional colombiana. Precisamente en 1991, la Constitución instituyó de forma clara que la soberanía procede del pueblo y, como tal, le otorgó mecanismos de participación popular directos, en contraposición a su antecesora de 1886, cuya soberanía radicaba en cabeza de la nación.

1.1. El concepto de soberanía popular limitada

El concepto de soberanía popular fue objeto de reproches casi desde su misma consagración. Desde la fundación de los Estados Unidos, algunos federalistas expresaron cierta reserva frente al ejercicio de un poder mayoritario, señalando que, en ocasiones, podía encontrarse cooptado por *pasiones coyunturales*: “Esta independencia judicial es igualmente necesaria para proteger a la constitución y a los derechos individuales de los efectos de esos malos humores que las artes de hombres intrigantes o la influencia de coyunturas especiales esparcen a veces entre el pueblo, y que [...] tienen entretanto la tendencia a ocasionar [...] graves opresiones del partido minoritario de la comunidad”.¹⁰

Tocqueville concluiría que la principal amenaza para la democracia residía en el ejercicio desbordado del poder mayoritario. Para caracterizar dicho ejercicio acuñó una expresión que se mantiene vigente en el derecho constitucional actual: “la tiranía de las mayorías”. Ello se contrapone al concepto de minoría de la Revolución francesa; mientras que esta hacía referencia a la de un grupo privilegiado, no representativo numéricamente, Tocqueville se encamina a encuadrar a quienes se encuentran excluidos¹¹ de representación, o son apenas una parte minoritaria de ella.

Ahora bien, si se admite que un hombre revestido de la omnipotencia puede abusar de ella contra sus adversarios, ¿por qué no se admite lo mismo

⁹ Mauro Barberis, *Ética para juristas*, Madrid, Editorial Trotta, 2008.

¹⁰ Alexander Hamilton, *Federalist Paper 78*, en *The Federalist Papers*, Tribeca Books, 2014.

¹¹ Tocqueville, *op.cit.*, p. 457.

de una mayoría? Los hombres, al reunirse, ¿han cambiado de carácter?, ¿se han vuelto más pacientes ante los obstáculos al hacerse más fuertes? Por mi parte, no puede creerlo, y el poder de hacerlo todo, que niego a uno solo de mis semejantes, no se lo concederé nunca a varios.¹²

Tocqueville continúa su reproche a la soberanía popular, señalando que su peligro reside en la ausencia de límites. A diferencia de Hamilton, aquel no ve dicho riesgo como simples *malos humores* o *coyunturas especiales*, sino que lo caracteriza como inherente al sistema democrático y, por lo tanto, su principal peligro.¹³

Así las cosas, la aproximación al concepto de soberanía interna del Estado, que parte de la *potestas absoluta* de la nación, es superada por un concepto ya no basado en una persona moral, sino fundamentado en todos los ciudadanos que se entienden incorporados en el pacto constitucional. Este concepto es problemático, en cuanto esas voluntades mayoritarias son las creadoras y guardianas de la constitución, lo que no permite asegurar que estas no vayan en contra de tal pacto.¹⁴ De ello se desprende la necesidad de tener un órgano que vele por los compromisos constitucionales.

1.2. El debate en torno a la aparición de los tribunales constitucionales: críticas tempranas al juez constitucional

El establecimiento de un órgano que velara por la defensa de la constitución no estuvo exento de debates teóricos desde su formulación inicial. A pesar de que en Colombia la discusión sobre la conveniencia del control de constitucionalidad se materializó en las reformas constitucionales de 1910 y 1914, donde la Constitución adquirió carácter de norma suprema,¹⁵ en Europa llegó 20 años después con el famoso debate entre Carl Schmitt y Hans Kelsen sobre la relación entre política y justicia.

Carl Schmitt señaló que la existencia de un Tribunal Constitucional “politizaría la justicia” y se convertiría en “dominador de la constitución”, transfiriendo al poder judicial una función ajena a la teoría de la separación de poderes, en tanto que las competencias políticas están en cabeza del legislador y del Ejecutivo, y este último era el contrapeso que la Constitución de Weimar había ideado frente a aquel. Así, un “tribunal de justicia política o constitucional” crearía “una instancia suprema con

¹² *Ibid.*, p. 454.

¹³ *Ibid.*, p. 455.

¹⁴ No en vano, autores como Karl Loewestein (*Teoría de la constitución*, Madrid, Editorial Ariel, 1970, p. 178), con posterioridad a la Segunda Guerra Mundial, señalaron que existen límites implícitos al poder de reforma constitucional.

¹⁵ Al respecto, ver Mario Cajas, *La historia de la Corte Suprema de Justicia de Colombia 1886-1991*, Bogotá, Universidad de los Andes, 2015.

atribuciones para formular preceptos constitucionales”, lo que irremediablemente habría de devenir en una “aristocracia de la toga”.¹⁶

Schmitt, al señalar que Alemania era una democracia constitucional, abogaría por el presidente como el defensor de la Constitución, entre otras razones, porque el ejercicio de su autoridad permite enlazarse “de modo directo con esta voluntad política del conjunto del pueblo alemán y para proceder en consecuencia como guardián de la unidad constitucional y de la integridad de la nación”.¹⁷ El presidente, al ser elegido por *todo*¹⁸ el pueblo, era independiente de los demás órganos del poder público e imparcial frente a los partidos y grupos de interés. Adicionalmente, la Constitución le otorgaba mecanismos para apelar directamente al pueblo en defensa del texto que juraba defender,¹⁹ por lo que, para Schmitt, era innegable que el presidente fuera “el defensor de la Constitución”.

Kelsen enfrentaría esta polémica con una premisa en apariencia sencilla, pero que tiene hondas implicaciones teóricas: “Nadie puede ser juez de su propia causa”.²⁰ En consecuencia, el defensor de la constitución debería ser un tribunal independiente e imparcial, que no sólo sería un contrapeso al legislador sino incluso al Gobierno.

Kelsen responde a Schmitt que evidentemente el tribunal constitucional tendrá implicaciones políticas, puesto que las sentencias judiciales son también “productoras de derecho”; aun cuando estas son el resultado de un “acto de jurisdicción, es decir, de aplicación del derecho”, los jueces no son “autómatas jurídicos”. Pero para reducir la discrecionalidad del juez, las constituciones “no deben ser formuladas en términos demasiado generales, no deben emplear terminología difusa, como ‘libertad’, ‘igualdad’, ‘justicia’, etc. De lo contrario, existe el peligro de un desplazamiento del poder del parlamento –no previsto por la constitución– y desde el punto de vista político, sumamente inoportuno, hacia una instancia ajena a él”.²¹

En respuesta a la “objeción democrática” formulada por Schmitt, Kelsen responde que “no hay obstáculo alguno, si se quiere constituir este tribunal democráticamente [...] hacerlo elegir por el pueblo lo mismo que al jefe de Estado”, pero añade, anticipándose a lo que hoy se conoce como control *antimayoritario*, que este mecanismo de elección es “oportuno para la función del organismo”, por lo que propone que su elección sea a través del parlamento,²² como ocurre en Colombia.

Finalmente, Kelsen responde a la objeción de la anulación de la separación de poderes resaltando el carácter *sui generis* del tribunal constitucional, afirma que al

¹⁶ Carl Schmitt, *El defensor de la constitución*, Madrid, Editorial Tecnos, 2009.

¹⁷ *Ibid.*, p. 287.

¹⁸ Carl Schmitt, *Teoría de la constitución*, Madrid, Alianza Editorial, 1982.

¹⁹ Schmitt, *El defensor de la constitución*, *op. cit.*, pp. 285-286.

²⁰ Hans Kelsen, *¿Quién debe ser el defensor de la constitución?*, Madrid, Editorial Tecnos, 2009, p. 293.

²¹ *Ibid.*, pp. 314-315 y 320.

²² *Ibid.*, pp. 357-358.

tener “el poder de anular las leyes es, por consiguiente, un órgano con poder legislativo” y, en tal medida, su existencia configura “una atribución del poder legislativo entre dos órganos” y no como “una intrusión en el poder legislativo”. Este argumento será concluido por Kelsen en el sentido de que “la institución de la Justicia constitucional no está en absoluto en contradicción con el principio de la separación de poderes sino que constituye, por el contrario, una afirmación del mismo”, puesto que “son precisamente el Parlamento y el Gobierno [...] órganos que participan en el procedimiento legislativo” y son estos “quienes deben ser controlados por la justicia constitucional”.²³

A pesar de que a primera vista la historia del siglo XX de alguna forma le dio la razón a Kelsen, las críticas de Schmitt sobre la legitimidad democrática de los tribunales constitucionales siguen vigentes, sobre todo en el contexto colombiano donde, como se verá, los órganos Legislativo y Ejecutivo son disfuncionales y la sustracción de sus competencias por parte de la jurisdicción constitucional no los fortalece como instituciones democráticas.

2. La doctrina de la democracia constitucional: el “dogma” del juez constitucional

Las constituciones de la posguerra dejaron de ser una hoja de ruta dirigida al legislador, para tener valor normativo directo. Así, la idea de supremacía constitucional²⁴ pasaría a ser un elemento esencial de las constituciones.

En consecuencia, se reevaluaría la concepción misma de soberanía popular, hasta entonces característica del Estado moderno. En tales términos señala Ferrajoli:

Se rompe entonces el postulado –positivista y a la vez “democrático”– de la omnipotencia del legislador y de la soberanía de parlamento. Con el sometimiento del propio poder legislativo de la mayoría a la ley constitucional y a los derechos fundamentales en ella establecidos, el modelo del Estado de derecho se perfecciona y se completa en el del Estado constitucional de derecho, y la soberanía interna como *potestas* absoluta, al no existir ya poderes absolutos, pues todos se encuentran sometidos al derecho [léase a la constitución] se disuelve de manera definitiva.²⁵

El carácter normativo de la constitución tiene como consecuencia, entre otros, la dotación de efectividad a los derechos allí consignados. Es decir, la constitución,

²³ *Ibid.*, pp. 325-326.

²⁴ Esta idea sería usada como fundamento de un control de constitucionalidad por primera vez en la sentencia *Marbury v. Madison* [1804].

²⁵ Luigi Ferrajoli, *Derechos y garantías*, 7ª ed., Madrid, Editorial Trotta, 2010, p. 141.

al reconocer derechos, necesariamente los erige como barrera frente al ejercicio del poder, no solo por los órganos del Estado, sino frente a las mayorías.²⁶

Esto se evidencia con la conformación de tribunales constitucionales con el propósito de ser defensores de la constitución y, en consecuencia, salvaguardar los derechos allí consignados. Esto se traduce en que las normas constitucionales, con especial consideración de los derechos fundamentales, tienen un efecto irradiador en todo el ordenamiento jurídico de un Estado. Así se materializó en Colombia al crear en 1991 la acción de tutela, que dota a los derechos constitucionales de eficacia directa, y que otorga al tribunal constitucional la función de tomar la última decisión en relación con estos.²⁷

La dignidad humana,²⁸ además de fundamento de los derechos fundamentales, pasa a ser la esencia del Estado constitucional. Se toma así tanto el postulado de Pico della Mirandola como la formulación del imperativo categórico kantiano: el hombre como un fin en sí mismo y nunca como medio. Tanto la constitución como la ley buscarán materializar tal principio y frenar el desconocimiento sistemático de los derechos fundamentales en nombre y bajo el amparo de la mayoría.²⁹ Esta forma de concebir el derecho, partiendo de la dignidad humana, no está ajena a debate, pero su indeterminación tiene como consecuencia que no exista una forma unívoca para su materialización.

Por un lado, están quienes ven como excluyentes la democracia y el constitucionalismo,³⁰ poniendo la carga de la desconfianza en la democracia, pero, sobre todo, en el postulado de soberanía popular. Así mismo, la Corte Suprema de Estados Unidos en 1943 señaló la necesidad de ubicar la toma de ciertas decisiones por fuera del alcance de los órganos de representación mayoritaria. Así, la Constitución busca: “[S]ustraer ciertas materias de las vicisitudes de la controversia política, para ubicarlas más allá del alcance de las autoridades y de las mayorías para establecerlas como principios legales a ser aplicados por la cortes”.³¹

Por otro lado están quienes, defendiendo la esencia de la democracia constitucional, no ven en ella una tensión irreconciliable entre soberanía popular y constitucionalismo, pues los consideran principios complementarios³².

En tal sentido, señala Robert Post: “Los derechos constitucionales no necesitan ser opuestos a la democracia. [...] Los derechos constitucionales pueden ejemplificar o ilustrar los valores que la democracia busca establecer, y que también pueden

²⁶ Maurizio Fioravanti, *Constitucionalismo*, Madrid, Editorial Trotta, 2009.

²⁷ Constitución Política de Colombia, artículo 241.9.

²⁸ Así, la Constitución Política de Colombia reconoce en su artículo 1.º que la República de Colombia se funda en la dignidad humana.

²⁹ Al respecto, ver Sentencia Lüth [1958], BVerfGE 7, 198.

³⁰ Robert Post y Reva Siegel, “Popular Constitutionalism, Departmentalism, and Judicial Supremacy”, *Yale Law School Faculty Scholarship Series*, núm. 178, 2004.

³¹ *West Virginia v. Barnette* [1943], 319 US 624, 638.

³² Janos Kis, *Constitutional Democracy*, Budapest, CEU Press, 2003, p. 235.

resultar necesarios para la formación discursiva de la voluntad popular sobre la que se basa la democracia”.³³

En Colombia, mientras que en algunas ocasiones la Corte Constitucional ha adoptado tesis similares a las de Ferrajoli y a las de *West Virginia v. Barnette*,³⁴ en otras ha buscado armonizar la democracia con el constitucionalismo.³⁵

3. Críticas modernas al papel del juez constitucional: la tensión entre justicia y política

En el interior del órgano que hizo la primera revisión de constitucionalidad en un Estado moderno –la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos–, la conveniencia y el alcance de esta institución han sido ampliamente debatidos.

En el caso colombiano ha existido cierto consenso en cuanto al carácter abierto de las disposiciones constitucionales,³⁶ el cual impera en vigencia de la Constitución de 1991, donde se ha adoptado –casi por unanimidad– el concepto de principio³⁷ para caracterizar la gran mayoría de preceptos constitucionales. A pesar de este “consenso”, es necesario tener cuidado a la hora de importar las discusiones extranjeras sobre el rol del juez constitucional, su limitación o su activismo.

Ha sido común importar las críticas o las figuras de interpretación constitucional extranjeras sin pasarlas por el tamiz de nuestra historia constitucional,³⁸ sin entender que, aun con todas sus vicisitudes, Colombia ha tenido un desarrollo constitucional propio,³⁹ que hace mandatorio elaborar una teoría autóctona del rol del juez constitucional y su relación con la democracia.

³³ Post y Siegel, *op. cit.* Traducción propia.

³⁴ Corte Constitucional de Colombia, sentencias C-551 de 2003, C-1040 de 2005, C-141 de 2010 y Auto A-025 de 2015, entre otros.

³⁵ Al respecto, ver la aclaración de voto del magistrado Humberto Antonio Sierra Porto a la Sentencia C-141 de 2010.

³⁶ Luis Carlos SÁCHICA, *Constitucionalismo colombiano*, Bogotá, Editorial Temis, 1972.

³⁷ Robert Alexy, *Teoría general de los derechos fundamentales*, 2ª ed., Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2014.

³⁸ Lo cual es una práctica recurrente en el continente, como lo pone de presente Humberto Ávila al criticar la recepción exenta de crítica que se hace del “neoconstitucionalismo” en Brasil, y que se asimila a nuestro caso. En este sentido, señala el autor: “El ‘neoconstitucionalismo’ [...] se acerca menos a una teoría jurídica o método y más a una ideología o movimiento, defendido con retórica, vaguedad y servilismo a la doctrina extranjera” (“Neo constitucionalismo”: entre la ‘ciencia del derecho’ y el ‘derecho de la ciencia’”, *Gaceta Constitucional*, núm. 66, 2008. Disponible en: <http://www.gacetaconstitucional.com.pe/sumario-cons/doc-sum/Neoconstitucionalismo.pdf>).

³⁹ En este sentido, ver Hernando Valencia Villa, *Cartas de Batalla*, Bogotá, Editorial Panamericana, 2010.

Si bien la perspectiva comparada es útil y necesaria,⁴⁰ debe buscarse un proceso de adaptación y no una simple implementación. Adaptar implica ajustar a nuestra realidad; así, las principales críticas extranjeras al juez constitucional deben tener en cuenta la perspectiva de si aportan o no al debate local.

Hay que partir de que en Colombia la revisión de constitucionalidad nace de una asamblea constituyente, elegida como un pacto de paz entre liberales y conservadores en 1910.⁴¹ Por medio de ella se le dio al ciudadano, por el simple hecho de serlo, el derecho a defender su Constitución.⁴²

En este sentido, en el caso colombiano no puede hablarse, *prima facie*, de una usurpación del poder del pueblo por parte del Poder Judicial, como suelen afirmar los más acérrimos críticos del rol del juez constitucional en los Estados Unidos. Lo sucedido en Colombia, desde 1910, se asemeja más al denominado “constitucionalismo democrático”, donde se busca reconciliar el principio democrático con el poder que tienen las Cortes de ejercer el control de constitucionalidad y de interpretar la Constitución. Así, entonces, se construye una paradoja, pues la autoridad constitucional se fundamenta en la materialización del principio democrático, como en la legitimidad de la Constitución misma como derecho aplicable.⁴³

El constituyente de 1991 mantuvo la acción de inconstitucionalidad y su titularidad en el ciudadano en lo que se asemeja al ejercicio de un derecho político,⁴⁴ pues se frena el ejercicio del poder, y se puede frenar, ni más ni menos que el ejercicio del Poder Legislativo, e incluso el poder constituyente. Pero también, cuando la Corte interpreta el sentido y el alcance de los derechos constitucionales, lo hace gracias a una acción que tiene origen en cualquier ciudadano. El constituyente colombiano pretendió entonces reconciliar democracia y constitucionalismo. Sin embargo, la Corte Constitucional no siempre ha tenido esto presente en el ejercicio de sus funciones.

3.1. La objeción democrática: la democracia vs. la supremacía judicial

Para un sector de la doctrina, el ejercicio de la revisión de constitucionalidad sus-
trae del pueblo uno de los principios de un Estado democrático, como lo es la ca-

⁴⁰ Mark Tushnet, “Why Comparative Constitutional Law?”, en Mark Tushnet, *Weak Courts, Strong Rights*, Princeton, Princeton University Press, 2008, p. 6.

⁴¹ Lácides Segovia, *Acto Legislativo 3 de 1910*, Bogotá, Imprenta Nacional, 1953.

⁴² Salvamento de voto de los magistrados Villegas, Navarro y Euse a la Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de 20 de abril de 1912 con ponencia del magistrado Suárez Murillo (*Gaceta Judicial XX*), en Juan Carlos Esguerra, *La protección constitucional del ciudadano*, Bogotá, Editorial Legis, 2004.

⁴³ Post y Siegel, *op. cit.*

⁴⁴ Esguerra, *op. cit.*

pacidad de autogobierno,⁴⁵ lo que implica la capacidad de ser el último intérprete de su Constitución,⁴⁶ pues el rol del juez constitucional se convierte en supremo.⁴⁷ Así, el papel del juez constitucional se ve enfrentado a la democracia.

Por ejemplo, Larry Kramer ha señalado que las cortes, al fungir como órganos supremos en la interpretación de la Constitución, se convierten en “una élite social a la que injustificadamente se ha atribuido una ‘competencia suprema’ y su supremacía es un indeseable elemento aristocrático que vulnera el sistema democrático”.⁴⁸

En conclusión, la objeción democrática no es más que un problema de legitimidad de origen, de los jueces constitucionales, en el ejercicio de la definición de cuestiones que “deberían ser organizadas y definidas por la ciudadanía, directamente o por sus representantes, y no por personas que carezcan de esas credenciales democráticas”.⁴⁹ Y aunque esta objeción ha hecho carrera en algunos magistrados de nuestra Corte⁵⁰ e incluso en círculos académicos, debe tomarse con cuidado a la hora de elaborar nuestra propia teoría del rol del juez de constitucionalidad.

Esta es una objeción que en el contexto histórico de los Estados Unidos resulta evidente, en primer lugar, porque cuando fue formulada por Lincoln⁵¹ existía una tensión entre la rama ejecutiva y la Corte Suprema ante la negativa de esta última a reconocer los derechos de los afroamericanos y, en su lugar, en la idea de persistir en doctrinas como la de separados, pero iguales (*separated but equal*).⁵²

En un segundo momento, recobra su fuerza en la presidencia de Jackson, donde la democracia aparentemente había demostrado dar resultados plausibles, es decir que esta teoría surge como consecuencia del buen funcionamiento de la democracia o, al menos, de la aceptación de dicha creencia en el imaginario popular.⁵³ De forma similar debe leerse el discurso donde el presidente Roosevelt formula este

⁴⁵ Ernst Wolfgang Böckenförde, *Estudios sobre el Estado de derecho y la democracia*, Madrid, Editorial Trotta, 2000.

⁴⁶ Larry Kramer, *The People Themselves*, New York, Oxford University Press, 2004.

⁴⁷ Mark Tushnet, “Populist Constitutional Law”, en Mark Tushnet, *Taking the Constitution away from the Courts*, Princeton, Princeton University Press, 1999, o Jeremy Waldron, “The Core of the Case Against Judicial Review”, *The Yale Law Journal*, núm. 115, 2006, pp. 1346-1406.

⁴⁸ Kramer, *op. cit.*

⁴⁹ Roberto Gargarella, “Justicia dialógica y derechos sociales”, en Javier Espinoza y Jorge Ordóñez (eds.), *Los derechos sociales en el Estado constitucional*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2013.

⁵⁰ Al respecto, ver aclaración del voto de magistrado Humberto Sierra Porto, en Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-1040 de 2005, M. P. Humberto Sierra Porto, y aclaración de voto del magistrado Alejandro Linares Cantillo, en Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-053 de 2016, M. P. Alejandro Linares Cantillo.

⁵¹ Abraham Lincoln, “First Inaugural Speech”, en Grafton, *op. cit.*

⁵² Corte Suprema de Justicia (USA), *Dred Scott v. John F.A. Sandford* [1857], 60 US 393.

⁵³ Kramer, *op. cit.*

cuestionamiento al rol de la Corte Suprema,⁵⁴ pues, en aquel momento, las autoridades democráticamente elegidas –el Congreso y el Presidente– buscaron avanzar hacia una intervención en la economía, para garantizar ciertos derechos “sociales”, encontrando en dicho tribunal su principal talanquera.⁵⁵

La conclusión crítica en Estados Unidos, en el sentido de que corresponde al pueblo y no a las cortes interpretar con la última palabra lo que dice la Constitución, parte de un análisis histórico completo sobre su democracia que, al parecer, no es disfuncional y sobre cómo, desde los primeros días de República independiente, las instituciones democráticas han buscado ser garantistas. En este sentido, la Constitución debe alejarse de las cortes, si se verifica “la funcionalidad de las instituciones democráticas”⁵⁶ y una “cultura constitucional” entre los ciudadanos, que los habilita a ser verdaderos intérpretes de la Constitución.⁵⁷

Por el contrario, un breve examen de la historia colombiana llevaría a concluir que nuestro sistema democrático está lejos de ser lo que describen estos teóricos estadounidenses. En nuestro caso, la democracia ha sido excluyente,⁵⁸ parte de ello ha sido la razón de nuestro conflicto armado.⁵⁹ Los distintos cambios constitucionales, desde 1810 hasta antes de la Constitución de 1991, fueron una imposición de vencedores sobre vencidos; así, entonces, se habla de “hegemonías conservadores y liberales”, en lugar de constituciones donde todos los ciudadanos se sintieran incluidos.⁶⁰

Lo anterior vendría a ser cambiado apenas en 1991, por medio de una constituyente abierta a todos los grupos políticos, a los tradicionales y a los excluidos, e incluso, a aquellos que se habían alzado en armas. Y aunque herramientas como la acción pública de inconstitucionalidad y la acción de tutela han acercado la Constitución al pueblo, creando cierta conciencia constitucional, aún estamos lejos de que el pueblo, por sí y ante sí, aborde los más profundos debates constitucionales, máxime cuando cuenta con instituciones democráticas disfuncionales, derivadas de un sistema político clientelista.⁶¹ Lo que reafirma la idea de que las críticas formuladas por el constitucionalismo popular al rol del juez constitucional no pueden

⁵⁴ Franklin D. Roosevelt, *Address on Constitution Day*, Washington, D. C., 1937. Disponible en: <http://www.presidency.ucsb.edu/ws/?pid=15459>.

⁵⁵ Noah Feldman, *Scorpions*, New York, Twelve, 2010.

⁵⁶ Waldron, *op. cit.*

⁵⁷ Tushnet, “Populist Constitutional Law”, *op. cit.*

⁵⁸ Comisión Histórica del Conflicto y sus Víctimas, *Informes sobre democracia colombiana. Mesa de Conversaciones*. Disponible en: https://www.mesadeconversaciones.com.co/sites/default/files/Informe%20Comisi_n%20Hist_rica%20del%20Conflicto%20y%20sus%20V_ctimas.%20La%20Habana%2C%20Febrero%20de%202015.pdf.

⁵⁹ Carlos Bernal Pulido, “Transitional Justice within the framework of a permanent constitution: the case study of the legal framework for peace in Colombia”, *Cambridge Journal of International and Comparative Law*, vol. 3, núm. 4, 2014, pp. 1136-1163.

⁶⁰ Valencia Villa, *op. cit.*

⁶¹ Gargarella, *op. cit.*, pp. 112-113.

ser trasplantadas al caso colombiano, sin revisar nuestra historia constitucional ni el funcionamiento de nuestras instituciones.⁶²

La objeción democrática, sin embargo, puede reformularse desde lo que Gargarella ha denominado la necesidad de “recuperar el ‘pueblo’ en la Constitución”.⁶³ Si bien la Corte Constitucional en Colombia ha sido el principal motor para la efectividad de los derechos sociales y ha frenado la tiranía de las mayorías, también es cierto que es necesario asumir una postura crítica sobre sus funciones, aun cuando muchos de los resultados de sus intervenciones hayan sido plausibles. Como bien señala Valencia Villa, “la tarea de la jurisdicción constitucional consiste en garantizar procesos legítimos y no resultados legítimos”.⁶⁴

Es pertinente que el juez constitucional considere que el ejercicio de sus competencias tiene como principal impulsor a los ciudadanos y que sus competencias están delimitadas en la Constitución que estos se han dado.⁶⁵ Así, se lograría entender que no hay tal dicotomía entre democracia y constitucionalismo, sino que en la historia constitucional colombiana ha existido un esfuerzo por reconciliarlos y de tal esfuerzo se deriva darle al ciudadano las herramientas para acudir al juez de constitucionalidad con el fin de materializar el objetivo de la defensa de la Constitución.

3.2. La democracia deliberativa: la búsqueda del equilibrio entre el juez constitucional y la democracia

De otro lado, también hay que preguntarse, en medio de la disfuncionalidad de la democracia colombiana –que ha llevado a que grandes avances sociales sean decididos por los jueces y no a través de la deliberación en el órgano democrático–,⁶⁶

⁶² Pues, como señala Kramer, en Estados Unidos: “Dada nuestra experiencia histórica, así como la experiencia de otras democracias que han florecido sin la institución de la revisión constitucional, cómo podemos estar tan seguros que es necesario asignar a la Corte esta alta autoridad política?”

⁶³ Roberto Gargarella, “Recuperar el lugar del ‘pueblo’ en la Constitución. Cuando el poder se concentra en la ‘sala de máquinas’ constitucional”, *Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional. Ponencias Magistrales*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2015.

⁶⁴ Valencia Villa, *op. cit.*, p. 69.

⁶⁵ De hecho, el artículo 377 de la Constitución pone en manos del pueblo la última palabra sobre las reformas que se refieran a los derechos fundamentales, sus garantías, a los procedimientos de participación popular y al Congreso. Le dan la posibilidad de llamar a un referendo popular, haciendo así un control material sobre la reforma constitucional –vedado a la Corte Constitucional– que han hecho sus agentes.

⁶⁶ Así, las más relevantes son: la protección estructural de los ciudadanos víctimas de desplazamiento por el conflicto armado (Sentencia T-025 de 2004), el reconocimiento del derecho a la salud como derecho autónomo (Sentencia T-760 de 2008), el rediseño de la política penitenciaria y carcelaria (sentencias T-388 de 2013 y T-612 de 2015) y el reconocimiento de las parejas del mismo sexo (Sentencia SU-214 de 2016).

hacia qué clase de democracia se quiere avanzar.⁶⁷ No puede perderse de vista que en la Constitución de 1991 la democracia es un principio que permea la interpretación de todo el clausulado superior; así está previsto desde el preámbulo y complementado con la consagración de la soberanía popular, de la participación política como deber y derecho, y de la participación ciudadana mediante amplios mecanismos de democracia participativa, de iniciativa popular en la formación de leyes, e incluso en la revisión de las reformas constitucionales.

Para la Corte Constitucional colombiana, el modelo democrático de este Estado es netamente constitucional,⁶⁸ que en términos de la doctrina contemporánea presupone la garantía de los derechos de libertad y sociales como presupuestos para el ejercicio democrático.⁶⁹ Sólo respetando estas garantías se dan las verdaderas condiciones para la democracia, que necesariamente debe integrar un componente deliberativo en el que:

i) las decisiones públicas se justifican por su imparcialidad (entendida ésta como un igual respeto por los puntos de vista de todos los potencialmente afectados), y ii) que el mejor arreglo institucional para favorecer la imparcialidad tiene que ver con procedimientos que consagran un diálogo entre iguales, capaz de incluir a todos los potencialmente afectados por la decisión del caso.⁷⁰

Esta visión de democracia acerca al pueblo da las decisiones de poder. Lo anterior, de acuerdo con Dworkin, implica crear las condiciones democráticas para que “cada persona [tenga] la oportunidad de incidir en el contenido de las decisiones colectivas, sus intereses [sean] tenidos en cuenta con igual consideración y se le [deje] en libertad para elegir el tipo de vida que le resulte más valiosa”.⁷¹

Una reformulación de la objeción democrática, aplicada en el contexto de la Constitución de 1991, lleva a concluir que siendo la democracia un principio axial a la Constitución, implica que los órganos del Estado, entre ellos la Corte Consti-

⁶⁷ Gargarella formula esta pregunta al responder a la objeción democrática: ¿Qué entiende usted por democracia? (“Justicia dialógica y derechos sociales”, *op. cit.*, p. 111), pero para efectos de esta investigación, consideramos más apropiado formularla en estos términos.

⁶⁸ Al respecto, ver Corte Constitucional Colombiana, Sentencia C-141 de 2010, M. P. Humberto Sierra Porto.

⁶⁹ Luigi Ferrajoli, *Poderes salvajes*, Madrid, Editorial Trotta, 2011.

⁷⁰ Carlos Bernal Pulido, “Fundamentación y significado de la doctrina de la sustitución de la Constitución. Un análisis del control de constitucionalidad de las reformas a la Constitución en Colombia”, en Juan Carlos Henao Pérez (ed.), *Diálogos constitucionales de Colombia con el Mundo*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2013, p. 428. Ver también Carlos Santiago Nino, *La constitución de la democracia*, Barcelona, Editorial Gedisa, 1996; Andrea Greppi, *Concepciones de la democracia en el pensamiento político contemporáneo*, Madrid, Editorial Trotta, 2006, entre otros.

⁷¹ Ronald Dworkin, *Freedom's Law*, Cambridge (MA), Harvard University Press, 1996, p. 24.

tucional, deben tener en cuenta que el pueblo, que se ata a la Constitución, no es un sujeto pasivo.⁷² Por lo tanto, el ejercicio de sus funciones no puede devenir en un modelo paternalista,⁷³ que para la doctrina es uno de los principales riesgos del Estado social de derecho.⁷⁴

En conclusión, para la construcción de una teoría propia del rol de la Corte Constitucional en Colombia, debe asumirse que la objeción democrática requiere ser reformulada como una demanda para reconciliar constitucionalismo y democracia, no entenderlos enfrentados. La objeción democrática debe abogar entonces por la materialización del principio de la democracia deliberativa, que no niega el rol del juez constitucional, pero que obliga a este último a actuar en diálogo con las demás ramas del poder público,⁷⁵ y con todos y cada uno de los actores de la sociedad civil que se vean afectados por sus decisiones.

3.3. De la vieja teoría de la separación de poderes a una verdadera colaboración armónica entre los órganos del poder público

Una segunda crítica al rol del juez constitucional es la posible usurpación de funciones que este realiza de las demás ramas del poder público, generando un desequilibrio en el sistema de frenos y contrapesos que conlleva un modelo de separación de poderes. Ello cobra relevancia en el ordenamiento constitucional colombiano, donde la separación de poderes y la distinción de funciones se consideran un principio basilar del Estado social de derecho. La premisa entonces debe partir de reconocer que si bien la Corte Constitucional no tiene quien la controle, claramente tiene límites.⁷⁶

Como ya lo señalaba Montesquieu: “Tampoco hay libertad si el poder judicial no está separado del legislativo ni del ejecutivo. Si va unido al poder legislativo, el poder sobre la vida y la libertad de los ciudadanos sería arbitrario, pues el juez sería al mismo tiempo legislador. Si va unido al poder ejecutivo, el juez podría tener la fuerza de un opresor”.⁷⁷

Una construcción de una teoría propia del rol del juez constitucional en Colombia debe tener en cuenta que la colaboración armónica no puede igualarse a la imposición de una rama sobre otra. Así, la Corte Constitucional debe respetar los márgenes

⁷² Manuel García-Pelayo, *Las transformaciones del Estado contemporáneo*, Madrid, Alianza Universidad, 1995.

⁷³ Immanuel Kant, *On the common saying: That may be correct in theory, but it is of no use in practice*, Cambridge, Cambridge University Press, [1793] 1996.

⁷⁴ García-Pelayo, *op. cit.*

⁷⁵ Loewestein, *op. cit.*, p. 92.

⁷⁶ Juan Carlos Esguerra, “Nuestro control de constitucionalidad no tiene límites, pero ciertamente tiene controles”, en Ricardo Sanín Restrepo (coord.), *Justicia constitucional*, Bogotá, Editorial Legis, 2006.

⁷⁷ Montesquieu, *Del espíritu de las leyes*, Barcelona, Editorial Altaya, 1993.

de acción⁷⁸ que el constituyente le otorgó a cada uno de los poderes públicos, pues el constituyente de 1991 no ideó un modelo de supremacía de un poder sobre otro.

El caso colombiano resulta entonces paradigmático, pues la Corte debe intervenir en la garantía de los derechos, de libertad y sociales, y además controlar tanto que las leyes se ajusten a la Constitución como que en las reformas constitucionales se hayan observado las reglas propias del procedimiento de enmienda.

Si se parte de que la Constitución de 1991 es realmente un pacto de paz pluralista y que busca materializar la democracia deliberativa, no se pueden entonces desechar los límites y las competencias que el constituyente les dio a sus órganos, aun cuando un ejercicio más allá de ellos tenga resultados plausibles. La Corte Constitucional debe ser prudente y autorrestringida en sus intervenciones, de manera que no prive al ciudadano de ser su propio gobernante.

La Corte Constitucional no puede convertirse en una “instancia autoritaria” que actúa “en desmedro de las competencias del legislador” con el pretexto de que sus relaciones “vienen prefiguradas por el derecho constitucional”.⁷⁹ Lo cierto es que en el caso colombiano, la “prefiguración” que realiza la Constitución le da unas funciones expresas, pero también le da un papel preponderante a la democracia deliberativa, de allí que sea menester hacer una verdadera delimitación de competencias entre el Tribunal Constitucional y el Legislador,⁸⁰ o, como señala Marmor, el paso de “ciertos poderes de interpretación constitucional del judicial a las asambleas legislativas”,⁸¹ como un segundo paso de esa reconciliación entre democracia y constitucionalismo, que en nuestro caso particular empieza en 1910.

4. Hacia un juez constitucional que reconcilie democracia y constitucionalismo

Una primera aproximación a esta reformulación de competencias debe buscar criterios objetivos en el ejercicio de las facultades de la Corte Constitucional, que sin lugar a dudas desbordaron las imaginadas por el legislador de 1991.⁸²

Por otro lado, en el caso colombiano es necesario señalar que la Constitución de 1991, artículo 85, sustraía los denominados derechos sociales de la aplicación

⁷⁸ Robert Alexy, *Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principios*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2003.

⁷⁹ Jürgen Habermas, *Facticidad y validez*, Madrid, Editorial Trotta, 2000, pp. 332 y 462.

⁸⁰ Carlos Bernal Pulido, *El neoconstitucionalismo a debate*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2006, p. 62.

⁸¹ Andrei Marmor, “Constitutional Interpretation”, *USC Law and Public Policy*, núm. 04-4, 2004.

⁸² De esto da cuenta el constante llamado a la autorrestricción del juez constitucional, que recientemente ha hecho el magistrado Alejandro Linares Cantillo, en su aclaración de voto a la Sentencia C-053 de 2016, y en las aclaraciones de voto a las sentencias C-084 de 2016, C-285 de 2016, SU-214 de 2016 y C-373 de 2016.

inmediata, tal como se concibieron durante todo el siglo XX cuando aparecieron en la doctrina del derecho constitucional contemporáneo.⁸³ En tal entendido, los derechos sociales son vistos como máximas de optimización que vinculan a las ramas del poder público, en donde prepondera la necesidad de aplicar generalmente el factor prestacional del derecho, lo que demanda que el legislador determine el contenido del derecho y su apropiación presupuestal, y el Ejecutivo formule una política pública para su puesta en marcha.⁸⁴ Así, es necesario rescatar y reinterpretar la distinción constitucional del artículo 85, no para menguar sus garantías sino para diseñar formas de adjudicación novedosas que partan de la premisa de incrementar la participación democrática en la adjudicación de estos derechos, de modo que puedan intervenir todas las ramas del poder público y no únicamente los jueces constitucionales.⁸⁵

La Corte Constitucional avanzó hacia una nueva teoría de los derechos sociales, con base en distintos aportes del derecho comparado, según la cual los derechos sociales no deben ser distinguidos de los derechos de libertad, por lo que son de aplicación inmediata y, por ende, su adjudicación no depende del Ejecutivo sino que pueden ser reclamados mediante acciones judiciales individuales. Ello ha generado que la Corte Constitucional determine el contenido del derecho en litigios individuales, ordene el gasto presupuestal y formule políticas públicas mediante decisiones estructurales.

Los procesos de adjudicación de derechos sociales requieren un alto grado de democracia deliberativa, en el que participen los órganos del Estado y los grupos sociales,⁸⁶ sobre todo aquellos que son minorías o grupos en estado de indefensión. En este sentido, la Corte Constitucional puede incluso definir el alcance del derecho, pero no tener la última palabra sobre su forma de adjudicación, pues cuando así actúa cierra la participación de las demás instituciones involucradas y de la sociedad civil.

⁸³ Algunos derechos sociales existen, incluso, desde la Constitución Jacobina de 1793. No obstante, aparecen en la discusión del derecho constitucional en el siglo XX (Ernst-Wolfgang Böckenförde, *Escritos sobre derechos fundamentales*, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 1993, p. 72).

⁸⁴ Roberto Gargarella, *Por una justicia dialógica*, Buenos Aires, Editorial Siglo Veintiuno, 2014.

⁸⁵ Esto precisamente fundamentado en la teoría de los márgenes de acción, que Robert Alexy (2014) incluye en su epílogo a la teoría de los derechos fundamentales y que recoge la crítica planteada por Böckenförde, en el sentido de que una excesiva intervención del Tribunal Constitucional en la garantía de los derechos puede llevar a que “el proceso democrático pierda así en importancia”, lo que en su criterio puede llevar a que “el Tribunal Constitucional se conviert[a], en su labor de concretización de su alcance [de los derechos], de modo específico, en el señor de la Constitución” (Böckenförde, *Escritos sobre derechos fundamentales*, *op. cit.*, p. 137).

⁸⁶ Gargarella, “Justicia dialógica y derechos sociales”, *op. cit.*

De otro lado, es menester delimitar los márgenes de acción de la Corte Constitucional en punto a sus intervenciones para proteger derechos fundamentales:⁸⁷ la Corte no debe ahorrar esfuerzos para proteger a las minorías⁸⁸ que han sido históricamente olvidadas o discriminadas. La existencia de una cláusula de igualdad, que además señala la aspiración de la consolidación de una igualdad material, habilita la toma de decisiones fuertes por parte de la Corte para proteger sus derechos.⁸⁹ Como bien señala Marmor: “Después de todo, la legislatura democrática es el tipo de institución que se encuentra ligada al sentimiento popular, ampliamente compartido por la comunidad. No necesitamos que las cortes constitucionales hagan más de lo mismo”.⁹⁰

A su vez, la Corte tampoco debe ahorrarse esfuerzos al tomar decisiones que permitan el mejoramiento del sistema democrático. Así, este tribunal estaría actuando como garante del principio constitucional de la democracia deliberativa,⁹¹ sin generar la percepción de que sus decisiones se convierten en una “verdad moral por fuera de todo tiempo”.⁹²

5. Conclusiones

Si bien la teoría clásica de la separación de poderes se encuentra arraigada en la tradición constitucional occidental, esta debe entenderse como la necesidad de evitar la concentración del poder, que permite múltiples reformulaciones de ‘ingeniería constitucional’, que en todo caso salvaguardan la libertad. Tal vez, el fin más importante de la separación de poderes, además de evitar la arbitrariedad, debe ser la búsqueda de una distribución de funciones adecuada al órgano que las desarrolla, de modo tal que la estructura y el procedimiento de los distintos órganos del Estado se ajusten a las tareas que deban desempeñar.⁹³

⁸⁷ David Landau, “A Dynamic Theory of Judicial Role”, *Boston College Law Review*, núm. 55, 2014.

⁸⁸ La Corte Constitucional colombiana ha sido especialmente garantista a la hora de proteger minorías como los indígenas, pero ha sido tímida a la hora de hacerlo con la población LGTBI, en cuyo caso debieron pasar años, antes de que la Corte abordara de fondo el debate de cuál debía ser la protección de estos grupos minoritarios a la luz de la cláusula 13 constitucional, sobre la igualdad.

⁸⁹ John Hart Ely, *Democracy and Distrust a Theory of Judicial Review*, Cambridge (MA), Harvard University Press, 1980.

⁹⁰ Marmor, *op. cit.*

⁹¹ Al respecto, ver Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-816 de 2004, MM. PP. Jaime Córdoba Triviño y Rodrigo Uprimmy Yepes.

⁹² Marmor, *op. cit.*

⁹³ Reinhold Zippelius, *Teoría general del Estado*, México, D. F., Universidad Nacional Autónoma de México, 1985.

Así, la intervención del juez constitucional debe adecuarse a este nuevo esquema de separación de poderes, respetando sus límites y competencias. La formulación y adopción de ciertas decisiones político-jurídicas implica una colaboración de la rama judicial con la rama ejecutiva, así como una deliberación pública que no es propia de la función judicial, y que, como tal, será mejor ejercida por el legislador, y en cierta medida por la administración. Cuando estas dos instituciones son ampliamente disfuncionales, no es la tarea del juez constitucional sustituirlas, sino avocarlas al cumplimiento de sus funciones, mediante una colaboración armónica, en donde este ponga en evidencia los problemas que las demás ramas han ignorado, pero que sean ellas quienes en verdad se den a la tarea de solucionarlas.

En este sentido, el rol del juez constitucional en materias donde sea necesaria su intervención, debe contribuir al fortalecimiento del sistema político, fomentando la participación de las partes intervinientes, de la sociedad civil en general y de las entidades convocadas para lograr una solución.⁹⁴ Ello no supone un papel pasivo del juez constitucional, sino, por el contrario, implica la creación de espacios democráticos y deliberativos que han sido ajenos a la tradición constitucional colombiana. Por ejemplo, en materia de satisfacción de derechos sociales, el juez constitucional cumple mejor su papel de guardián de la Constitución al ordenar que se den escenarios de concertación de intereses y diálogo, garantizando la participación de los involucrados, que cuando por medio de una sentencia dicta una serie de órdenes dirigidas a cortar de tajo tal vulneración.

Así las cosas, los productores de derecho constitucional, tanto operadores jurídicos como doctrinantes, deben tener en cuenta las realidades y necesidades de su propio contexto, con base en el estudio de la tradición histórica jurídica propia. No conviene importar teorías que surgen en contextos extraños y con el riesgo de que no se adecuen a las necesidades colombianas, sin antes hacer un verdadero escrutinio del contexto interno.

Bibliografía

ALEXY, Robert, *Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principios*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2003.

ÁVILA, Humberto, “‘Neo constitucionalismo’: entre la ‘ciencia del derecho’ y el ‘derecho de la ciencia’”, *Gaceta Constitucional*, núm. 66, 2008. Disponible en: <http://www.gacetaconstitucional.com.pe/sumario-cons/doc-sum/Neoconstitucionalismo.pdf>.

BARBERIS, Mauro, *Ética para juristas*, Madrid, Editorial Trotta, 2008.

BERNAL PULIDO, Carlos, *El neoconstitucionalismo a debate*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2006.

⁹⁴ Gargarella, *Por una justicia dialógica*, op. cit.

- _____, “Fundamentación y significado de la doctrina de la sustitución de la Constitución. Un análisis del control de constitucionalidad de las reformas a la Constitución en Colombia”, en Juan Carlos Henao Pérez (ed.), *Diálogos constitucionales de Colombia con el Mundo*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2013.
- _____, “Transitional Justice within the framework of a permanent constitution: the case study of the legal framework for peace in Colombia”, *Cambridge Journal of International and Comparative Law*, vol. 3, núm. 4, 2014.
- BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang, *Escritos sobre derechos fundamentales*, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 1993.
- _____, *Estudios sobre el Estado de derecho y la democracia*, Madrid, Editorial Trotta, 2000.
- COMISIÓN HISTÓRICA DEL CONFLICTO Y SUS VÍCTIMAS, *Informes sobre democracia colombiana, Mesa de Conversaciones*. Disponible en: https://www.mesadeconversaciones.com.co/sites/default/files/Informe%20Comisi_n%20Hist_rica%20del%20Conflicto%20y%20sus%20V_ctimas.%20La%20Habana%2C%20Febrero%20de%202015.pdf.
- DE TOCQUEVILLE, Alexis, *Democracia en América*, Madrid, Editorial Trotta, 2010.
- DWORKIN, Ronald, *Freedom's Law*, Cambridge (MA), Harvard University Press, 1996.
- _____, *Derechos, libertades y jueces*, Sabaneta, Unisabaneta, 2015.
- ESGUERRA, Juan Carlos, *La protección constitucional del ciudadano*, Bogotá, Editorial Legis, 2004.
- _____, “Nuestro control de constitucionalidad no tiene límites, pero ciertamente tiene controles”, en Ricardo Sanín Restrepo (coord.), *Justicia constitucional*, Bogotá, Editorial Legis, 2006.
- FELDMAN, Noah, *Scorpions*, New York, Twelve, 2010.
- FERRAJOLI, Luigi, *Derechos y garantías*, 7ª ed., Madrid, Editorial Trotta, 2010.
- _____, *Poderes salvajes*, Madrid, Editorial Trotta, 2011.
- FIORAVANTI, Maurizio, *Constitucionalismo: experiencias históricas y tendencias actuales*, Madrid, Editorial Trotta, 2014.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *La constitución como norma y el tribunal constitucional*, 4ª ed., Madrid, C. L. Civitas Ediciones, 2006.
- GARCÍA-PELAYO, Manuel, *Las transformaciones del Estado contemporáneo*, Madrid, Alianza Universidad, 1995.
- GARGARELLA, Roberto, “Justicia dialógica y derechos sociales”, en Javier Espinoza y Jorge Ordóñez (eds.), *Los derechos sociales en el Estado constitucional*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2013.
- _____, *Por una justicia dialógica*, Buenos Aires, Editorial Siglo Veintiuno, 2014.
- _____, “Recuperar el lugar del ‘pueblo’ en la Constitución. Cuando el poder se concentra en la ‘sala de máquinas’ constitucional”, *Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional. Ponencias Magistrales*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2015.

- GRAFTON, John, *The Declaration of Independence and Other Great Documents of American History*, Mineola (NY), Dover Publications, 2000.
- GREPPI, Andrea, *Concepciones de la democracia en el pensamiento político contemporáneo*, Madrid, Editorial Trotta, 2006.
- HABERMAS, Jürgen, *Facticidad y validez*, Madrid, Editorial Trotta, 2000.
- _____, “El Estado democrático de derecho. ¿Una unión paradójica de principios contradictorios?”, *Anuario de Derechos Humanos. Nueva Época*, núm. 2, 2001.
- HART ELY, John, *Democracy and Distrust a Theory of Judicial Review*, Cambridge (MA), Harvard University Press, 1980.
- KANT, Inmanuel, *On the common saying: That may be correct in theory, but it is of no use in practice*, Cambridge, Cambridge University Press, [1793] 1996.
- KIS, Janos, *Constitutional Democracy*, Budapest, CEU Press, 2003.
- LANDAU, David, “A Dynamic Theory of Judicial Role”, *Boston College Law Review*, núm. 55, 2014.
- _____, *Derechos sociales y límites a la reforma constitucional*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2015.
- LOEWESTEIN, Karl, *Teoría de la constitución*, 2ª ed., Madrid, Editorial Ariel, 1970.
- MADISON, James, Alexander HAMILTON y John JAY, *The Federalist Papers*, San Bernardino (CA), Tribeca Books, 2014.
- MARMOR, Andrei, “Constitutional Interpretation”, *USC Law and Public Policy*, núm. 04-4, 2004.
- _____, “Meaning and Belief in Constitutional Interpretation”, *USC Law and Public Policy*, núm. 13-4, 2013.
- MICHELET, Jules, *Historia de la Revolución Francesa*, Buenos Aires, Plaza y Janes, 1963.
- MONTESQUIEU, *Del espíritu de las leyes*, Barcelona, Editorial Altaya, 1993.
- NINO, Carlos Santiago, *La constitución de la democracia deliberativa*, Barcelona, Editorial Gedisa, 2003.
- PICO DELLA MIRANDOLA, Giovanni, *Discurso sobre la dignidad del hombre*, trad. de Adolfo Ruiz Díaz, México, UNAM, 2004.
- POST, Robert y Reva SIEGEL, “Popular Constitutionalism, Departmentalism, and Judicial Supremacy”, *Yale Law School Faculty Scholarship Series*, núm. 178, 2004.
- SCHMITT, Carl, *Teoría de la constitución*, Madrid, Alianza Editorial, 1982.
- SCHMITT, Carl y Hans Kelsen, “El defensor de la Constitución”, en Carl Schmitt y Hans Kelsen, *La polémica Schmitt/Kelsen sobre la justicia constitucional: el defensor de la constitución versus ¿quién debe ser el defensor de la Constitución?*, Madrid, Editorial Tecnos, 2009.
- SIEYÈS, Emmanuel, *¿Qué es el Tercer Estado?*, Madrid, Alianza Editorial, 1989.
- SUPREME COURT, *West Virginia State Board of Education v. Barnette*, 319 U. S. 624, 638, 1943.
- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL FEDERAL ALEMÁN, *Sentencia de 2009 sobre el Tratado de Lisboa* (BVerfG, 2 BvE 2/08 de 30 de junio de 2009).

TUSHNET, Mark, *Taking the Constitution away from the Courts*, Princeton (NJ), Princeton University Press, 1999.

_____, "Why Comparative Law", *Weak Courts, Strong Rights*, Princeton, Princeton University Press, 2008.

VALENCIA VILLA, Hernando, *Cartas de Batalla*, Bogotá, Editorial Panamericana, 2010.

WALDRON, Jeremy, "The Core of the Case Against Judicial Review", *The Yale Law Journal*, núm. 115, 2006, pp. 1346-1406.

ZIPPELIUS, Reinhold, *Teoría general del Estado*, México, D. F., Universidad Nacional Autónoma de México, 1985.

_____, *Teoría general de los derechos fundamentales*, 2ª ed., Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2014.

VOLVER A LA TABLA DE CONTENIDO

José Ignacio Hernández G. * (Venezuela)

Justicia constitucional y poder político en Venezuela

RESUMEN

La justicia constitucional puede entrar en conflicto con la teoría de la separación de poderes y los fundamentos democráticos del Estado, cuando el ejercicio abusivo de sus funciones degenera en la sustitución de decisiones propias del debate político y de la deliberación parlamentaria. El caso venezolano ilustra ese conflicto ante la persistente judicialización del debate político, especialmente, luego de las elecciones parlamentarias del 6 de diciembre de 2015. Ello aconseja repensar el rol de la justicia constitucional en Venezuela.

Palabras clave: justicia constitucional, judicialización de la política, control concentrado de la Constitución.

ZUSAMMENFASSUNG

Die Verfassungsgerichtsbarkeit kann dann mit der Theorie der Gewaltenteilung und den demokratischen Grundlagen des Staates in Konflikt geraten, wenn die missbräuchliche Ausübung ihrer Funktionen dazu führt, dass sie Entscheidungen trifft, die der politischen Debatte und der parlamentarischen Beratung vorbehalten sind. Im Falle Venezuelas lässt sich dieser Konflikt am Beispiel der fortdauernden Judicialisierung der politischen Debatte, insbesondere seit den Parlamentswahlen vom 6. Dezember 2015, darstellen. Aufgrund dessen kann ein Überdenken der Rolle der Verfassungsgerichtsbarkeit in Venezuela sinnvoll sein.

Schlagwörter: Verfassungsgerichtsbarkeit, Judicialisierung der Politik, zentrierte Kontrolle durch die Verfassung.

* Doctor en Derecho de la Universidad Complutense de Madrid. Profesor de Derecho Administrativo en la Universidad Central de Venezuela y en la Universidad Católica Andrés Bello; director del Centro de Estudios de Derecho Público de la Universidad Monteávila. Investigador visitante, Georgetown University. ignandez@gmail.com.

ABSTRACT

Constitutional justice may conflict with the theory of the separation of powers and the democratic foundations of the State when the abusive exercise of its functions degenerates into the substitution of decisions derived from political debate and parliamentary deliberation. The Venezuelan case illustrates this conflict in the face of the persistent judicialization of political debate, especially after the parliamentary elections of December 6, 2015. This suggests rethinking the role of constitutional justice in Venezuela.

Keywords: constitutional justice, judicialization of politics, concentrated constitutional review.

Introducción

El objeto de este ensayo es analizar la relación entre justicia constitucional y poder político en Venezuela, lo que permitirá apreciar –desde esa perspectiva– los riesgos asociados a la justicia constitucional en el marco del Estado social y democrático de derecho. Con tal fin, hemos considerado relevante partir de las consideraciones contenidas en la Presentación del *Anuario de derecho constitucional latinoamericano 2015*.¹ Allí se plantea la existencia de una “disfuncionalidad orgánica” en el desempeño de los poderes públicos, que involucra al Poder Judicial y concretamente a la justicia constitucional:

La disfuncionalidad de la que hablamos, y que debe seguir siendo objeto de urgente estudio, tiene que ver con el considerable desprestigio de los poderes políticos y con la decreciente legitimidad de las instituciones estatales. En consecuencia, en algunos países, el desencanto con la política ha llevado a la ciudadanía a descartar este sistema como una opción viable de estatalidad, mientras que en otros ha provocado su judicialización en la medida en que los jueces asumieron el reto de suplir las lagunas de implementación dejadas por la primera, pese a que no poseen la misma legitimidad democrática que los órganos electos ni disponen de los procedimientos necesarios para formular políticas públicas que respondan a retos estructurales.

Este ensayo parte de la segunda manifestación de esa disfuncionalidad, o sea, la *judicialización del sistema político*, lo que centra el tema de discusión en la relación entre *justicia constitucional y poder político*. Nuestro interés, advertimos, no es analizar tal relación desde una perspectiva abstracta, sino, por el contrario, abordarla desde el estudio del caso venezolano, en la medida en que ello permite poner en

¹ Christian Steiner y Ginna Rivera, “Presentación”, *Anuario de derecho constitucional latinoamericano 2015*, Bogotá, Fundación Konrad Adenauer, 2015, pp. 9 y ss.

evidencia los riesgos que para el Estado social y democrático de derecho supone el indebido ejercicio de la justicia constitucional.

Como introducción general al estudio del caso venezolano, cabe recordar que el rol principal de la justicia constitucional –garantizar la supremacía de la Constitución– encuentra no pocos obstáculos en la teoría tradicional de la separación de poderes, especialmente en sistemas que, como el venezolano, asumen la existencia de un control concentrado de la constitucionalidad asignado a un órgano judicial especial, en nuestro caso, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia.²

Dos áreas de conflicto, al menos, pueden apreciarse en este sentido. Por un lado, encontramos el conflicto entre el rol de la justicia constitucional y el principio de separación de poderes, por los riesgos derivados de la invasión de funciones propias del Poder Legislativo (y en ciertos supuestos, del Poder Ejecutivo) por parte de la justicia constitucional. Por otro lado, encontramos el conflicto entre justicia constitucional y democracia, en la medida en que el control concentrado de la Constitución puede implicar la revisión y eventual adopción de decisiones políticas propias del debate parlamentario.³

La relación entre justicia constitucional y política es uno de los temas tradicionales dentro del derecho procesal constitucional. Como resume Fix Zamudio, desde el inicial debate entre Schmitt y Kelsen en torno a la existencia y alcance del control judicial de la constitucionalidad de decisiones políticas, la tendencia ha sido la de ampliar el ámbito de ese control judicial, como solución apoyada en la tesis del carácter normativo de la Constitución y del principio según el cual no puede haber actos del poder público excluidos del control judicial.⁴

El derecho procesal constitucional venezolano no ha estado exento de esos conflictos, especialmente a partir de la Constitución de 1999, la cual creó –por vez primera en nuestra historia– un órgano judicial especial para ejercer, con exclusividad,

² Aquí se asume una noción funcional de justicia constitucional, entendida –a los fines de este artículo– como el control judicial de la constitucionalidad del Poder Público, dentro de lo cual se incluye la específica competencia del control concentrado de la constitucionalidad (cfr. Antonio Canova González, *El modelo iberoamericano de justicia constitucional*, Caracas, Ediciones Paredes, 2012, pp. 21 y ss.).

³ Estos conflictos han sido tradicionalmente señalados en el estudio de la justicia constitucional, sin que sea objeto de este ensayo ahondar en esas consideraciones. Como referencia general, podemos citar a Víctor Ferreres Comella, *Justicia constitucional y democracia*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007, pp. 197 y ss. Para el caso venezolano, ver Jesús María Casal, “Algunos cometidos de la jurisdicción constitucional en la democracia”, en Winfried Hassemer, Norbert Lösing y Jesús María Casal, *La jurisdicción constitucional, democracia y Estado de derecho*, Caracas, Universidad Católica Andrés Bello, 2005, pp. 105 y ss.

⁴ Héctor Fix Zamudio, “La justicia constitucional y la judicialización de la política”, en Eduardo García de Enterría (ed.), *Constitución y constitucionalismo hoy*, Caracas, Fundación Manuel García-Pelayo, 2000, pp. 559 y ss. Ver, desde Venezuela, Jesús María Casal, *Constitución y justicia constitucional*, Caracas, Universidad Católica Andrés Bello, 2004, pp. 17 y ss.

el control concentrado de la constitucionalidad, como es la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia.

Como se explicará en este artículo, desde su entrada en funcionamiento en el año 2000, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia ha ejercido extensivamente sus facultades, más allá incluso de los límites impuestos en las leyes dictadas para regular su funcionamiento. El resultado, como veremos, ha sido el ejercicio expansivo de las competencias de la Sala Constitucional.

Estas desviaciones han cobrado una nueva realidad, luego de las elecciones parlamentarias efectuadas en Venezuela el 6 de diciembre de 2015. En esas elecciones, la coalición política de oposición (Mesa de la Unidad Democrática, MUD) obtuvo la mayoría calificada de las dos terceras partes de la Asamblea Nacional, lo que le otorgó control sobre el Poder Legislativo, que desde el año 2000 había sido controlado por fuerzas políticas del Gobierno.⁵

Esta nueva realidad política derivó en un conjunto de decisiones de la Sala Constitucional que, mediante la *judicialización* del debate político y en un claro activismo judicial, han limitado injustificadamente las atribuciones de la Asamblea Nacional, en un conflicto creciente que no parece tener solución sencilla y cuyas principales líneas exponemos en este trabajo. Esta judicialización del debate político, como demostraremos más adelante, ilustra muy bien los riesgos para el Estado de derecho y la democracia que pueden derivarse del desempeño de la justicia constitucional.

Desde esta perspectiva, y dentro del contexto del caso venezolano, procederemos a estudiar en este ensayo la relación entre justicia constitucional y poder político, lo que nos llevará a abordar los siguientes temas. En primer lugar, efectuaremos una breve aproximación histórica a la justicia constitucional en Venezuela, para resaltar cómo la configuración actual de la Sala Constitucional no está en completa sintonía con la fundamentación republicana de nuestro derecho público. A continuación estudiaremos las deficiencias del sistema de justicia constitucional en Venezuela y las desviaciones derivadas de la jurisprudencia de la Sala Constitucional. La tercera parte se enfoca en el estudio de recientes decisiones de la Sala Constitucional que obstaculizan el ejercicio de las funciones de la Asamblea Nacional electa el pasado 6 de diciembre de 2015. Finalizaremos nuestro ensayo con algunas propuestas para corregir los actuales excesos de la justicia constitucional en Venezuela, basadas en la relación entre esta y el poder político.

⁵ Ver los resultados electorales en la página del Consejo Nacional Electoral. Disponible en: www.cne.gob.ve. De un total de 167 diputados, la MUD obtuvo 112, equivalentes a las dos terceras partes de la Asamblea. Esa mayoría calificada, de acuerdo con la Constitución, permitía a los diputados de la MUD adoptar todas las decisiones que competen al Poder Legislativo.

1. Breve aproximación a los orígenes históricos de la justicia constitucional en Venezuela: la fundamentación republicana del derecho público venezolano

Una breve aproximación histórica es necesaria para enmarcar, adecuadamente, cuál es el rol que debe cumplir la Sala Constitucional dentro del sistema constitucional venezolano. Esta aproximación permitirá comprobar cómo la fundamentación republicana del derecho público en Venezuela se basó en el carácter normativo de la Constitución y en la desconfianza hacia toda concentración de poder, desconfianza que, en cierto modo y como explicaremos, fue obviada por la Constitución de 1999 al regular a la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia.

1.1. La formación republicana del derecho constitucional venezolano y la influencia del constitucionalismo americano

El derecho público en Venezuela, y más en concreto, el derecho constitucional, es resultado de un lento proceso de formación histórica, caracterizado por la adopción de un modelo republicano como forma de organización política del naciente Estado venezolano, luego del inicio del proceso de emancipación en 1810. En dicho modelo, de manera notable, se aprecia el influjo de la revolución de independencia de Norteamérica y, por ello, del derecho británico.⁶

Por eso, el concepto de ‘constitución’ aparece en el debate político venezolano desde el inicio de nuestro proceso de independencia.⁷ De esa manera, si bien ese proceso de independencia comenzó a través del *movimiento juntero* –figura jurídica conocida en el antiguo régimen español–, muy pronto se demostró, en el lenguaje político, que el propósito de la Junta Suprema Conservadora de los Derechos de Fernando VII era organizar la construcción de un nuevo derecho público para la libertad.⁸ Así, en el *Manifiesto sobre la forma de Gobierno*, de 24 de abril de 1810, se reiteró la relevancia de la “voluntad general” que consolida “el voto universal”, ne-

⁶ Allan R. Brewer-Carías, *Reflexiones sobre la revolución americana (1776) y la Revolución Francesa (1789) y sus aportes al constitucionalismo moderno*, Caracas, Editorial Jurídica Venezolana, 1992, pp. 25 y ss. Sobre la influencia del constitucionalismo americano en la justicia constitucional, ver, en general, Francisco Fernando Segado, *La evolución de la justicia constitucional*, Madrid, Dykinson, 2013, pp. 35 y ss.

⁷ Sobre los fundamentos constitucionales de la emancipación venezolana, puede verse Allan Brewer-Carías, *Los inicios del proceso constituyente hispano y americano. Caracas 1811-Cádiz 1812*, Caracas, bid&co. Editor, 2011, pp. 78 y ss., así como Juan Garrido Rovira, *El Congreso constituyente de Venezuela*, Caracas, Universidad Monteávil, 2010, pp. 56 y ss.

⁸ Sobre la *Junta* creada en Venezuela en 1810, en relación con el movimiento juntero de España, ver Gustavo Vaamonde, *Los novadores de Caracas*, Caracas, Academia Nacional de la Historia - Fundación Bancaribe, 2009, pp. 22 y ss.

cesario para la sanción de una nueva Constitución “aprobada por la representación nacional legítimamente constituida”. Fue por ello que, jurídicamente, la Junta Suprema se encargó de organizar la elección del Congreso llamado a discutir y aprobar la Constitución en diciembre de 1811.⁹

De esa manera, el nuevo derecho público formado en Venezuela partió de la Constitución como norma suprema que condiciona la validez de la ley, tal y como quedó resumido en el pensamiento de los juristas venezolanos del siglo XIX Juan Germán Roscio y Francisco Javier Yanes.¹⁰

1.2. La justicia constitucional en Venezuela y la creación de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia

Al igual que la Constitución de Estados Unidos de Norteamérica, la Constitución de Venezuela de 1811 no fue clara en asignar el control de la Constitución al Poder Judicial. Como es sabido, en Estados Unidos prevaleció la posición de Madison, inspirada en la Antigua Constitución Británica, de asignar ese control al Poder Judicial, como se estableció en las célebres decisiones de la Corte Suprema de Justicia recaídas en los casos *Little v. Barreme*, de 1801, y *Marbury v. Madison*, de 1803.

Ahora bien, la Constitución venezolana de 1811, de acuerdo con el pensamiento republicano del momento, hizo pivotar el ordenamiento jurídico en la idea de Constitución, y no en la idea de ley, pues la ley podía ser también un acto despótico, como se infiere del artículo 149 de esa Constitución. Con base en este principio, la Constitución de 1811 estableció, en su artículo 227, el carácter normativo de la Constitución; enunció el principio de la “Ley suprema” y advirtió que las leyes que se expidan contra el tenor de la Constitución “no tendrán ningún valor”. Esta norma debe valorarse junto al artículo 199, que declaró la nulidad de toda ley contraria a la declaración de derechos de la Constitución.

Tales artículos han sido interpretados por la doctrina venezolana (Carlos Ayala Corao) como la base de la justicia constitucional, incluso con referencia al reconocimiento del control difuso.¹¹ Sin embargo, lo cierto es que la recepción formal de

⁹ Cfr. José Ignacio Hernández G., “La Constitución de 1811 y la República liberal autocrática. Apuntes sobre las bases constitucionales del liberalismo criollo”, en Jesús María Casal y María Gabriela Cuevas (eds.), *Desafíos de la República en la Venezuela de hoy*, t. II, Caracas, Fundación Konrad Adenauer-Universidad Católica Andrés Bello, 2013, pp. 67 y ss.

¹⁰ Las referencias a Roscio y a Yanes se toman, respectivamente, de *El triunfo de la libertad sobre el despotismo*, Caracas, Biblioteca Ayacucho, 1996 [1817], y *Manual político del venezolano*, Caracas, Biblioteca de la Academia Nacional de la Historia, 1959 [1839]. El estudio del pensamiento de estos autores puede verse en José Ignacio Hernández G., “El pensamiento constitucional de Juan Germán Roscio y Francisco Javier Yanes”, en Allan Brewer-Carías (ed.), *Documentos constitucionales de la Independencia*, Caracas, Editorial Jurídica Venezolana, 2012, pp. 1 y ss.

¹¹ Carlos Ayala Corao, “La justicia constitucional en Venezuela”, *Anuario iberoamericano de justicia constitucional*, núm. 1, 1997, pp. 379 y ss.

la justicia constitucional en Venezuela sería asumida tiempo después: en 1858 se asignó a la Corte Suprema la competencia para declarar la nulidad de las leyes por violación de la Constitución, es decir, el *control concentrado*. La legislación procesal de fines del siglo XIX, por su parte, atribuyó a todo juez la competencia para ejercer el control difuso de la Constitución. De allí que se ha señalado que en Venezuela impera un sistema mixto de control judicial de la Constitución.¹²

La tendencia desde 1858 hasta 1999 fue la de atribuir el control concentrado al máximo tribunal de justicia en Venezuela. Una solución, se advierte, que podría objetarse desde la Constitución de 1811, pues aun cuando esta reconoció el principio de supremacía de la Constitución, no asumió expresamente la existencia del control judicial concentrado de esta. Tomás Polanco Alcántara, al respecto, concluyó que la opción de la Constitución de 1811 fue rechazar tal control judicial concentrado, prefiriendo un control político.¹³

La Constitución de 1999 incorporó una importante variante al modelo de justicia constitucional en Venezuela, al crear un órgano judicial especializado para ejercer el control concentrado, esto es, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia. Como se verá en el punto siguiente, la Constitución no definió con precisión el régimen jurídico de la Sala Constitucional, lo que contribuyó a que, en su desempeño, la Sala expandiese progresivamente sus competencias.

2. Las deficiencias del sistema de justicia constitucional y las desviaciones en la jurisprudencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia

Hay tres factores que han incidido en la configuración práctica de la justicia constitucional en Venezuela desde 1999: (i) el inadecuado marco institucional de la Sala Constitucional; (ii) el deficiente sistema de designación de los magistrados de la Sala Constitucional, en un contexto más amplio de deterioro de la autonomía del Poder Judicial, y (iii) la ampliación y desfiguración de las funciones de la Sala Constitucional en su propia jurisprudencia.

¹² Allan R. Brewer-Carías, *Instituciones políticas y constitucionales. Justicia constitucional*, t. VI, Caracas, Universidad Católica del Táchira-Editorial Jurídica Venezolana, 1996, pp. 81 y ss.

¹³ Tomás Polanco analizó los mecanismos de control del poder en la Constitución de 1811 (*Las formas jurídicas en la Independencia*, Caracas, Instituto de Estudios Políticos de la Facultad de Derecho de la Universidad Central de Venezuela, 1962, pp. 63 y ss.). Ver también Orlando Tovar Tamayo, *La jurisdicción constitucional*, Caracas, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, 1983, pp. 83 y ss.

2.1. El inadecuado marco institucional de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia

El marco institucional de la Sala Constitucional fue inadecuado, al no quedar claras sus atribuciones y, ni siquiera, su propia naturaleza jurídica. De esa manera, la exposición de motivos de la Constitución de 1999, respaldada por la opinión de algún sector de la doctrina venezolana, quiso ver en la Sala Constitucional una “suerte” de Tribunal Constitucional con competencia exclusiva para “garantizar la supremacía y efectividad de las normas constitucionales”.¹⁴

Otro sector de la doctrina, acertadamente, criticó de manera temprana esa interpretación, al sostener tres conclusiones: (i) de acuerdo con el artículo 335 de la Constitución, es al Tribunal Supremo de Justicia –y no a la Sala Constitucional– al que corresponde la función de ser “garante e intérprete último de la Constitución”; (ii) todo juez está en el deber de asegurar la integridad de la Constitución, según el artículo 334 del texto de 1999; con lo cual (iii) el control judicial de la Constitución no puede entenderse como un monopolio de la Sala Constitucional.¹⁵

Sin embargo, basta la revisión de las atribuciones de la Sala Constitucional para comprobar que estas exceden, incluso, el ámbito tradicional de competencias derivadas del control concentrado constitucional. Corresponde así a la Sala Constitucional “declarar la nulidad total o parcial de las leyes nacionales y demás actos con rango de ley de los cuerpos legislativos nacionales que colidan con esta Constitución”. Pero, además, la norma le atribuye un catálogo amplio de atribuciones, entre las cuales destaca “declarar la inconstitucionalidad de las omisiones del legislador”, resolver “controversias constitucionales” y “revisar sentencias de amparo constitucional y de control de constitucionalidad de leyes o normas jurídicas dictadas por los tribunales de la República”.

2.2. Las deficiencias en la designación de los magistrados del Tribunal Supremo de Justicia en el contexto de la pérdida de autonomía e independencia del Poder Judicial

La Constitución no reguló especialmente ni el número de magistrados de la Sala Constitucional ni tampoco su proceso de designación, materias regidas, por igual, para todos los magistrados del Tribunal. Además, los procedimientos de selección

¹⁴ José Vicente Haro, “La jurisdicción constitucional en la Constitución de 1999”, en Jesús María Casal y Alma Chacón (coords.), *El nuevo derecho constitucional venezolano*, Caracas, Universidad Católica Andrés Bello, 2002, pp. 501 y ss.

¹⁵ Allan R. Brewer-Carías, *El sistema de justicia constitucional en la Constitución de 1999*, Caracas, Editorial Jurídica Venezolana, 2000, pp. 7 y ss.

de los magistrados de la Sala Constitucional han sido cuestionados por carecer de las garantías básicas que aseguran su independencia y autonomía.¹⁶

A ello se le debe agregar las precarias condiciones institucionales del Poder Judicial en Venezuela, que no garantizan su autonomía ni independencia.¹⁷ Ello afecta, por supuesto, al propio Tribunal Supremo de Justicia y a su Sala Constitucional. Así, un estudio actualizado al 2013 demuestra cómo la Sala Constitucional tiende a favorecer las decisiones del Poder Legislativo, que hasta el 5 de enero de 2016 estuvo bajo el control político del partido de gobierno.¹⁸

2.3. La desfiguración de la justicia constitucional en la jurisprudencia de la Sala Constitucional y la judicialización del debate político

Desde el inicio de sus funciones, en el año 2000, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia ha dictado diversas decisiones que conforman una jurisprudencia que desnaturalizó el –ya impreciso– rol que la justicia constitucional debe cumplir de acuerdo con la Constitución. Ello explica la progresiva ampliación de sus competencias, no sólo en la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia (de 2004, reformada en 2010) sino, de manera especial, en la propia jurisprudencia de la Sala Constitucional.

El origen de esa desviación se encuentra en una premisa que la Sala Constitucional ha defendido, pese a que es contraria al texto expreso de la Constitución de 1999. Así, para la Sala Constitucional, ella es el máximo y último intérprete de la Constitución. Además, la propia Sala Constitucional ha sostenido que ella cumple una “función política”, es decir que sus decisiones no se basan, exclusivamente, en consideraciones jurídicas (Sentencia 1347/2000).

Esta interpretación inicial parte de tres premisas que conviene distinguir. La *primera* premisa es que la Sala Constitucional asumió la condición de “máximo y último intérprete” de la Constitución, pese a que esa función corresponde, en realidad, al Tribunal Supremo de Justicia. De allí que, *de facto*, la Sala Constitucional se ha erigido en una especie de Tribunal superior al propio Tribunal Supremo. La *segunda* premisa es que, como recuerda Brewer-Carías, la Sala Constitucional ha asumido que a ella corresponde el ejercicio exclusivo del control judicial de la Constitución, cuando de acuerdo con el artículo 334 de la Constitución, todos los jueces participan en la garantía judicial de la Constitución. La *tercera* y última premisa es

¹⁶ Allan R. Brewer-Carías, *Crónica sobre la “in”justicia constitucional. La Sala Constitucional y el autoritarismo en Venezuela*, Caracas, Editorial Jurídica Venezolana, 2007, pp. 11 y ss.

¹⁷ Muy en especial, ver los trabajos de Rafael Chavero, *La justicia revolucionaria*, Caracas, Editorial Aequitas, 2011, pp. 103 y ss., y Laura Louza, *La revolución judicial en Venezuela*, Caracas, Funeda, 2011, pp. 28 y ss.

¹⁸ Antonio Canova *et al.*, *El TSJ al servicio de la revolución*, Caracas, Editorial Galipán, 2014, pp. 115 y ss.

que, para la Sala Constitucional, el control judicial de la Constitución no es sólo un control jurídico, pues debe tomar en cuenta “implicaciones sociales”.

Esta última acotación no puede ser considerada como una referencia abstracta a los problemas derivados de la interpretación constitucional. La afirmación, en realidad, va mucho más allá, como quedó en evidencia en la Sentencia 1309/2001, en la cual la Sala Constitucional afirmó que la interpretación de la Constitución no puede “contrariar la teoría política propia que la sustenta”.

Esto último ha llevado a la Sala Constitucional a dar preferencia a una interpretación política de la Constitución, pero entendiendo por tal una técnica que interpreta a la Constitución en el sentido favorable al modelo político del gobierno, calificado desde 2006 como “socialismo” o “transición al socialismo”.¹⁹ Invariablemente, esto ha conducido a la judicialización de la política, en el sentido que decisiones políticas son asumidas o avaladas desde la interpretación de la Constitución por la Sala Constitucional.

La doctrina especializada ha detallado la línea jurisprudencial de la Sala Constitucional que demuestra cómo estas tres premisas se han articulado para edificar a esa Sala como un órgano que concentra no sólo diversas funciones, sino que además fija “interpretaciones únicas” de materias que deberían quedar sometidas al debate político.²⁰

En tal sentido, podemos identificar las cinco principales desviaciones en las que ha incurrido la Sala Constitucional en el ejercicio de sus competencias, y que han propendido a la judicialización de la política:

De esa manera, y en primer lugar, la Sala desnaturalizó el carácter “vinculante” de sus interpretaciones, lo cual la ha llevado, en una suerte de “jurisdicción normativa”, a dictar “interpretaciones vinculantes” y definitivas sobre la Constitución, que se apartan, sin embargo, del contenido de la propia Constitución. Así, por ejemplo, la Sala ha concluido que la descentralización, como política reconocida en el artículo 158 del texto de 1999, implica el control político del poder nacional sobre los estados (Sentencia 565/2008), cuando lo cierto es que tal control político es contrario al concepto constitucional de descentralización, que presupone la autonomía de los estados. Particularmente grave es que la Sala Constitucional creó un mecanismo de control judicial especial, el denominado “recurso autónomo de interpretación de la Constitución”, que le permite “interpretar” la Constitución de manera abstracta, al margen del control concreto de algún acto del poder público.²¹

¹⁹ Ver el detallado estudio de Brewer-Carías, *Crónica sobre la “in”justicia constitucional. La Sala Constitucional y el autoritarismo en Venezuela*, op. cit.

²⁰ *Ibid.*, pp. 52 y ss., y Canova et al., *El TSJ al servicio de la revolución*, op. cit., pp. 225 y ss.

²¹ Brewer-Carías, Allan, “Quis Custodiet Ipsos Custodes: De la interpretación constitucional a la inconstitucionalidad de la interpretación”, *Revista de Derecho Público*, núm. 105, 2005, pp. 7 y ss.

En segundo lugar, encontramos lo que la doctrina –Urosa Maggi– ha denominado “la Sala Constitucional como legislador positivo”. En no pocas ocasiones la Sala Constitucional ha modificado la redacción de normas legales, como sucedió por ejemplo con la Sentencia 446/2014, referida al régimen legal del divorcio. De ello resulta una norma que no tiene origen en la representación ni es revisable judicialmente, contrariando así la esencia misma de nuestra fundamentación republicana.²²

En tercer lugar, la Sala Constitucional afectó sensiblemente la autonomía e independencia del Tribunal Supremo de Justicia, pues, de hecho, tal Tribunal está subordinado a la Sala. Ejemplo de ello es la competencia de la Sala Constitucional para revisar sentencias de otras salas del Tribunal, incluyendo la llamada “Sala Plena”, que es en realidad el propio Tribunal Supremo de Justicia (Sentencia 233/2005). Esto quiere decir que toda decisión dictada por el Tribunal Supremo de Justicia puede ser revisada y anulada por la Sala Constitucional, aun cuando formalmente se trata de una de las salas que componen a ese Tribunal.

En cuarto lugar, encontramos la ilegítima adopción de decisiones privativas de la Asamblea Nacional, mediante el control judicial sobre las “omisiones legislativas”.²³ De esa manera, la Sala Constitucional, impidiendo el diálogo y consenso político dentro de la Asamblea Nacional, ha declarado la omisión de la Asamblea a fin de proceder a designar, ella misma, a los rectores del Consejo Nacional Electoral (Sentencia 1865/2014). De acuerdo con la Constitución, sin embargo, sólo la Asamblea Nacional, mediante el correspondiente acuerdo político, podía designar a tales rectores.

En quinto y último lugar, encontramos concretas demostraciones de la subordinación de la Constitución a la teoría política, como la propia Sala ha reconocido. Esto se traduce, en la práctica, en lo que puede ser considerado un patrón: decisiones políticas adelantadas desde el Gobierno nacional son refrendadas por la Sala. En fecha reciente, por ejemplo, la Sala Constitucional refrendó la tesis de la “continuidad administrativa» ante la ausencia del presidente electo a la juramentación que debía rendir (Sentencia 2/2013); la tesis de la “pérdida de investidura parlamentaria” (Sentencia 207/2014), para desincorporar a un diputado de oposición, o la tesis del carácter “ilimitado de las sesiones extraordinarias de la Asamblea Nacional” (Sentencia 1758/2015), para facilitar la designación de magistrados por la saliente Asamblea Nacional, en diciembre de 2015.

De estos cinco principios ha resultado la concentración de atribuciones en la Sala Constitucional, que es, así, de hecho, el primer y supremo órgano de todos los poderes públicos. Tal ha sido la desnaturalización de esas atribuciones, que la Sala Constitucional ha asumido la competencia para controlar actos dictados por organismos internacionales y por otros Estados. Así, por ejemplo, la Sala Constitucional

²² Daniela Urosa Maggi, *La Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia como legislador positivo*, Caracas, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, 2011, pp. 100 y ss.

²³ Jesús María Casal, *La justicia constitucional y las transformaciones del constitucionalismo*, Caracas, Universidad Católica Andrés Bello-Fundación Konrad Adenauer, 2015, pp. 227 y ss.

asumió el control de decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Sentencia 1175/2015) y de actos dictados por el Gobierno de Estados Unidos de Norteamérica (Sentencia 443/2015).

3. La Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia frente a la Asamblea Nacional electa el 6 de diciembre de 2015

La desnaturalización de las funciones de la Sala Constitucional no se tradujo, sin embargo, en el incremento de las decisiones anulatorias de leyes, pues, como vimos, hasta 2013, las estadísticas demostraban una clara tendencia favorable al Poder Legislativo. Incluso, podemos encontrar criterios jurisprudenciales que demuestran la recepción del *principio de deferencia* a favor del Poder Legislativo, negando toda sustitución en la libertad de configuración política de las decisiones que puede adoptar el Poder Legislativo (sentencias 1718/2000 y 165/2003).

No obstante, luego de la elección del 6 de diciembre de 2015, la Sala Constitucional abandonó toda deferencia al Poder Legislativo, lo que se ha traducido en un número importante de decisiones que, como veremos, han limitado notablemente las funciones de la Asamblea Nacional, actualmente bajo el control político de la coalición de la oposición. Antes del estudio de esta línea de jurisprudencia, en todo caso, es importante analizar cómo la saliente Asamblea Nacional intentó intervenir en la composición de la Sala Constitucional.

3.1. La designación de magistrados del Tribunal Supremo de Justicia, y de su Sala Constitucional, por la saliente Asamblea Nacional, en violación de la Constitución

Luego de la elección del 6 de diciembre de 2015, la Asamblea Nacional saliente –cuyo mandato expiró el 4 de enero de 2016– procedió a designar a trece magistrados del Tribunal Supremo de Justicia, incluyendo a tres magistrados de la Sala Constitucional, en violación al procedimiento definido en la Constitución y en la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia.²⁴

Para ello, la propia Sala Constitucional interpretó –resolviendo un “recurso de interpretación” presentado por el Presidente de la saliente Asamblea– que esa Asamblea podía sesionar válidamente hasta el propio 4 de enero de 2016 (ver la citada Sentencia 1758/2015).

²⁴ Ese procedimiento consta de varias fases que permiten el examen público de las credenciales de los intereses y un riguroso control de otros órganos del Poder Público. En la práctica, sin embargo, la Asamblea Nacional procedió a designar a esos magistrados sin seguir ese procedimiento.

Al efectuar esas designaciones, la saliente Asamblea Nacional impidió a la Asamblea Nacional electa el 6 de diciembre de 2015 designar a los magistrados cuyo período vencía, en lo que ha sido calificado como una desviación de poder constitucional.²⁵

3.2. El intento de desconocer la mayoría calificada de la coalición política de oposición

Poco después de las elecciones del 6 de diciembre, fueron presentados diversos recursos contencioso-electorales, cuestionando resultados electorales que favorecieron a la coalición de oposición. Hasta entonces, conviene recordar, lo común era que esos recursos fuesen formulados –sin éxito– por partidos políticos de la oposición. Un caso célebre fueron los recursos intentados contra la elección presidencial del 14 de enero de 2013, en la cual fue electo el entonces Vicepresidente Ejecutivo y Presidente encargado, como Presidente, por un margen estrecho. La Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia se avocó al conocimiento de esos recursos, para proceder a declarar, *todos ellos*, como inadmisibles.²⁶

Ahora bien, en relación con las impugnaciones presentadas en contra de las elecciones del 6 de diciembre, la Sala Electoral del Tribunal Supremo de Justicia, en uno de los recursos admitidos, acordó medida cautelar de amparo y “suspendió” la proclamación de cuatro diputados, tres de los cuales correspondían a diputados de la coalición de oposición (Sentencia 260/2015).

Como resultado de ello, la coalición de oposición, el día de la instalación de la nueva Asamblea –5 de enero de 2016– sólo pudo juramentar a 109 diputados. Sin embargo, posteriormente fueron juramentados tres de los diputados de oposición cuya proclamación había sido suspendida, lo que dio lugar a una sentencia de la Sala Electoral declarando el incumplimiento del mandamiento de amparo (Sentencia 1/2016). Asimismo, diputados del partido de gobierno interpusieron una “demanda de omisión legislativa” ante la Sala Constitucional, con la intención de obtener un pronunciamiento que declarara la inconstitucionalidad de todas las decisiones dictadas por la Asamblea.

Finalmente, los tres diputados de la coalición de oposición que habían sido juramentados optaron por desincorporarse, ante lo cual la Sala Constitucional dictó

²⁵ Cfr. Comunicado del grupo de profesores de Derecho Público ante la inconstitucional designación de magistrados del Tribunal Supremo de Justicia por la saliente Asamblea Nacional, tomado del Centro de Estudios de Derecho Público de la Universidad Monteávila. Disponible en: <https://www.uma.edu.ve/admini/ckfinder/userfiles/files/Comunicado%20GDPD%20UMA.pdf>.

²⁶ Ver el análisis de ello en José Ignacio Hernández G., “El abuso y el poder en Venezuela. Tercera y última parte: de cómo la Sala Constitucional, arbitrariamente, inadmitió los recursos contencioso-electorales relacionados con la elección del 14 de abril de 2013”, *Revista de Derecho Público*, núm. 135, 2013, pp. 35 y ss.

una sentencia en la cual declaró que había “cesado” la omisión legislativa (Sentencia 3/2016).²⁷

En la práctica, con esta decisión de la Sala Electoral la coalición de oposición se redujo de 112 a 109 diputados, con el consecuente riesgo de considerar que ya no se cuenta con la mayoría de las dos terceras partes de la Asamblea, equivalente a 112 diputados.²⁸

3.3. El desconocimiento de las funciones de control de la Asamblea Nacional: el caso del control sobre los estados de excepción

En enero de 2016, el Presidente de la República declaró el estado de excepción en materia económica, a través de la declaratoria del “estado de emergencia económica”. De conformidad con la Constitución de 1999, el estado de excepción queda sometido al control posterior de la Sala Constitucional y de la Asamblea Nacional. El control del Parlamento es de naturaleza política, pero con claras consecuencias jurídicas, pues la decisión de la Asamblea de no aprobar el estado de excepción implica la inmediata extinción del decreto correspondiente.²⁹

Ahora bien, el 22 de enero de 2016, la Asamblea Nacional, previo debate y elaboración de un informe técnico, decidió no aprobar el decreto, lo que, en consecuencia, produjo la inmediata extinción de tal acto jurídico.³⁰

Sin embargo, la Sala Constitucional, en Sentencia 7/2016, resolvió un recurso de interpretación en el que concluyó que el control que ejerce la Asamblea Nacional, en tanto es de naturaleza política, no tiene efectos jurídicos, razón por la cual la decisión de la Asamblea Nacional de rechazar el Decreto de Emergencia Económica no pudo afectar su validez.

Para sostener esa conclusión, la Sala Constitucional afirmó que “el control político de la Asamblea Nacional sobre los decretos que declaran estados de excepción no afecta la legitimidad, validez, vigencia y eficacia jurídica de los mismos”. Es decir que para la Sala Constitucional, el control político de la Asamblea sobre el decre-

²⁷ No debe escaparse este detalle: la declaratoria según la cual “cesó la omisión legislativa” implica reconocer que esa omisión en efecto existió. En realidad, lo que se discutía era si los diputados “suspendidos” por la Sala Electoral podían incorporarse a la Asamblea, lo que no implicaba omisión alguna por parte de ese órgano.

²⁸ Ver el análisis de Allan R. Brewer-Carías, “El ‘golpe judicial’ pírrico, o de cómo la oposición seguirá controlando la mayoría calificada de la Asamblea Nacional”. Disponible en: <https://www.uma.edu.ve/admini/ckfinder/userfiles/files/Brewer%20%20Golpe%20Judicial.pdf>.

²⁹ Jesús María Casal, “Los estados de excepción en la Constitución de 1999”, *Revista de Derecho Constitucional*, núm. 1, 1999, pp. 45-54.

³⁰ Ver el informe aprobado por la Asamblea Nacional. Disponible en: http://www.asambleanacional.gob.ve/uploads/documentos/doc_556423d4157caf948d30763228e4219ee6a07771.pdf.

to es jurídicamente irrelevante: aun negando el decreto, este preserva su validez. Además, la Sala Constitucional desaplicó por inconstitucional la norma de la Ley Orgánica sobre Estados de Excepción que ratifica los efectos jurídicos del control de la Asamblea, promoviendo además de oficio el juicio de nulidad contra tal norma.³¹

Más allá del análisis del fondo de esta sentencia, lo que interesa destacar es cómo la Asamblea Nacional pretendió enervar los efectos jurídicos a una de las funciones más relevantes de la Asamblea Nacional, cual es la función de control político sobre el Gobierno. Ese control es político en tanto corresponde al debate parlamentario propio del Poder Legislativo, pero en cuanto a sus efectos, se trata de un control con contenido jurídico preciso,³² al punto que la decisión de no aprobar el decreto contenido del estado de excepción debía conducir a la inmediata pérdida de validez de tal decreto. Al negar toda relevancia jurídica a esa decisión, la Sala Constitucional inició el camino para la desnaturalización de la función de control de la Asamblea.

3.4. El desconocimiento de las funciones de control de la Asamblea Nacional: el caso de las interpelaciones y comparecencias

Una de las primeras actividades asumidas por la nueva Asamblea Nacional fue ejercer sus competencias de control e investigación sobre diversos funcionarios públicos, en especial, a través de las técnicas de la comparecencia y la interpelación. Para ello, la Asamblea aplicó dos instrumentos jurídicos dictados por anteriores legislaturas: la *Ley sobre el Régimen para la Comparecencia de Funcionarios y Funcionarias Públicos y los o las Particulares ante la Asamblea Nacional o sus Comisiones* de 2001 y el *Reglamento Interior y de Debates* de 2010. Estas investigaciones se extendieron incluso al procedimiento de nombramiento de magistrados del Tribunal Supremo de Justicia, realizado por la saliente Asamblea en diciembre de 2015, y al cual ya nos hemos referido.

La Sala Constitucional, en Sentencia 9/2015, resolviendo nuevamente un recurso de interpretación, dictó una muy extensa sentencia que redujo notablemente las facultades de control e investigación de la Asamblea, al limitar esas facultades sólo a algunos funcionarios del Gobierno nacional, siempre bajo la coordinación de la Vicepresidencia Ejecutiva. Además, ejerció el control difuso para desaplicar varias normas de la Ley de Comparecencia y del Reglamento, promoviendo además de oficio el juicio de nulidad contra tales artículos.

³¹ Al asumir esa interpretación, la Sala Constitucional se apartó de su propia doctrina que había establecido que el control político sobre el estado de excepción tiene por finalidad “imprimir la legitimación brindada por los representantes del pueblo que lo integran al decreto de excepción” (Sentencia 3567/2005).

³² Ver, en general, Ramón Guillermo Avelo, *Curso de derecho parlamentario*, Caracas, Universidad Católica Andrés Bello, 2013, pp. 71 y ss.

Asimismo, la Sala Constitucional, en la sentencia comentada, negó la competencia de la Asamblea Nacional para investigar la designación de los magistrados del Tribunal Supremo de Justicia, declarando la nulidad de cualquier acto de la Asamblea dictado o por dictarse, orientado a investigar esa designación.³³

De la anterior decisión interesa destacar cómo la Sala Constitucional, por medio de una interpretación abstracta de la Constitución, estableció severos límites previos sobre el ejercicio de la función parlamentaria de control, lo que redujo notablemente el alcance de esa función e incluso anticipó la nulidad de decisiones futuras de la Asamblea Nacional.³⁴

4. A modo de recapitulación: justicia constitucional y poder político. Enseñanzas desde el caso venezolano

El modelo de justicia constitucional en Venezuela, especialmente a través del control concentrado, es resultado de la articulación de tres paradigmas: (i) el carácter normativo de la Constitución, (ii) el reconocimiento del control judicial de la Constitución radicado en un órgano judicial especializado y (iii) el principio según el cual todo acto –e incluso omisión– del poder público, y particularmente del Poder Legislativo, debe quedar sometido a control judicial. Estos tres paradigmas configuran a la justicia constitucional como una pieza clave del Estado de derecho.³⁵

De manera especial, la universalidad de control de los actos del poder público y, en concreto, del Poder Legislativo, permitió afirmar la inexistencia de actos ex-

³³ La Sala, en este punto, contradujo su anterior doctrina (Sentencia 2230/2002), en la cual había afirmado que “la Asamblea Nacional puede investigar, lo concerniente a la elección, y si fuere el caso, en caso de faltas graves calificadas por el Poder Ciudadano, la remoción de magistrados”.

³⁴ La Sala Constitucional confundió la función de control de la Asamblea sobre el Gobierno y la administración nacional, con la función de investigación, que de acuerdo con el artículo 233 de la Constitución se extiende a todas “las materias de su competencia, de conformidad con el Reglamento”, abarcando especialmente el deber de comparecencia de “todos los funcionarios públicos”. Sobre esta decisión, pueden verse los siguientes estudios de Allan R. Brewer-Carías: “El ataque de la Sala Constitucional contra la Asamblea Nacional y su necesaria e ineludible reacción”, y “Un nuevo golpe contra la voluntad popular y la Constitución”. Disponibles en: www.allanbrewercarias.com.

³⁵ Tales paradigmas pueden estimarse comunes en el estudio comparado de la justicia constitucional. Para el caso venezolano, y además de las citas referidas, ver Margarita Escudero León, *El control judicial de la constitucionalidad sobre las ramas legislativas y ejecutivas del poder público*, Caracas, Universidad Central de Venezuela, 2005, pp. 59 y ss.; Román J. Duque Corredor, *Temario de derecho constitucional y derecho público*, Caracas, Legis, 2008, pp. 123 y ss., y Rubén Laguna Navas, *La Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia: su rol como máxima y última intérprete de la Constitución*, Caracas, Universidad Central de Venezuela, 2005, pp. 77 y ss.

cluidos del control judicial.³⁶ Ello derivó en una conclusión apuntada por Francisco Rubio Llorente: la “juridificación progresiva de relaciones entendidas hasta ahora de modo exclusivamente políticas”.³⁷ De allí que estos paradigmas generan un riesgo claro: el de un indebido control judicial sobre el Parlamento que, partiendo del “activismo judicial”, derive en la libre creación de preceptos jurídicos por parte del juez constitucional, sustituyendo de esa manera las deliberaciones políticas propias de todo sistema democrático abierto y plural.³⁸

Ello es lo que ha sucedido, precisamente, en Venezuela. La justicia constitucional, lejos de ser instrumento de garantía del Estado de derecho, ha degenerado en un órgano –la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia– que se erige en el supremo de todos los poderes públicos, asumiendo interpretaciones únicas y vinculantes. Los riesgos de este sistema han quedado en evidencia en los primeros meses de funcionamiento de la Asamblea Nacional electa el 6 de diciembre de 2015, ante una línea jurisprudencial que anticipa la intención de desnaturalizar el ejercicio de las funciones constitucionales de esa Asamblea, sobre la base de “interpretaciones vinculantes” de la Constitución.³⁹

³⁶ Brewer-Carías, *Instituciones políticas y constitucionales. Justicia constitucional*, t. VI, *op. cit.*, pp. 161 y ss.

³⁷ Francisco Rubio Llorente, *La Corte Constitucional italiana*, Caracas, Universidad Central de Venezuela, 1966, p. 1.

³⁸ Francisco Rubio Llorente, *La forma del poder*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997, p. 580.

³⁹ Luego de concluido este trabajo, la Sala Constitucional continuó dictando nuevas sentencias que confirman el pronóstico formulado en el texto principal, esto es, la progresiva desnaturalización de las funciones constitucionales de la Asamblea Nacional, como consecuencia de un control judicial excesivo que ha incentivado la judicialización de la política en Venezuela. De esa manera, la Sala Constitucional (i) modificó el Reglamento Interior y de Debates de la Asamblea Nacional, imponiéndole normas internas de funcionamiento (sentencias 269/2016 y 473/2016) y (ii) prohibió toda actuación de la Asamblea Nacional en el ámbito de las relaciones internacionales del Estado (Sentencia 478/2016). De manera notable, la Sala Constitucional, en ejercicio del control previo de constitucionalidad de la ley establecido en la Constitución, ha declarado inconstitucionales cinco de las seis leyes dictadas a la fecha por la Asamblea Nacional. La relación de sentencias y leyes es la siguiente: (i) Sentencia 259/2016 de 31 de marzo, que declaró inconstitucional la Ley de Reforma Parcial del Decreto 2.179 con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Reforma Parcial de la Ley del Banco Central de Venezuela; (ii) Sentencia 264/2016 de 11 de abril, que declaró la inconstitucionalidad de la Ley de Amnistía y Reconciliación Nacional; (iii) Sentencia 341/2016 de 5 de mayo, por medio de la cual se declaró la inconstitucionalidad de la Ley de Reforma Parcial de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia; (iv) Sentencia 343/2016 de 6 de mayo, que declaró la inconstitucionalidad de la Ley de Otorgamiento de Títulos de Propiedad a Beneficiarios de la Gran Misión Vivienda Venezuela y otros Programas Habitacionales del Sector Público, y (v) Sentencia 460/2016 de 9 de junio, en la cual la ley especial para atender la crisis nacional de salud fue declarada inconstitucional. La única ley dictada por la Asamblea Nacional considerada conforme al texto de 1999 fue la ley de bono para alimentos y medicinas a pensionados y jubilados, la cual, sin embargo, fue declarada “inaplicable” por la Sala Constitucional (Sentencia 327/2016 de 28 de

El resultado ha sido la práctica eliminación de la distinción entre la política y la justicia, en el sentido que la Sala Constitucional, en “interpretaciones originales, autónomas y supremas” de la Constitución, asume decisiones únicas que reducen notablemente el debate y diálogo político, especialmente en el marco del ejercicio de las funciones constitucionales de la Asamblea Nacional. De ello deriva una notable contradicción no sólo con el Estado de derecho –por la concentración de funciones en cabeza de la Sala Constitucional– sino con la democracia constitucional, pues los efectos prácticos del resultado democrático de las elecciones del 6 de diciembre de 2015 se minimizan ante el exceso en las funciones de la Sala Constitucional.

Identificado el problema, el reto consiste en diseñar una solución adecuada que deje intactos los paradigmas a los cuales hemos hecho referencia. Es un punto en el que conviene insistir: la solución a la crisis de la justicia constitucional en Venezuela no puede consistir en abolir, sin más, todo control judicial sobre la constitucionalidad de los actos del poder público. El reto, por el contrario, consiste en repensar ese sistema, para asegurar que ese control judicial no degenere –como ha sucedido– en la judicialización de la política y la politización de la justicia constitucional.⁴⁰

Dentro de estas soluciones, y siguiendo la propuesta contenida en la citada Presentación del *Anuario 2015*, podemos enunciar las siguientes:

En primer lugar, es preciso abrir un debate sincero en Venezuela en torno a la conveniencia del modelo concentrado de control de la constitucionalidad. Así, los paradigmas citados justifican la existencia de mecanismos de control judicial de la Constitución, pero ello en modo alguno conduce, como modelo único, al control concentrado. Por el contrario, tales paradigmas pueden alcanzarse a través del control difuso, el cual presenta, cuando menos, dos ventajas desde la perspectiva venezolana: (i) distribuye el poder de control judicial de la Constitución en todos los jueces, evitando los riesgos de la concentración de ese control en un órgano especial, y (ii) obliga a que el control de la constitucionalidad se lleve a cabo en relación con casos concretos, evitando así “interpretaciones abstractas”.

En segundo lugar, dentro del modelo de control concentrado de la Constitución debe adoptarse el marco legislativo adecuado que acote dicho control. No existe así, en Venezuela, una ley especializada en materia de justicia constitucional, todo lo cual ha contribuido a los excesos comentados. Esa ley es necesaria, entre otros aspectos, para precisar el catálogo de competencias propias de la justicia constitucional y para diseñar un adecuado sistema de designación, rendición de cuentas y remoción de los magistrados de la Sala Constitucional.

En tercer lugar, es preciso repensar la relación entre la política y la justicia, y, con ello, repensar la teoría tradicional de la separación de poderes, así como el princi-

abril). Como consecuencia, ninguna de las leyes aprobadas por la Asamblea Nacional, a la fecha, ha entrado en vigencia.

⁴⁰ Algunas propuestas en este sentido han sido formuladas por Casal, *La justicia constitucional y las transformaciones del constitucionalismo*, op. cit., pp. 95 y ss.

pio del carácter normativo de la Constitución. Para ello, es necesario señalar que el principio de universalidad de control de los actos del poder público, en el marco del control concentrado de la constitucionalidad, no debe implicar que toda decisión política debe ser siempre y necesariamente objeto de control judicial integral, pues, en suma, ello desplaza el debate político de los escenarios democráticos adecuados –el Parlamento– a la decisión única, definitiva e irrevisable de la justicia constitucional.⁴¹ La deferencia al debate político en la sede del Parlamento, y el entendimiento de que el carácter normativo de la Constitución no se opone a la existencia de diversas y contrarias decisiones jurídicas con base en la evolución del debate democrático son premisas que deben articularse a los paradigmas comentados.

La Unión (Venezuela), 29 de marzo de 2016

Bibliografía

- AVELEDO, Ramón Guillermo, *Curso de derecho parlamentario*, Caracas, Universidad Católica Andrés Bello, 2013.
- AYALA CORAO, Carlos, “La justicia constitucional en Venezuela”, *Anuario iberoamericano de justicia constitucional*, núm. 1, 1997.
- BREWER-CARÍAS, Allan R., *Reflexiones sobre la revolución americana (1776) y la Revolución Francesa (1789) y sus aportes al constitucionalismo moderno*, Caracas, Editorial Jurídica Venezolana, 1992.
- _____, *Instituciones políticas y constitucionales, justicia constitucional*, t. VI, Caracas, Universidad Católica del Táchira-Editorial Jurídica Venezolana, 1996.
- _____, *El sistema de justicia constitucional en la Constitución de 1999*, Caracas, Editorial Jurídica Venezolana, 2000.
- _____, *Crónica sobre la “in”justicia constitucional. La Sala Constitucional y el autoritarismo en Venezuela*, Caracas, Editorial Jurídica Venezolana, 2007.
- _____, *Los inicios del proceso constituyente hispano y americano. Caracas 1811-Cádiz 1812*, Caracas, bid&co. Editor, 2011.
- _____, “Un nuevo golpe contra la voluntad popular y la Constitución”, 2015. Disponible en: www.allanbrewercarias.com.
- _____, “El ‘golpe judicial’ pírrico, o de cómo la oposición seguirá controlando la mayoría calificada de la Asamblea Nacional”, 2015. Disponible en: <https://www.uma.edu.ve/admini/ckfinder/userfiles/files/Brewer%20%20Golpe%20Judicial.pdf>.

⁴¹ Esto responde a un exceso en cuanto al carácter normativo de la Constitución. Que esta contenga normas jurídicas vinculantes no implica que toda decisión política siempre y necesariamente deba estar preconfigurada normativamente por la Constitución. Por el contrario, debe reconocerse que ella, como corresponde a Estados democráticos, permite la adopción de diversas y opuestas decisiones por la libre configuración del debate político.

- _____, “El ataque de la Sala Constitucional contra la Asamblea Nacional y su necesaria e ineludible reacción”, 2015. Disponible en: www.allanbrewercarias.com.
- CANOVA GONZÁLEZ, Antonio, *El modelo iberoamericano de justicia constitucional*, Caracas, Ediciones Paredes, 2012.
- _____ et al., *El TSJ al servicio de la revolución*, Caracas, Editorial Galipán, 2014.
- CASAL, Jesús María, “Los estados de excepción en la Constitución de 1999”, *Revista de Derecho Constitucional*, núm. 1, 1999, pp. 45-54.
- _____, *Constitución y justicia constitucional*, Caracas, Universidad Católica Andrés Bello, 2004.
- _____, “Algunos cometidos de la jurisdicción constitucional en la democracia”, en Winfried HASSEMER, Norbert LÖSING y Jesús María CASAL, *La jurisdicción constitucional, democracia y Estado de derecho*, Caracas, Universidad Católica Andrés Bello, 2005.
- _____, *La justicia constitucional y las transformaciones del constitucionalismo*, Caracas, Universidad Católica Andrés Bello-Fundación Konrad Adenauer, 2015.
- CHAVERO, Rafael, *La justicia revolucionaria*, Caracas, Editorial Aequitas, 2011.
- DUQUE CORREDOR, Román J., *Temario de derecho constitucional y derecho público*, Caracas, Legis, 2008.
- ESCUDERO LEÓN, Margarita, *El control judicial de la constitucionalidad sobre las ramas legislativas y ejecutivas del poder público*, Caracas, Universidad Central de Venezuela, 2005.
- FERNANDO SEGADO, Francisco, *La evolución de la justicia constitucional*, Madrid, Dykinson, 2013.
- FERRERES COMELLA, Víctor, *Justicia constitucional y democracia*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007.
- FIX ZAMUDIO, Héctor, “La justicia constitucional y la judicialización de la política”, en Eduardo García de Enterría (ed.), *Constitución y constitucionalismo hoy*, Caracas, Fundación Manuel García-Pelayo, 2000.
- GARRIDO ROVIRA, Juan, *El Congreso constituyente de Venezuela*, Caracas, Universidad Monteávila, 2010.
- GRUPO DE PROFESORES DE DERECHO PÚBLICO, “Comunicado ante la inconstitucional designación de magistrados del Tribunal Supremo de Justicia por la saliente Asamblea Nacional”, Centro de Estudios de Derecho Público de la Universidad Monteávila. Disponible en: <https://www.uma.edu.ve/admini/ckfinder/userfiles/files/Comunicado%20GPD%20UMA.pdf>.
- HARO, José Vicente, “La jurisdicción constitucional en la Constitución de 1999”, en Jesús María Casal y Alma Chacón (coords.), *El nuevo derecho constitucional venezolano*, Caracas, Universidad Católica Andrés Bello, 2002.
- HERNÁNDEZ G., José Ignacio, “El pensamiento constitucional de Juan Germán Roscio y Francisco Javier Yanes”, en Allan R. BREWER-CARÍAS (ed.), *Documentos constitucionales de la Independencia*, Caracas, Editorial Jurídica Venezolana, 2012.

- _____, “La Constitución de 1811 y la república liberal autocrática. Apuntes sobre las bases constitucionales del liberalismo criollo”, en Jesús María CASAL y María Gabriela CUEVAS (ed.), *Desafíos de la República en la Venezuela de hoy*, t. II, Caracas, Fundación Konrad Adenauer-Universidad Católica Andrés Bello, 2013.
- _____, “El abuso y el poder en Venezuela. Tercera y última parte: de cómo la Sala Constitucional, arbitrariamente, inadmitió los recursos contencioso-electorales relacionados con la elección del 14 de abril de 2013”, *Revista de Derecho Público*, núm. 135, 2013, pp. 35 y ss.
- LAGUNA NAVAS, Rubén, *La Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia: su rol como máxima y última intérprete de la Constitución*, Caracas, Universidad Central de Venezuela, 2005.
- LOUZA, Laura, *La revolución judicial en Venezuela*, Caracas, Funeda, 2011.
- POLANCO, Tomás, *Las formas jurídicas en la Independencia*, Caracas, Instituto de Estudios Políticos de la Facultad de Derecho de la Universidad Central de Venezuela, 1962.
- ROSCIO, Juan Germán, *El triunfo de la libertad sobre el despotismo*, Caracas, Biblioteca Ayacucho, 1996 [1817].
- RUBIO LORENTE, Francisco, *La Corte Constitucional italiana*, Caracas, Universidad Central de Venezuela, 1966.
- _____, *La forma del poder*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997.
- STEINER, Christian y Ginna RIVERA, “Presentación”, *Anuario de derecho constitucional latinoamericano 2015*, Bogotá, Fundación Konrad Adenauer, 2015.
- TOVAR TAMAYO, Orlando, *La jurisdicción constitucional*, Caracas, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, 1983.
- UROSA MAGGI, Daniela, *La Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia como legislador positivo*, Caracas, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, 2011.
- VAAMONDE, Gustavo, *Los novadores de Caracas*, Caracas, Academia Nacional de la Historia-Fundación Bancaribe, 2009.
- YANES, Francisco Javier, *Manual político del venezolano*, Caracas, Biblioteca de la Academia Nacional de la Historia, 1959 [1839].

VOLVER A LA TABLA DE CONTENIDO

Roric León Pilco* (Perú)

El precedente del Tribunal Constitucional y su eficacia frente al poder político: una mirada al caso peruano

RESUMEN

El presente trabajo tiene como propósito identificar las funciones del Congreso, del Poder Ejecutivo y del Tribunal Constitucional en la forma de gobierno del Perú y analizar cómo ha operado la sentencia del Tribunal –en particular aquella que coloca una norma jurisprudencial en el ordenamiento jurídico, denominado precedente constitucional– y desplegado sus efectos frente al Congreso y al Ejecutivo, y cómo han interactuado estos poderes, en una relación de tensión y colaboración para así entender los alcances del precedente y la eficacia de su valor normativo frente a dichos órganos.

Palabras clave: relación entre poderes, precedente constitucional, efecto consecuencial de la sentencia constitucional.

ABSTRACT

The purpose of this work is to identify the functions of the Congress, the Executive Branch and the Constitutional Court in Peru's form of government, and to analyze how the Court's decisions – in particular those that incorporate a jurisprudential standard, known as constitutional precedent, in the legal system – have operated and deployed effects with respect to the Congress and the Executive, and how these branches have interacted, in a relationship of tension and collaboration, in order to understand the scope of precedent and the effectiveness of its normative value with regard to said bodies.

* Doctor en Derecho Público de la Universidad de Bari “Aldo Moro” (Italia), especialista en Justicia Constitucional y Tutela Jurisdiccional de los Derechos de la Universidad de Pisa (Italia) y abogado de la Universidad Nacional San Agustín de Arequipa (Perú). roricleon@yahoo.es.

Keywords: relationship between powers, constitutional precedent, consequential effect of constitutional decisions.

ZUSAMMENFASSUNG

Der Beitrag untersucht die Funktionen des Kongresses, der Exekutive und des Verfassungsgerichts im peruanischen Regierungssystem. Dabei wird die Wirkungsweise von Gerichtsentscheidungen, insbesondere von verfassungsrechtlichen Präzedenzfällen, durch die von der Rechtsprechung geschaffene Normen in die Rechtsordnung eingeordnet wurden, analysiert. Dabei wird erläutert, welche Auswirkungen diese Gerichtsentscheidungen auf den Kongress und die Exekutive haben und wie sich diese Gewalten in einem von Spannungen und Zusammenarbeit geprägten Verhältnis verhalten haben, um so den Geltungsbereich des Präzedenzfalls und dessen normative Wirkung auf die genannten Organen verstehen zu können.

Schlagwörter: Verhältnis zwischen den Gewalten, verfassungsrechtlicher Präzedenzfall, Auswirkungen von Verfassungsgerichtsentscheidungen.

Introducción

Los derechos constitucionales son conquistas plasmadas en la Constitución, a fin de sustraerlos de la decisión de mayorías coyunturales. Estos derechos, como están igualmente reconocidos para todos, constituyen la esfera de lo indecible y actúan como factor de legitimación de las decisiones.¹ Por tanto, ninguna mayoría parlamentaria, ni siquiera por unanimidad, puede legítimamente decidir la privación de un derecho a la libertad o decidir la no satisfacción de un derecho social. Entonces, los derechos constitucionales son límites y vínculos al poder político.²

Sin embargo, su sólo reconocimiento en la Constitución no asegura su protección, pues para ello requiere garantías destinadas a garantizar su plena vigencia. Las garantías, según Ferrajoli, se dividen en primarias o sustanciales y en secundarias o jurisdiccionales. Las garantías primarias son las obligaciones (prestación) o prohibiciones (abstención) que se imponen a los órganos políticos del Estado con relación a los derechos subjetivos establecidos en la Constitución. En cambio, las garantías secundarias son las obligaciones que tienen los órganos judiciales de aplicar la sanción o declarar la nulidad de aquellos actos ilícitos, o actos no válidos que violan los derechos subjetivos y, por tanto, violan también las garantías primarias.³

¹ Luigi Ferrajoli, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, Madrid, Editorial Trotta, 5ª ed., 2006, pp. 23-24.

² *Idem*.

³ Luigi Ferrajoli, *Epistemología jurídica y garantismo*, México, Editorial Fontamara, 2006, p. 161.

Entonces, los derechos son garantizados típicamente, pero no exclusivamente en sede jurisdiccional, lo cual implica reconocer una estructura de poder dividido. La separación de poderes supone la creación de contrapoderes,⁴ a fin de garantizar mejor los derechos constitucionales. De hecho, históricamente, una de las garantías primarias de los derechos de libertad ha sido el principio de la división de poderes, el cual se consagró por primera vez en el artículo 16° de la Declaración de los Derechos del Hombre y el Ciudadano de 1789: “Una sociedad en la que la garantía de los derechos no está asegurada, ni la separación de poderes definida, no tiene Constitución”.

Esta garantía también se encuentra en la Constitución peruana de 1993, cuya estructura de poder se organiza bajo el principio de división de poderes. En ese sentido, el Congreso de la República, cuya función es legislar y fiscalizar a los demás órganos del Estado, se encuentra sujeto a la rigidez de la Constitución y al control político del Poder Ejecutivo, la ciudadanía (el referéndum) y al control jurídico del Poder Jurisdiccional. De igual modo, el Poder Ejecutivo, que tiene por función administrar la “*res pública*”, está subordinado a la ley y la Constitución, y es objeto de control político del Congreso y el control jurídico del Poder Judicial (contencioso-administrativo) y el Tribunal Constitucional (proceso constitucional). Entonces, los jueces tienen la función de controlar jurídicamente la actividad de los órganos del Estado y de aplicar las sanciones a los infractores o de declarar la nulidad de actos ilícitos o normas que violan los derechos reconocidos en la Constitución, restituyendo aquellos derechos conculcados.

En ese contexto, la sentencia es el acto mediante el cual los jueces se comunican con las partes en litigio y con la sociedad en su conjunto. Existen sentencias que no tienen mayor alcance que a las partes, pero también están las otras, como las constitucionales, cuyos alcances generan una confrontación con el poder político, como la que declara la invalidez de una ley (sentencia de inconstitucionalidad) o bien colocan una norma jurisprudencial en el ordenamiento jurídico (sentencia manipulativa/precedente vinculante), avivando una tensión entre los órganos políticos (Congreso y Ejecutivo) y el Tribunal Constitucional, ya que estos órganos tienen una distinta legitimación, democrático-popular los primeros, y axiológico-constitucional, el segundo, así como una diferente racionalidad, según el fin los primeros y según el valor el segundo. Sin embargo, no todo se decanta bajo este prisma de tensión, pues también existe una relación de colaboración entre ellos.

En ese sentido, el presente trabajo tiene como propósito describir algunas de las funciones y atribuciones del Congreso y del Poder Ejecutivo, y analizar cómo opera y despliega sus efectos la sentencia del Tribunal –en especial aquella que contiene el precedente constitucional– frente a dichos órganos, para así entender sus alcances y la eficacia de su valor normativo.

⁴ Riccardo Guastini, *Quindici lesioni di diritto costituzionale*, 2ª ed., Turín, G. Giappichelli Editore, 1992, pp. 167-182.

1. El Congreso de la República, el Poder Ejecutivo y el Tribunal Constitucional: una aproximación a sus funciones constitucionales

El Congreso de la República y el Poder Ejecutivo, dentro de la clásica división de poderes, son órganos políticos, cuyos titulares son designados democráticamente por elección popular, cada cinco años, para representar a la nación peruana y satisfacer sus derechos, necesidades e intereses vitales.

1.1. El Congreso de la República

Es un órgano unicameral, integrado por 130 congresistas; tiene autonomía política, normativa, económica y presupuestaria; y se organiza a través de comisiones: ordinarias, de investigación y especiales. Dentro de sus competencias está la producción legislativa, que consiste en la dación de leyes y resoluciones legislativas, así como la interpretación, modificación o derogación de las existentes, con alcance nacional. Cualquier materia puede ser regulada por la ley, a excepción de las reservadas a la ley orgánica y las que sean materia exclusiva de los gobiernos regionales o municipales. La ley es aprobada por el Pleno del Congreso (su máximo órgano deliberativo).⁵

La ley aprobada es remitida al Poder Ejecutivo para que su titular, el Presidente de la República, la promulgue. Si el Presidente no ejerce tal atribución en el plazo de 15 días hábiles, la promulga el Presidente del Congreso o el de la Comisión Permanente, en caso de que corresponda. Ahora, si el Presidente de la República, en lugar de no promulgar, decide observar la ley, en todo o en parte, regresa al Congreso para que sea evaluada en función de la observación presidencial, y es nuevamente sometida a votación con el fin de allanarse o insistir en el texto primigenio. En caso de ser aprobada, el texto legal primigenio por insistencia es promulgado por el Presidente del Congreso. La ley promulgada rige a partir del día siguiente de su publicación en el *Diario Oficial El Peruano*.

De otra parte, el Congreso tiene la atribución de elegir autoridades, entre ellas a los siete magistrados del Tribunal Constitucional, con el voto favorable de por lo menos dos tercios del número legal de sus miembros, y ratificar a aquellas propuestas por el Ejecutivo.⁶ También puede controlar políticamente al Ejecutivo, mediante el

⁵ La aprobación de la ley orgánica requiere una votación de más de la mitad del número legal de miembros del Congreso, mientras que la ley ordinaria o resolución legislativa que ratifique los tratados se aprueba con votación de la mayoría simple.

⁶ Le compete elegir a tres miembros del Banco Central de Reserva, así como ratificar a su presidente y al superintendente de banca, seguros y administradoras privadas de fondos de pensiones. De igual modo, le corresponde elegir al contralor de la República, defensor del pueblo, entre otros.

otorgamiento de confianza, interpelación y censura del Gabinete Ministerial designado por el Presidente de la República. Asimismo, le corresponde controlar la legislación emitida por el Poder Ejecutivo y fiscalizar a la Administración Pública mediante requerimiento de información y el levantamiento del secreto bancario y tributario, y de evaluar el levantamiento de la inmunidad mediante el antejuicio, y de procesar a través del juicio político a los altos funcionarios del Estado por infracción a la Constitución (*impeachment*), entre ellos al Presidente de la República y a los magistrados del Tribunal Constitucional.

1.2. El Poder Ejecutivo

Es un órgano político que tiene como titular al Presidente de República, el cual es elegido para representar a la nación peruana frente a otros Estados y organismos internacionales y administrar la *res pública*. El Presidente designa al presidente del Consejo de Ministros y, en coordinación con este, nombra a los demás miembros del Consejo de Ministros, quienes se encargan de administrar los diferentes sectores del Estado. Asimismo, en tanto jefe supremo de las Fuerzas Armadas y Policiales y alto funcionario de la administración pública, nombra al alto mando militar-policial y a la alta dirección del Estado, junto al ministro del sector.

Dentro de sus funciones está la legislativa, que se manifiesta mediante la reglamentación de las leyes; la emisión de decretos legislativos, previa autorización del Congreso; y, por último, la emisión de decretos de urgencia, con carácter excepcional y de emergencia, relativos a la materia económica y financiera del Estado.⁷ En cuanto a la actividad de control, tiene la atribución de promulgar la ley o bien manifestar su disconformidad a través de una o varias observaciones o, en su defecto, simplemente no manifestar ninguna acción con su contra, es decir, no promulgar ni observar.⁸

En ese sentido, la promulgación es una etapa sucesiva al proceso legislativo, cuyo objeto es dar eficacia a la ley y, a su vez, permitir al Ejecutivo ejercer control sobre la actividad legislativa del Congreso, pues sin el refrendo presidencial la ley no rige. Ahora bien, la ley puede ser observada (veto relativo) por cualquier motivo, ya que la Constitución no ha establecido causales. Por tanto, es amplia la discrecionalidad del titular del Ejecutivo para ejercer tal atribución. También tiene la facultad de

⁷ Conforme al inciso 19 del artículo 118.º de la Constitución, corresponde al Presidente de la República dictar medidas extraordinarias mediante decretos de urgencia con fuerza de ley, en materia económica y financiera, cuando así lo requiere el interés nacional con cargo de dar cuenta al Congreso. Este último puede modificar o derogar los referidos decretos de urgencia.

⁸ Fue el caso del Proyecto de Ley Sustitutorio 12952/2004-CR, que proponía modificar el artículo 47 del Código Penal, relativo al cómputo de la pena privativa de libertad sufrida, que ante la ausencia de pronunciamiento del Presidente de la República, regresó al Congreso. Entonces, la Ley 28568 fue promulgada por su presidente y publicada en el *Diario Oficial El Peruano*.

disolver el Congreso, cuando este órgano le niegue la confianza, sucesivamente, a dos gabinetes ministeriales.

En consecuencia, ambos órganos, en tanto tienen legitimidad directa de la población y potestades de control político, tienen un delicado equilibrio que mantener. De hecho, la estabilidad política del Estado depende de la coordinación y colaboración entre el Ejecutivo y Legislativo.

1.3. El Tribunal Constitucional

Es un órgano de garantía que no forma parte del Poder Judicial. Es autónomo e independiente de los demás órganos, pues únicamente está sometido a la Constitución y a su Ley Orgánica. Está conformado por siete magistrados elegidos por un período de cinco años.⁹ Su función es custodiar la supremacía de la Constitución y la vigencia de los derechos fundamentales. Tiene competencia para conocer: a) en instancia única, el proceso de inconstitucionalidad; b) los conflictos de competencia o de atribuciones; c) en última y definitiva instancia, las resoluciones denegatorias de *habeas corpus*, amparo, *habeas data* y cumplimiento; d) las quejas por denegatoria del recurso de agravio constitucional; y e) emitir precedentes vinculantes.

El proceso de inconstitucionalidad tiene por objeto preservar la supremacía de la Constitución frente a las infracciones de la norma legal. Se inicia ante el Tribunal Constitucional, con la presentación de la demanda por los sujetos legitimados por la Constitución.¹⁰ El control del Tribunal consiste en un juicio de compatibilidad abstracta entre dos fuentes de distinta jerarquía, a fin de depurar del ordenamiento aquellas normas o actos inconstitucionales. La sentencia estimativa es aprobada por el Pleno del Tribunal con cinco votos concurrentes, cuyo efecto es expulsar del ordenamiento jurídico la norma declarada inconstitucional. Esta sentencia es asimilable a la declaración de anulación,¹¹ mientras que la desestimativa mantiene la norma en el ordenamiento jurídico. Ahora bien, el Tribunal en su *praxis* ha incorporado la sentencia interpretativa y aquella otra denominada manipulativa. En la primera no anula la disposición en cuanto tal, sino sólo una de sus posibles interpretaciones. En cambio, en la segunda, el Tribunal no se limita a declarar la inconstitucionalidad de la norma, sino que además modifica su estructura con el fin

⁹ Los magistrados no son recusables; por ende, no pueden dejar de votar, debiendo hacerlo en favor o en contra, salvo que se abstengan de conocer un caso cuando tengan interés directo o indirecto, o por causal de decoro.

¹⁰ El Presidente de la República, defensor del pueblo, fiscal de la nación, presidente del gobierno regional, alcalde del gobierno local, colegios profesionales, 25% del número legal de congresistas, 5.000 ciudadanos.

¹¹ Roberto Bin y Giovanni Pitruzzella, *Diritto Costituzionale*, Turín, G. Giappichelli Editore, 2010, p. 456.

de armonizarla con la Constitución.¹² Las sentencias de este tipo son las reductoras,¹³ aditivas¹⁴ y sustitutivas.¹⁵

Independientemente de su tipología, la sentencia adquiere la calidad de cosa juzgada y rige a partir de su publicación en el *Diario Oficial*, deviniendo en vinculante en los términos expuestos en ella, con efectos *erga omnes*; por ende, entra en vigor la presunción de conocimiento (*ignorantia legis non excusat*) y la obligación del juez de aplicarla, sin necesidad de que las partes la invoquen o prueben su existencia (*iura novia curia*). Por tanto, la declaración de inconstitucionalidad impide a los operadores jurídicos aplicar la disposición legal invalidada en las resoluciones judiciales o actos administrativos.¹⁶

Por otro lado, los procesos constitucionales de *habeas corpus*, amparo, *habeas data* y cumplimiento tienen por objeto tutelar los derechos constitucionales frente a cualquier acto lesivo, emitido por el Estado o particulares. Son de conocimiento por el Poder Judicial y, en vía subsidiaria, por el Tribunal Constitucional, a través del recurso extraordinario de agravio constitucional, vale decir, sólo cuando el Poder Judicial ha desestimado la pretensión del agraviado¹⁷ en segunda instancia. El Tribunal, para resolver estos procesos, se organiza en dos salas de tres magistrados cada una, cuya sentencia se forma con tres votos. De existir discrepancia, se llama a dirimir al magistrado de la otra sala, del menos al más antiguo, incluso al presidente del Tribunal, hasta formar sentencia. Si la sentencia es estimativa, dispondrá la cesación de la amenaza o el restablecimiento del derecho vulnerado o el cumplimiento de un “acto debido”, mientras que si es desestimativa, se mantendrá *statu quo*. En cualquiera de los sentidos, la sentencia adquiere la autoridad de cosa juzgada con relación a las partes del proceso, en la medida en que esta se funda sobre el derecho de defensa, que impide que sus efectos incidan sobre aquellos que no participaron en el litigio. Sin embargo, en mérito al artículo VII del Título Preliminar del Código

¹² Riccardo Guastini, *Estudios de teoría constitucional*, México, Editorial Fontamara, 2001, p. 172.

¹³ La reductora expulsa solo una parte del texto legislativo impugnado, vale decir, aquellas frases y palabras contrarias a la Constitución.

¹⁴ La aditiva determina la existencia de una inconstitucionalidad por omisión legislativa, procediendo a “añadir” algo al texto incompleto, para transformarlo en plenamente constitucional.

¹⁵ La sustitutiva se compone de dos partes: una que demuele el contenido de la disposición impugnada, anulándola; y otra que lo reconstruye, a través de la cual el tribunal dota a la misma disposición de un contenido diferente, en línea con los principios constitucionales.

¹⁶ Código Procesal Constitucional, artículo 81, primer párrafo.

¹⁷ Significa que estos procesos constitucionales se inician ante el Poder Judicial, entidad que resolverá la demanda en doble instancia. De estimarse la demanda en sede judicial, la sentencia adquiere la calidad de cosa juzgada. En cambio, si la demanda es desestimada, vale decir declarada improcedente o infundada, el demandante puede recurrir, a través del recurso extraordinario de agravio constitucional, ante el Tribunal Constitucional, cuyo pronunciamiento será definitivo.

Procesal Constitucional, la sentencia puede contener un precedente constitucional, cuyos efectos son vinculantes *erga omnes*.

1.3.1. *El precedente constitucional*

Con el Código Procesal Constitucional se introdujo en el ordenamiento jurídico el precedente constitucional, entendido como aquella regla jurídica extraída de un caso concreto, que el Tribunal decide establecer como regla general; y que deviene en parámetro normativo para la resolución de futuros procesos de naturaleza homóloga.¹⁸ En ese sentido, el precedente no comprende todo el texto de la sentencia, sino aquella parte denominada *ratio decidendi*, de la cual se precisa la regla jurídica vinculante, a fin de que sea utilizada por los operadores jurídicos para resolver controversias de naturaleza homóloga.

El precedente tiene su origen en la tradición jurídica del *common law*, cuya regla del *stare decisis* expresa la vinculación para el juez de atenerse a lo que se ha establecido en la sentencia anterior, es decir, la vinculación del precedente. La vinculación puede ser vertical u horizontal. Es vertical, si las cortes inferiores se obligan a seguir las decisiones de la corte superior. Y es horizontal, si la misma corte se obliga a seguir sus propias decisiones. Esta regla, que no ha sido formalizada legislativamente, es fruto de una práctica consolidada de los tribunales. Sin embargo, el precedente constitucional, de cuna peruana, no nace de una práctica reiterada de los tribunales, sino por mandato legal, que establece la obligatoriedad jurídica del precedente y la delegación en el Tribunal Constitucional como único órgano autorizado a emitirlo.

Ahora bien, la aprobación del precedente constitucional es realizada por el Pleno del Tribunal, máxima instancia deliberativa; para su emisión se necesitan cuatro votos conformes, según la última modificación del artículo 10.º Reglamento Normativo del Tribunal, que data de 2015,¹⁹ toda vez que antes se requerían cinco votos. Los supuestos en los cuales el Pleno puede emitir un precedente vinculante han sido delineados por el propio Tribunal,²⁰ estableciendo que procede: a) cuando existan fallos contradictorios, b) cuando se está aplicando indebidamente una norma del bloque de constitucionalidad, c) cuando hay un vacío normativo, d) cuando caben varias posibilidades interpretativas y e) cuando es necesario cambiar de precedente.

En la doctrina y la jurisprudencia constitucional se ha resaltado que el precedente tiene, *prima facie*, los mismos efectos de una ley. Por tanto, los jueces del Poder Judicial no pueden recurrir al principio de independencia (Constitución, art. 139.º, inc. 2) para apartarse, siendo el Tribunal Constitucional el único autorizado

¹⁸ Sentencia 0024-2003-AI/TC.

¹⁹ Modificado por la Resolución Administrativa 138-2015-P/TC, publicada en el *Diario Oficial El Peruano*, 14 de octubre de 2015.

²⁰ Sentencia 0024-2003-AI/TC.

a hacerlo (*overruling*).²¹ Si bien los jueces pueden discrepar de su contenido en una *obiter dicta*, igual lo tienen que aplicar, en aras de preservar la coherencia interna del ordenamiento constitucional.²² Bajo ese contexto, el precedente constitucional tiene un doble efecto en el ámbito judicial: a) efecto negativo, en tanto que no puede ser cambiado ni dejado sin efecto por otra sentencia del Poder Judicial, y b) fuerza positiva, en la medida en que sirve de parámetro para resolver casos homólogos.

Asimismo, se ha afirmado que al tener efectos *erga omnes*, cualquier ciudadano podría invocar el precedente ante cualquier autoridad²³ sin tener que recurrir previamente ante los tribunales. Sin embargo, cabe preguntarse si el precedente vincula a los órganos políticos. Dicho en otros términos: ¿La norma puesta por los jueces constitucionales vincula o limita la discrecionalidad del legislador? Antes de responder esta pregunta, veamos cómo se relaciona el Tribunal Constitucional con el Congreso y el Ejecutivo y cómo ha operado el precedente y desplegado sus efectos frente a dichos órganos, para así entender sus alcances y la eficacia de su valor normativo.

2. Las relaciones del Tribunal Constitucional con el poder político: el efecto consecuencial del precedente constitucional

El primer punto de encuentro entre el Tribunal Constitucional y el Congreso de la República es en la elección de los magistrados. Los candidatos son seleccionados por una comisión especial y elegidos como magistrados del Tribunal por el Pleno del Congreso, con el voto favorable de por lo menos dos tercios del número legal de congresistas;²⁴ por ende, la elección tiene una connotación política, pues es

²¹ Sentencia 0006-2006-CC/TC, fundamento 44.

²² César Landa Arroyo, "Tribunal Constitucional y Poder Judicial: una perspectiva del derecho procesal constitucional", *Parlamento y Constitución. Anuario*, núm. 9, 2005, pp. 15-16. Disponible en: http://www.law.ufl.edu/_pdf/academics/centers/cgr/7th_conference/Tribunal_Const_y_Poder_Judicial.pdf; Edwin Figueroa Gutarra, "Precedentes vinculantes: ¿consolidación normativa o restricciones a las facultades interpretativas de los jueces?", *Gaceta Constitucional*, núm. 45, septiembre de 2011, pp. 281-307. Disponible en: <https://edwinfigueroa.wordpress.com/q-precedentes-vinculantes/>; Juan Carlos Ruiz Molleda, "¿Cómo sancionar a los jueces que no acatan los precedentes vinculantes?", *Justicia Viva*, 24 de enero de 2008. Disponible en: http://www.justiciaviva.org.pe/noticias/2008/enero/24/como_sansionar.htm; Pedro Grández Castro, "Las 'peculiaridades' del precedente constitucional en el Perú", en Pedro Grández y Edgar Carpio Marcos (coords.), *Estudios al precedente constitucional*, Lima, Palestra Editores, 2007.

²³ Sentencia 03741-2004-AA/TC, fundamento 49.

²⁴ Para profundizar sobre la elección de los magistrados del Tribunal Constitucional peruano, ver César Landa Arroyo, *Estatuto del juez constitucional en el Perú*, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Biblioteca Jurídica Virtual, 2012, pp. 575-581. Disponible en: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/7/3166/58.pdf>.

fruto de una negociación entre las fuerzas políticas para alcanzar la votación necesaria que concrete la elección de los magistrados. Sin embargo, esto no implica que le deban, en el momento de juzgar los actos o normas, una consideración al órgano elector, pues tienen el deber de ingratitud,²⁵ una vez que asumen el cargo de magistrados del Tribunal Constitucional, ya que su única función es garantizar la supremacía de la Constitución y la vigencia de los derechos fundamentales.

El segundo punto de contacto entre el órgano de garantía y el poder político es en la actuación de las sentencias constitucionales. En efecto, tanto el Congreso como el Poder Ejecutivo en sus diferentes relaciones actúan y emiten diferentes actos –incluidas normas legales–, los cuales pueden incidir en la esfera jurídica de los ciudadanos, y algunos resultar lesivos de aquellos derechos que la Constitución garantiza. Dichas normas o actos estatales pueden ser objeto de control constitucional por parte del Poder Judicial y el Tribunal Constitucional, en vía de control difuso en un proceso constitucional, o en vía de control concentrado o abstracto a través de un proceso de inconstitucionalidad. Tal control tiene por objeto salvaguardar la vigencia de los derechos fundamentales y la rigidez de la Constitución, vale decir, la supremacía de la Constitución frente a la actividad legislativa del órgano legislativo.

La actividad de control y tutela del Tribunal Constitucional se manifiesta a través de su sentencia, cuyos efectos inciden con diferentes intensidades en el ordenamiento jurídico, sobre todo aquellas sentencias estimativas de inconstitucionalidad, mediante las cuales se expulsa del ordenamiento jurídico la norma declarada inconstitucional o se otorga un sentido interpretativo o reconstructivo a la estructura del texto legislativo, en aras de salvar su constitucionalidad, a través de las sentencias denominadas interpretativas/manipulativas, o bien se establece una norma jurisprudencial con efectos *erga omnes* en un precedente constitucional. En el primer tipo de sentencia, el Tribunal Constitucional funge de legislador negativo, tal como lo concibió Kelsen, pero en las demás deja ver la ambigüedad de su rol, en la medida en que se evidencia la débil demarcación que existe entre la jurisdicción y la legislación.

La introducción de una norma jurisprudencial con efectos *erga omnes* puede encender la tensión entre los órganos de carácter político y el órgano de garantía. En efecto, los órganos políticos pueden considerar la intervención del Tribunal como una invasión o interferencia en su competencia y reaccionar frente a ello, ya sea anulando la norma jurisprudencial o bien completando o rehaciendo lo hecho por el Tribunal. Sin embargo, también puede suceder que se queden tranquilos con la intervención jurisdiccional, es decir que no sometan a revisión la norma introducida por el juez constitucional, debido a que la solución escogida es la única idónea para asegurar un cuerpo normativo coherente con el parámetro constitucional. Dicho

²⁵ Oscar Urviola Hani, “El deber de ingratitud”, *Revista Peruana de Derecho Constitucional, Descentralización: Retos y perspectivas*, núm. 7, Lima, Centro de Estudios Constitucionales, 2014, p. 193.

esto, veamos cómo han reaccionado el Congreso de la República y el Poder Ejecutivo frente al precedente constitucional emitido por el Tribunal Constitucional.

2.1. El Congreso de la República anula el precedente constitucional: la prevalencia de la discrecionalidad política

El Congreso de la República aprobó el Código Procesal Constitucional,²⁶ a fin de garantizar la vigencia de los derechos fundamentales y la supremacía de la Constitución. Con el Código se introdujo el precedente constitucional²⁷ y también se establecieron aspectos no justiciables en la vía constitucional. Así, en el artículo 5, inciso 8), se dispuso: “No proceden los procesos constitucionales cuando: [...] a) Se cuestionen las resoluciones del Jurado Nacional de Elecciones en materia electoral, salvo cuando no sean de naturaleza jurisdiccional o cuando siendo jurisdiccionales violen la tutela procesal efectiva”.

Esta regulación desarrollaba los artículos 142²⁸ y 181²⁹ de la Constitución, que establecen que las resoluciones del Jurado Nacional de Elecciones (JNE) en materia electoral no son revisables. En la doctrina nacional, Abanto Torres³⁰ señalaba que la Constitución establecía zonas exentas de control judicial, asumiendo que determinados actos constituyen “causas no justiciables”. De hecho, en un inicio, el Tribunal Constitucional compartió dicho criterio. En la Sentencia 1230-2002-HC/TC señaló: “En un Estado Constitucional de Derecho no existen (ni pueden auspiciarse) zonas exentas de control constitucional, más allá de aquellas que la propia Constitución pueda haber establecido con carácter excepcional”.³¹

Sin embargo, posteriormente, el Tribunal Constitucional cambió de postura en las sentencias 2366-2003-AA/TC de fecha 6 de abril de 2004 (Espino) y 0252-2004-AA/TC (Laguerre Gallardo), al referir:

²⁶ Aprobado por Ley 28237.

²⁷ Código Procesal Constitucional, Título Preliminar, artículo VII.

²⁸ El artículo 142 de la Constitución prescribe: “No son revisables en sede judicial las resoluciones del Jurado Nacional de Elecciones en materia electoral, ni las del Consejo Nacional de la Magistratura en materia de evaluación y ratificación de jueces”.

²⁹ El artículo 181 de la Constitución establece: “El Pleno del Jurado Nacional de Elecciones aprecia los hechos con criterio de conciencia. Resuelve con arreglo a ley y a los principios generales de derecho. En materias electorales, de referéndum o de otro tipo de consultas populares, sus resoluciones son dictadas en instancia final, definitiva, y no son revisables. Contra ellas no procede recurso alguno”.

³⁰ Jaime David Abanto Torres, “Posibilidad de control de las resoluciones del Jurado Nacional de Elecciones”, *Derecho y Cambio Social*, año 6, núm. 18, 2009. Disponible en: <http://www.derechocambiosocial.com/revista018/control%20de%20resoluciones%20del%20JNE.htm>.

³¹ Sentencia 1230-2002-HC/TC, fundamento 5, *Caso Tineo Cabrera*.

[A]un cuando de los artículos 142° y 181° de la Norma Fundamental, se desprende que en materia electoral no cabe revisión judicial de las resoluciones emitidas por el Jurado Nacional de Elecciones, y que tal organismo representa la última instancia en tal asunto, dicho criterio sólo puede considerarse como válido en tanto y en cuanto se trate de funciones ejercidas en forma debida o, lo que es lo mismo, compatibles con el cuadro de valores materiales reconocido por la misma Constitución.

Esto es que las resoluciones del JNE están exentas de control constitucional, siempre y cuando no lesionen derechos o principios constitucionales.

Esta interpretación alarmó al JNE, pues consideraba que el Tribunal Constitucional se estaba erigiendo en contralor y revisor de sus decisiones, asumiendo una competencia que no le correspondía, ya que la Constitución había establecido que sus decisiones no son revisables judicialmente. En consecuencia, pidió al Congreso su intervención a través de la emisión de una ley que estableciera límites a la actuación del Tribunal Constitucional en materia electoral, pues, de lo contrario, se corría el riesgo de que se paralizaran u obstruyeran las elecciones políticas, por acción del Poder Judicial y/o el Tribunal Constitucional, siendo estos órganos, y no el ente electoral, los que dirimirían en última instancia una controversia electoral.

En ese contexto, en el seno de la Comisión de Constitución del Congreso se planteó la modificación del artículo 5, inciso 8), del Código Procesal Constitucional para limitar la actuación del Tribunal Constitucional, lo cual generó un intenso debate entre las fuerzas políticas, que produjo dos dictámenes: uno en mayoría a favor de la reforma y otro en minoría, en contra. Mientras se discutían los referidos dictámenes en el interior del Congreso, se tramitaba en el Tribunal Constitucional una demanda de amparo interpuesta por Pedro Andrés Lizana Puelles en contra del JNE para declarar la nulidad de la Resolución 315-2004-JNE, de 17 de noviembre de 2004 –que dispuso su vacancia en el cargo de alcalde por nepotismo–, por supuestamente vulnerar el debido proceso.

La demanda del exalcalde Lizana Puelles, tramitada en el Expediente 5854-2005-PA/TC,³² fue declarada infundada por el Tribunal Constitucional, al considerar que la decisión del JNE no vulneraba ningún derecho constitucional, y aprovechó el caso para reafirmar una vez más que la interpretación literal y aislada de los artículos 142° y 181° de la Constitución resultaba inconstitucional, al limitar su rol de garante de los derechos. Y, a fin de apaciguar el temor del JNE y de los candidatos políticos de que el procedimiento electoral se paralizara por las demandas de amparo o fuera proclamado por un órgano distinto al electoral, el Tribunal Constitucional estableció lo siguiente como precedente constitucional: “[E]n ningún caso la interposición de una demanda de amparo contra el JNE suspende el calendario electoral, el cual

³² Tribunal Constitucional, Expediente 5854-2005-PA/TC. Disponible en: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/05854-2005-AA.html>.

sigue su curso inexorable. Toda afectación de los derechos fundamentales en que incurra el JNE, devendrá en irreparable cada vez que precluya cada una de las etapas del proceso electoral o en que la voluntad popular, a la que hace alusión el artículo 176° de la Constitución, haya sido manifestada en las urnas”.

No obstante, en paralelo, en el recinto del Congreso de la República, en el Pleno de la 16.ª Sesión (Matinal) del día jueves 3 de noviembre de 2005,³³ los dictámenes eran sometidos a debate. El Presidente de la Comisión de Constitución, Flores-Araoz, sustentaba el dictamen en mayoría del proyecto de ley que planteaba la modificación del artículo 5, inciso 8), del Código Procesal Constitucional, manifestando: “Queremos que las resoluciones del Jurado sean finales, para que puedan ser oportunas. Para ello agregamos en la propuesta que quien transgreda esta norma del Código Procesal Constitucional será responsable de sus efectos [...]. El tema es que hemos preferido la norma y la literalidad de la Constitución a cualquier otra elucubración de los tratadistas, por más respetable que sea. Preferimos la Constitución y su literalidad”.

Por su parte, el congresista Natale Amprimo sustentó el dictamen en minoría, invocando el precedente del Tribunal Constitucional y la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), a fin de salvaguardar el derecho de ciudadano de acceder a la jurisdicción constitucional para controlar la actuación del ente electoral, a través del proceso de amparo, alegando:

[A]cá no se puede decir: “Yo interpreto literalmente”, sino que se tiene que seguir una interpretación acorde al texto constitucional. Dicho sea de paso, es la interpretación última a la cual se debe recurrir en el derecho. Tampoco se puede decir: “Yo no conozco ni me interesa lo que la Corte Interamericana ha dicho”, porque estamos obligados a lo que la Corte diga, y porque la propia Constitución nos remite a los convenios de la Corte. Es la propia Constitución la que lo hace, no una norma aislada, tirada al costado.

Luego de la exposición de los ponentes, los congresistas de las diferentes tiendas políticas expresaron su posición, incluso uno de ellos planteó otra propuesta para que los amparos contra resoluciones del JNE fueran conocidos en primera instancia por la Corte Suprema y, luego, mediante un recurso extraordinario, por el Tribunal Constitucional. En el debate rondaba el temor de que los procesos electorales para elección de las autoridades del Estado (Presidente de la República, parlamentarios nacionales y autoridades regionales y locales) fueran paralizados o decididos por una autoridad distinta a la del Jurado Nacional de Elecciones.

Al finalizar el debate, los dictámenes fueron sometidos a votación y fue aprobado el dictamen en mayoría, que fue ratificado en la 20.ª Sesión (Matinal) del 1 de diciembre de 2005. Así, se consumó la modificación del artículo 5.º, numeral 8), del Código Procesal Constitucional, y en la ley aprobada se estableció que no procedían

³³ Acta de la Primera Legislatura Ordinaria de 2005, t. II, *Diario de los Debates*, 1265.

los procesos constitucionales contra las resoluciones del Jurado Nacional de Elecciones, bajo responsabilidad. La Ley 28642 fue promulgada por el Presidente de la República y publicada en *Diario Oficial*. Esto significó cerrar la puerta de la jurisdicción constitucional para cuestionar las resoluciones del JNE, y dejar sin efecto el precedente contenido en la Sentencia 5854-2005-PA/TC.

Esta situación generó la crítica de algunos juristas, que se pronunciaron en contra de la Ley 28642, lo que motivó que el Colegio de Abogados del Callao planteara una demanda de inconstitucionalidad contra la referida ley ante el Tribunal Constitucional, alegando la vulneración del derecho al acceso a la justicia. El Tribunal admitió a trámite la demanda y, luego de escuchar los argumentos del Congreso y el colegio profesional, invocando la Convención Americana³⁴ y la jurisprudencia de la Corte IDH,³⁵ emitió sentencia estimativa, declarando inconstitucional la Ley 28642, por impedir el ejercicio y la defensa de los derechos en el ámbito del JNE a través del proceso de amparo, regulado en el artículo 200.2º de la Constitución. Asimismo, en dicha sentencia, el Tribunal resucitó el precedente constitucional, contenido en la Sentencia 5854-2005-PA/TC, que había sido dejado sin efecto por la ley declarada inconstitucional.

El Congreso de la República no se pronunció en contra de la referida sentencia, con lo cual se impuso la interpretación del Tribunal Constitucional sobre la voluntad de la mayoría parlamentaria de ese entonces. De este modo, a través de una sentencia constitucional se ha habilitado a los ciudadanos peruanos a cuestionar las resoluciones del Jurado Nacional de Elecciones ante el Poder Judicial, a través del proceso de amparo y, subsidiariamente, ante el Tribunal Constitucional, vía el recurso de agravio constitucional, en caso de que sean amenazados o afectados sus derechos fundamentales en materia electoral.

2.2. El Tribunal Constitucional anula su propio precedente: deferencia frente al legislador

El Código Procesal Constitucional, en su artículo 18.º, desarrolla el artículo 202, inciso 2), de la Constitución, estableciendo: “Contra la resolución de segundo grado que declara infundada o improcedente la demanda, procede recurso de agravio constitucional ante el Tribunal Constitucional, dentro del plazo de diez días contados desde el día siguiente de notificada la resolución. Concedido el recurso, el Presidente de la Sala remite al Tribunal Constitucional el expediente dentro del plazo máximo de tres días, más el término de la distancia, bajo responsabilidad”.

³⁴ Convención Americana, artículo 8.1, 25.

³⁵ Corte IDH, *Caso Yatama vs. Nicaragua*, Sentencia de 23 de junio de 2005, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, párrafos 174, 175 y 176; *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*; *Caso Fairén Garbí y Solís Corrales vs. Honduras*; y *Caso Godínez Cruz vs. Honduras*.

Esto significa que el proceso constitucional de *habeas corpus*, amparo, *habeas data* y cumplimiento se inicia en el Poder Judicial y puede finalizar en dicha sede y adquirir la calidad de cosa juzgada, si es que la sentencia es estimativa, es decir, favorable al agraviado. Sin embargo, si la sentencia judicial es desestimativa, vale decir, declarada improcedente o infundada la demanda, el agraviado puede recurrir ante el Tribunal Constitucional, a través del recurso de agravio constitucional, en cuya instancia se resuelve la controversia de modo definitivo.

Esta interpretación que era pacífica en la doctrina y la jurisprudencia nacional, fue reinterpretada por el Tribunal Constitucional en el precedente vinculante, contenido en la Sentencia 4853-2004-PA/TC del 19 de abril de 2007,³⁶ estableciendo que la decisión “denegatoria” en segundo grado, prevista en el inciso 2) del artículo 202.º de la Constitución, no debía entenderse sólo en su dimensión subjetiva, esto es, referida sólo a la pretensión del agraviado, puesto que una decisión estimatoria que desconocía los precedentes vinculantes también resultaba *denegatoria de tutela constitucional*, ya que viola el orden constitucional y, como tal, debía ser controlada por el propio Tribunal a través del recurso de agravio constitucional. Así, el Tribunal pretorianamente creó el “recurso extraordinario de agravio constitucional a favor del precedente”.

A partir de dicha interpretación, el recurso de agravio constitucional no sólo servía para cuestionar una resolución desestimativa (improcedente o infundada) del Poder Judicial, sino también la sentencia estimativa que contravenía un precedente del Tribunal Constitucional, desdibujando así la competencia asignada por el inciso 2) del artículo 202.º de la Constitución, pues la adquisición de la calidad de cosa juzgada de la sentencia judicial ya no residía en la configuración legal, sino que estaba librada al criterio del Tribunal Constitucional, toda vez que el referido precedente habilitaba para conocer las sentencias estimativas a favor del agraviado, vale decir que el supuesto agresor podía recurrir al Tribunal Constitucional.

Este precedente fue objeto de aplicación y desaplicación en un proceso de *habeas corpus* que llegó a conocimiento del Tribunal Constitucional, pero cuyo antecedente se encuentra en una sentencia de la Corte IDH. En efecto, en el año 2000, la Corte Interamericana determinó la responsabilidad internacional del Estado peruano por la matanza producida en el establecimiento penal de El Frontón, los días 18 y 19 de junio de 1986,³⁷ cuando se encontraba como Presidente de la República Alan García Pérez. La Corte dispuso que el Estado efectuara una investigación sobre los hechos ocurridos en dicho establecimiento penal e individualizara a los responsables de la muerte de Norberto Durand Vargas y Gabriel Ugarte Rivera y otros. El Ministerio

³⁶ Los magistrados que suscribieron la sentencia que contiene el precedente vinculante son: Landa Arroyo, Gonzales Ojeda, Alva Orlandini, Bardelli Lartirigoyen, García Toma y Vergara Gotelli.

³⁷ Se pueden encontrar más detalles del *Caso El Frontón* en Instituto de Defensa Legal, *Ideemail*, núm. 590, 17 de diciembre de 2008. Disponible en: <http://www.justiciaviva.org.pe/nuevos/2008/diciembre/18/ideemail.pdf>.

Público, en atención al mandato de la Corte IDH, luego de llevar a cabo una investigación, decidió denunciar penalmente a Bernabé Montoya, junto a otros militares de la Marina de Guerra del Perú, como autor del delito de asesinato en agravio de Durand-Ugarte.

El señor Bernabé Montoya, al considerar que la actuación del Ministerio Público amenazaba su derecho a la libertad personal, interpuso una demanda de *habeas corpus*, pues alegaba que el delito por el que se le había investigado y se le acusaba en el fuero penal ya había prescrito, tesis que fue aceptada por la Tercera Sala Penal de Reos Libres de Lima, que declaró fundada su demanda y dispuso que se tuviera por no presentada la denuncia de la Fiscalía Penal en su contra. Sin embargo, el Instituto de Defensa Legal (IDL), que intervenía en dicho proceso como *amicus curiae*, consideraba que los sucesos ocurridos en El Frontón eran delitos de lesa humanidad, por ende imprescriptibles, razón por la cual recurrieron ante el Tribunal Constitucional, vía recurso de agravio constitucional, pero, al negarse la Tercera Sala Penal de Reos Libres de Lima a admitir a trámite dicho recurso, interpusieron un recurso de queja para que el Tribunal Constitucional se pronunciara sobre la procedencia del agravio constitucional, así como la imprescriptibilidad del delito imputado.

El 27 de junio de 2008, el Tribunal Constitucional, bajo la presidencia de César Landa, declaró fundada la queja y admitió a trámite el recurso de agravio constitucional, sobre la base del precedente contenido en la Sentencia 4853-2004-PA/TC. Sin embargo, ante la eventual repercusión del fallo, el Tribunal, con una nueva composición, el 15 de diciembre de 2008, publicó la sentencia recaída en el Expediente 03173-2008-HC, con cuatro votos a favor³⁸ y tres en contra.³⁹ Mediante dicha sentencia se dispuso dejar sin efecto el referido precedente, al considerarlo inconstitucional,⁴⁰ y declaró nula la admisión del recurso de queja e improcedente el recurso de agravio constitucional, sin pronunciarse sobre el fondo,⁴¹ con el argumento de que el IDL carecía de legitimidad, ya que inicialmente participó como *amicus curiae* ante la

³⁸ Los magistrados que suscribieron la sentencia son: Vergara Gotelli, Mesía Ramírez, Calle Hayen, Álvarez Miranda.

³⁹ Los magistrados que emitieron un voto singular son: Beaumont Callirgos, Eto Cruz y Landa Arroyo.

⁴⁰ El TC señaló que el precedente no cumplió con los requisitos para su emisión: a) en la praxis judicial no existían interpretaciones contradictorias o divergentes del inciso 2) del artículo 202.º de la Constitución, ni del artículo 18.º del Código Procesal Constitucional; b) no sirvió para aclarar alguna interpretación errónea o corregir una indebida aplicación de alguna norma del bloque de constitucionalidad por parte de los operadores jurisdiccionales o administrativos; c) no existía ningún vacío legislativo, ya que tanto la Constitución como el propio Código Procesal Constitucional tienen contemplados de manera precisa los casos en los que es posible interponer un recurso de agravio constitucional; y, por último, d) tampoco se estableció el precedente con la finalidad de cambiar otro preexistente.

⁴¹ El Tribunal Constitucional señaló que era “innecesario analizar el fondo de la cuestión controvertida por cuanto la justicia constitucional debe guardar un justo equilibrio entre la protección de los derechos fundamentales y la seguridad jurídica y equidad procesal que aseguran la estabilidad y confiabilidad de los procesos constitucionales”.

Tercera Sala Penal con Reos Libres, y no como parte procesal, vicio que afectaba el proceso judicial.

En la medida en que la referida sentencia no contaba con cinco votos concurrentes para anular el precedente constitucional, el Tribunal Constitucional con un nuevo presidente, debido a la renuncia de César Landa, tuvo que emitir la Sentencia 03908-2007-AA de 11 de febrero de 2009⁴² (precedente nulificante), con cinco votos a favor⁴³ y dos en contra.⁴⁴ Así, concretó la nulidad del referido precedente, con el argumento que el anterior Colegiado trató de imponer una posición doctrinaria sobre el significado de la expresión “resoluciones denegatorias” para asumir una competencia, vía recurso de agravio constitucional, que no le correspondía, pues el constituyente y el legislador ordinario habían establecido que dicha expresión sólo comprendía a las resoluciones denegatorias de segundo grado, y no a las estimatorias, siendo el proceso de amparo el mecanismo idóneo para controlar si una sentencia de segundo grado ha sido emitida en contravención de un precedente vinculante.

La interpretación adoptada por el nuevo colegiado del Tribunal Constitucional y la renuncia de Landa Arroyo generaron una serie de especulaciones sobre la influencia política en tales decisiones,⁴⁵ mientras que en el ámbito de la doctrina nacional se encendió el debate sobre la postura adoptada por la nueva composición del Tribunal respecto al precedente.⁴⁶ Sin embargo, más allá de todo ello, esta actuación judicial implicó, por un lado, una deferencia al legislador constituyente y ordinario, al respetar las competencias delineadas por la Constitución entre el Poder Judicial y el Tribunal Constitucional y, por otro, una autocrítica a su propia actuación y un repliegue en el activismo judicial que venía marcando desde su recomposición en el año 2001-2002,⁴⁷ tras la caída del régimen de Fujimori y el restablecimiento de la democracia.

⁴² Ver texto de la sentencia. Disponible en: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2009/03908-2007-AA.html>.

⁴³ Los magistrados que suscribieron la sentencia son: Vergara Gotelli, Mesía Ramírez, Calle Hayen, Eto Cruz y Álvarez Miranda.

⁴⁴ Los magistrados que emitieron un voto singular son: Landa Arroyo y Beaumont Callirgos.

⁴⁵ Ver “Renovado TC revisará Caso El Frontón dentro de veinte días”, *La República*, 11 de julio de 2008. Disponible en: <http://larepublica.pe/11-07-2008/renovado-tc-revisara-caso-el-fronton-dentro-de-veinte-dias>. También, Landa Arroyo, *Estatuto del juez constitucional en el Perú*, op. cit., p. 594.

⁴⁶ Ver Pedro Grández Castro, “El precedente a la deriva. Diálogo con un crítico del Tribunal Constitucional”, *Gaceta Constitucional*, núm. 19; Luis Castillo Córdova, “Hacia la consolidación del sistema de precedentes constitucionales en el Perú”, *Gaceta Constitucional*, núm. 20, pp. 105-124; “¿Será que el Tribunal Constitucional ha empezado a tomarse en serio su deber de autolimitación? Reflexiones en torno al caso El Frontón”, *Gaceta Constitucional*, núm. 13, enero de 2009, pp. 75-89; “El adiós al precedente vinculante a favor del precedente”, *Gaceta Constitucional*, núm. 17, mayo de 2009, pp. 95-109.

⁴⁷ Para profundizar, ver César Delgado-Guembes, “El sentido, la designación, y la actividad hipertróficos del Tribunal Constitucional peruano”, 50+ *Uno Revista Chilena de Derecho*

En efecto, el presidente del Tribunal Constitucional, Vergara Gotelli, que reemplazó a Landa Arroyo en el cargo, en su discurso de inauguración del año judicial 2009, señaló:

[T]eniendo como origen la necesidad de otorgarle un mínimo de orden constitucional a las actuaciones de los órganos públicos o privados, reconozco que el Tribunal se ha excedido a veces en su celo por concretarlo [...] lo que podría llevarlo peligrosamente a afirmar que está en condiciones de hacer lo que le viene en gana, lo que además a un sector del pueblo le ha permitido usar despectivamente contra nosotros la expresión “metiches”. Por eso tenemos que autolimitarnos,⁴⁸

con lo cual se justificaba la postura adoptada en el caso El Frontón y dejaba, a su vez, en el limbo la prescriptibilidad de los delitos cometidos en dicho establecimiento penitenciario, catalogados como de lesa humanidad por la justicia supranacional.

2.3. El Congreso de la República colabora con la eficacia del precedente constitucional

En los casos mencionados se describió la tensión entre el Congreso de la República y el Tribunal Constitucional y, luego, la autorrestricción de este último con relación al primero. Ahora, veamos actos de colaboración del Congreso con relación a la eficacia del precedente frente a la administración pública.

En el año 1994, el Poder Ejecutivo expidió dos normas con el fin de reajustar los ingresos de los servidores activos y cesantes de la administración pública. Por un lado, emitió el Decreto Supremo 019-94-PCM y, por otro, el Decreto de Urgencia 037-94. En la aplicación de estos dispositivos legales hubo divergencias interpretativas en la administración pública y en la judicatura ordinaria, de las cuales también fue preso el propio Tribunal Constitucional, que emitió sentencias contradictorias,⁴⁹ lo cual generó confusión tanto en los operadores jurídicos como en los justiciables.

Parlamentario, núm 3, 2014, pp. 16-17. Disponible en: <http://www4.congreso.gob.pe/DGP/CCEP/bibliotecavirtual/Art%C3%ADculos/Ao07-SENTIDO-DESIGNACION-ACTIVIDAD-HIPERTROFICOS-TRIBUNAL-CONSTITUCIONAL-PERUANO.pdf>

⁴⁸ Ver Discurso del Presidente del Tribunal Constitucional. Disponible en: http://www.tc.gob.pe/notas_prensa/discurso_presidente.html.

⁴⁹ En un inicio, el Tribunal Constitucional, en la Sentencia 3654-2004-AA/TC consideró que el Decreto de Urgencia 037-94 no podía ser aplicado a ningún servidor administrativo activo o cesante que percibiera el aumento señalado en el Decreto Supremo 019-94-PCM. Posteriormente, en la Sentencia 3149-2003-AA/TC estimó que sólo debían ser favorecidos con el Decreto de Urgencia 037-94 aquellos servidores que hubieran alcanzado el nivel directivo o jefatural de la escala 11 del Decreto Supremo 051-91-PCM, puesto que esta era la condición de la propia norma para no colisionar con la bonificación dispuesta por el Decreto Supremo 019-94-PCM. Luego, el Tribunal, en la Sentencia 3542-2004-AA/TC estableció que debido a que los montos de la bonificación del Decreto de Urgencia 037-94 son superiores a los fijados

A fin de terminar con esta divergencia interpretativa, el Tribunal Constitucional emitió el precedente vinculante contenido en la Sentencia 2616-2004-AC/TC del 12 de septiembre de 2005, para fijar un único criterio que facilitara la aplicación del Decreto de Urgencia 037-94, a favor de sus beneficiarios. Sin embargo, la administración pública fue reacia a aplicar los criterios interpretativos establecidos en el referido precedente. De hecho, el Ministerio de Economía y Finanzas (MEF), mediante el Oficio 304-2009-EF/10, del 6 de abril de 2009, dispuso que los titulares de los pliegos eran responsables del cumplimiento de la normatividad vigente, al expedir las resoluciones que reconozcan derechos a los beneficiarios del Decreto de Urgencia 037-94, y debían contar con sentencia judicial con cosa juzgada.

El comunicado del MEF, en la práctica, orientaba a la administración pública a no aplicar de modo inmediato el precedente del Tribunal Constitucional y a no reconocer derechos a los trabajadores y pensionistas de modo directo, sino a través de una sentencia del Poder Judicial, dilatando así el reconocimiento de sus derechos remunerativos y pensionarios. Es en ese contexto donde el Congreso de la República, a través de la Comisión de Seguridad Social, gestó el Proyecto de Ley 1998-2007-CR, con el fin de que a los trabajadores y pensionistas que cumplan con los requisitos previstos en el Decreto de Urgencia 037-94 se les pague la bonificación dispuesta en la referida norma, sin que sea necesaria una sentencia judicial en calidad de cosa juzgada.

En la 10.^a A Sesión (Matinal) del 12 de mayo de 2011 de la Segunda Legislatura Ordinaria de 2010, el presidente de la Comisión sustentó el proyecto de ley, invocando la sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente 2616-2004-AC/TC y su efecto vinculante, lo cual fue complementado por otro congresista que recordó lo siguiente:

En julio de 1994 se otorgó una bonificación a determinados trabajadores del sector público, pero la administración pública se niega a cumplirla con el argumento de que se requiere un procedimiento judicial con característica de cosa juzgada; es decir, en vez de cumplir la ley, vuelcan al trabajador a un engorroso procedimiento judicial que muchas veces es más caro que los beneficios que se les otorga por el Decreto de Urgencia N.º 037-94. Este absurdo fue ya decidido por el Tribunal Constitucional y lo que va a realizar el Congreso es hacer justicia y respetar el Estado constitucional de derecho.

El proyecto de ley, luego de una breve discusión entre los congresistas, fue aprobado por amplia mayoría y remitido al Ejecutivo para su promulgación y publicación en el *Diario Oficial*. Así, con la Ley 29702, el Congreso elevó a rango legal los crite-

por el Decreto Supremo 019-94-PCM, correspondía que fuera la bonificación mayor y más beneficiosa la que se otorgara a todos los servidores públicos, incluyendo a aquellos que venían percibiendo la bonificación del Decreto Supremo 019-94-PCM y disponiendo al efecto que se procediera a descontar el monto otorgado por la norma mencionada.

rios interpretativos de la Sentencia 2616-2004-AC/TC, a fin de vencer la resistencia de la administración pública, pues se obligó a los funcionarios públicos a utilizar el precedente como parámetro normativo para la resolución de las pretensiones de los trabajadores, relativas a la aplicación del Decreto de Urgencia 037-94, siendo innecesario recurrir al fuero judicial para tal efecto. De este modo, el Congreso con su intervención coadyuvó a la eficacia inmediata del precedente constitucional.

2.4. El diálogo entre el Ejecutivo y el Congreso sobre el precedente constitucional en la configuración de la ley

Se han analizado hasta el momento las situaciones de tensión y colaboración entre el Tribunal Constitucional y el órgano legislativo. Ahora, veamos cómo un precedente originó un diálogo entre el Presidente de la República y el Congreso, respecto a la configuración de una ley que pretendía regular los medios de prueba para acreditar los años de aportación al Sistema Nacional de Pensiones, a fin de obtener una pensión.

La Seguridad Social en el Perú se manifiesta en la coexistencia de dos sistemas encargados de proveer pensiones a los ciudadanos, y que atendiendo a la entidad que administra el fondo de pensiones, se clasifica en pública y privada. En el primer caso, el Estado se encarga de la gestión y administración a través de la Oficina de Normalización Provisional y del Ministerio de Economía y Finanzas, mientras que en el sistema privado, las administradoras de fondos de pensiones son las empresas autorizadas para gestionar los fondos que se generan y otorgar las pensiones respectivas. El sector público de pensiones está conformado por tres regímenes: el Sistema Nacional de Pensiones (Decreto Ley 19990), el Régimen de Pensiones y Compensaciones por Servicios Civiles prestados al Estado no comprendidos en el Decreto Ley 19990 (Decreto Ley 20530) y el Régimen de las Fuerzas Armadas y Policiales (Decreto Ley 19846).

El régimen del Decreto Ley 19990, vigente desde 1973, en su artículo 70.º consideró el tiempo laborado como período de aportación para el otorgamiento de una pensión, aun cuando el empleador no hubiese efectuado el pago de los aportes al Sistema Nacional de Pensiones. Sin embargo, este criterio legal fue modificado en el año 2007, a través de la Ley 28991 - Ley de Libre Desafiliación Informada, Pensión Mínima y Complementaria, y Régimen Especial de Jubilación Anticipada, que suprimió la referencia a la contabilización de los aportes aun cuando el empleador no hubiese efectuado su pago, con lo cual debía acreditarse la efectividad del aporte para el otorgamiento de la pensión.

En uno de los procesos judiciales que llegó a conocimiento del Tribunal Constitucional, en el que se cuestionaba a la Oficina de Normalización Previsional (ONP), por la invocación de la Ley 28991 para denegar una pensión, el Tribunal fijó su posición en un precedente constitucional, contenido en la Sentencia 4762-2007-PA/TC del 22 de septiembre de 2008, señalando: “[L]a modificación del artículo 70 del Decreto

Ley 19990 en nada afecta la responsabilidad de los empleadores por la retención y el pago de las aportaciones al Sistema Nacional de Pensiones, [...]. En consecuencia, en todos los casos en que se hubiera probado adecuadamente la relación de trabajo, deberá equipararse el período de labores como período de aportaciones efectivas al Sistema Nacional de Pensiones”.⁵⁰

No obstante la interpretación esbozada por el órgano jurisdiccional, la ONP seguía requiriendo a los trabajadores acreditar el pago efectivo del aporte para el otorgamiento de la pensión. Esta situación motivó que en el interior de la Comisión de Seguridad Social del Congreso se gestara un proyecto de ley, con el fin de modificar la Ley 28991, pues, a criterio de algunos congresistas, la referida norma era abusiva al trasladar la carga de la prueba del pago de los aportes al trabajador, cuando dicha carga es responsabilidad del empleador, por lo que el proyecto de ley pretendía restablecer el criterio originario, a fin de no dilatar el otorgamiento de las pensiones a los jubilados.

Luego de un arduo debate, el proyecto de ley fue aprobado en la Primera Legislatura Ordinaria de 2010 (8.ª Sesión Vespertina, miércoles 13 de octubre de 2010), y la autógrafa de ley fue remitida al Presidente de la República para su promulgación. Sin embargo, mediante Oficio 241-2010-DP/SCM de 8 de noviembre de 2010, el Presidente observó (vetó) la ley aprobada por el Congreso, alegando que no guardaba concordancia con el precedente vinculante, contenido en la Sentencia 04762-2007-PA/TC, respecto a la obligación de retención y pago de aportes, y con relación a los medios de prueba.

En cuanto a los aportes señaló: “[U]na interpretación *contrario sensu* del artículo 70 contenido en la autógrafa de ley, podría llevar a la conclusión que en los supuestos en que no hubiera retención del aporte no se consideraría el período laborado, lo que dista de la interpretación dada por el Tribunal Constitucional y lo que actualmente viene aplicando la ONP”. Respecto a los medios de prueba, manifestó: “[E]l citado texto introducido por la autógrafa de ley no resulta conveniente, y por ende, no se encuentra acorde con la sentencia recaída en el Expediente N° 04762-2007-PA/TC –que tiene el carácter de precedente vinculante– en la que se señala que la valoración de los medios probatorios debe ser conjunta y razonable, por lo que los certificados de trabajo por sí solos no constituyen prueba plena para probar el vínculo laboral”.

Con dichas observaciones, la autógrafa de ley fue devuelta al Congreso para su reconsideración, y fue derivada a la Comisión de Seguridad Social para su discusión, a fin de que esta se allanara o insistiera en el texto del proyecto de ley. La Comisión, a través de su presidente, se allanó parcialmente a la observación presidencial, por lo que sustentó la insistencia del proyecto de ley en la Segunda Legislatura Ordinaria 2010 (Sesión B Matinal de miércoles 8 de junio de 2011), alegando “que la autógrafa aprobada no hace sino legislar conforme a lo que el máximo intérprete de la Constitución ha resuelto como precedente vinculante”.

⁵⁰ Sentencia 4762-2007-PA/TC, fundamentos 16 y 19.

Respecto a la primera observación, manifestó: “[E]n la medida que la observación tiende a proteger al beneficiario de la ley de interpretaciones maliciosas o antojadizas nos allanamos a dicha observación modificando el texto del párrafo aludido”. Con relación a la segunda observación, indicó: “La comisión solo ha copiado los requisitos que la sentencia enumera como suficientes para aprobar los años de servicios del aspirante a una pensión, es decir, del propio texto de la sentencia. No puede deducirse que ella vaya más allá de sus propios límites incorporando la necesidad de que los requisitos se cumplan de manera conjunta”.

Al finalizar su intervención planteó ante el Pleno que se votara por la insistencia de la ley, en la medida en que la Comisión no estaba de acuerdo con la segunda observación. La propuesta con la modificación correspondiente fue aprobada por amplia mayoría, venciendo el veto presidencial, y fue promulgada la Ley 29711 por el Presidente del Congreso.⁵¹ Así, la referida ley repuso a la legislación pensionaria el criterio por el cual la sola comprobación del período de labores es suficiente para considerar dicho lapso como aportado al Sistema Nacional de Pensiones, aun cuando el empleador no haya transferido el aporte retenido del trabajador al fondo, criterio que no varió en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, pese al cambio legislativo comentado.

Sin embargo, el caso relatado no deja de develar que el precedente sirvió de base o insumo al Congreso de la República para legislar en materia pensionaria, y al Poder Ejecutivo de argumento o razón para confrontar al Congreso, a través de la observación presidencial, en una dinámica de pesos y contrapesos. Si bien el precedente es el punto de contacto en el diálogo interinstitucional sobre la regulación del Sistema Nacional de Pensiones, también constituye un parámetro en función del cual se trata de configurar la ley con base en la interpretación que cada uno tiene del precedente.

3. Reflexiones finales

La sentencia constitucional en general, y aquella que contiene un precedente en particular, no es un acto procesal que agota el proceso constitucional, sino que también constituye un instrumento con el cual el Tribunal Constitucional se comunica de modo horizontal con los demás poderes del Estado (Ejecutivo, Legislativo y JNE), y verticalmente con la sociedad y la opinión pública en su conjunto.

⁵¹ El texto de la referida Ley señala: “Corresponde al empleador cumplir con efectuar la retención y el pago correspondiente por concepto de aportaciones al Sistema Nacional de Pensiones (SNP) de sus trabajadores. Sin embargo, es suficiente que el trabajador pruebe adecuadamente su período de labores para considerar dicho lapso como período de aportaciones efectivas al SNP. De la misma forma, las aportaciones retenidas que no hayan sido pagadas al SNP por el empleador son consideradas por la Oficina de Normalización Previsional (ONP) en el cómputo del total de años de aportación, independientemente de las acciones que realice la ONP para el cobro de las mismas, conforme a ley”.

En efecto, es a partir de la sentencia que, en muchas ocasiones, se inicia un proceso de deliberación entre los poderes del Estado y la sociedad, sobre diversos temas que atañen a la marcha del Estado y los derechos de las personas, pues en la sentencia se encuentra sentada la posición del Tribunal respecto al contenido esencial de los derechos constitucionales; la delimitación de las competencias de los poderes y órganos constitucionales; y, sobre todo, la salvaguarda de los intentos de violación de los derechos de las personas.

En ese sentido, la configuración jurisprudencial de la forma de gobierno y protección de los derechos fundamentales será intensa o no en función del equilibrio de poderes que se presente en el interior del Estado, pues las decisiones del Tribunal Constitucional no sólo tienen un componente jurídico, sino también político. Como bien ha recordado Leibholz,⁵² “bajo cada litigio constitucional se esconde una cuestión política susceptible de convertirse en un problema de poder”. De igual modo, César Landa ha señalado que “las sentencias constitucionales tienen, en determinadas circunstancias, un extraordinario impacto en el juego político del Estado y la nación”.⁵³

En ese escenario, la introducción de una norma jurisprudencial con efectos *erga omnes*, a través del precedente, deja ver la ambigüedad del rol del Tribunal Constitucional, pues evidencia la débil demarcación que existiría entre jurisdicción y legislación, lo cual puede alentar la tensión entre los órganos de carácter político y el órgano de garantía, ya que el primero puede reaccionar ante la intervención del segundo, completando o perfeccionando (caso Decreto de Urgencia 037-94 y Sistema Nacional de Pensiones), o incluso anulando o rehaciendo lo hecho por el órgano jurisdiccional (caso Jurado Nacional de Elecciones), toda vez que no existe una disposición normativa que obligue al legislador a legislar conforme a la sentencia constitucional, y no la hay porque el órgano legislativo, bajo el esquema del principio de división de poderes, goza de autonomía en la configuración de la ley.

Entonces, el precedente constitucional, más que vincular, lo que hace en realidad es condicionar, aunque no siempre, la discrecionalidad del órgano legislativo. La discrecionalidad del legislador será más o menos condicionada en función de la razonabilidad de la fórmula preceptiva contenida en el precedente. Será mayor, si la norma introducida por el Tribunal Constitucional es considerada constitucionalmente necesaria y compatible con el marco constitucional, por lo que no resultaría aconsejable removerla o modificarla. En cambio, será menor o nula, si del precedente no se desprende una única solución, en cuyo caso el legislador puede optar por cualquiera que sea conforme a la Constitución.

Por lo tanto, el precedente no vincula al legislador en igual modo que al juez; pensar lo contrario sería negar la realidad y asumir una postura que subvierte la

⁵² Citado en César Landa Arroyo, *Organización y funcionamiento del Tribunal Constitucional. Entre el derecho y la política*, Lima, Palestra Editores, 2011, p. 44.

⁵³ *Idem*.

estructura de poder que la Constitución ha instaurado en el interior del Estado, ya que se estaría alentando una prevalencia del órgano-tribunal y del acto-sentencia en relación con el legislador ordinario, resquebrajando así el equilibrio institucional que la Constitución propugna mediante los principios de división, colaboración⁵⁴ y recíproco control de poderes, tan necesario para garantizar la vigencia de los derechos fundamentales y la dialéctica del diálogo democrático entre los poderes del Estado y la opinión pública.

Bibliografía

- ABANTO TORRES, Jaime David, *Posibilidad de control de las resoluciones del Jurado Nacional de Elecciones*. Disponible en: <http://www.derechoycambiosocial.com/revista018/control%20de%20resoluciones%20del%20JNE.htm>.
- BIN, Roberto y Giovanni PITRUZZELLA, *Diritto Costituzionale*, Turín, G. Giappichelli Editore, 2010.
- CASTILLO CÓRDOVA, Luis, “¿Será que el Tribunal Constitucional ha empezado a tomarse en serio su deber de autolimitación? Reflexiones en torno al caso El Frontón”, *Gaceta Constitucional*, núm. 13, enero de 2009.
- _____, “El adiós al precedente vinculante a favor del precedente”, *Gaceta Constitucional*, núm. 17, mayo de 2009.
- _____, “Hacia la consolidación del sistema de precedentes constitucionales en el Perú”, *Gaceta Constitucional*, núm. 20, 2009.
- CORTE IDH, *Caso Fairén Garbí y Solís Corrales vs. Honduras*, Sentencia de 26 de junio de 1987, Excepciones Preliminares.
- _____, *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*, Sentencia de 29 de julio de 1988, Fondo.
- _____, *Caso Godínez Cruz vs. Honduras*, Sentencia de 20 de enero de 1989, Fondo.
- _____, *Caso Yatama vs. Nicaragua*, Sentencia de 23 de junio de 2005, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas.
- Discurso del Presidente del Tribunal Constitucional. Disponible en: http://www.tc.gob.pe/notas_prensa/discurso_presidente.html.
- DELGADO-GUEMBES, César, El sentido, la designación, y la actividad hipertróficos del Tribunal Constitucional peruano, *50+Uno Revista Chilena de Derecho Parlamentario*, núm 3, 2014, pp. 16-17. Disponible en: <http://www4.congreso.gob.pe/DGP/CCEP/bibliotecavirtual/Art%C3%ADculos/A007-SENTIDO-DESIGNACION-ACTIVIDAD-HIPERTROFICOS-TRIBUNAL-CONSTITUCIONAL-PERUANO.pdf>.

⁵⁴ La referencia al principio de colaboración se puede encontrar en las sentencias del Tribunal Constitucional 006-2006-CC, fundamento 15, y 0005-2007-AI, fundamento 22.

- FERRAJOLI, Luigi, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, 5ª ed., Madrid, Editorial Trotta, 2006.
- _____, *Epistemología jurídica y garantismo*, Editorial Fontamara, 2006.
- FIGUEROA GUTARRA, Edwin, “Precedentes vinculantes: ¿consolidación normativa o restricciones a las facultades interpretativas de los jueces?”, *Gaceta Constitucional*, núm. 45, septiembre de 2011, pp. 281-307. Disponible en: <https://edwinfigueroag.wordpress.com/q-precedentes-vinculantes/>.
- GUASTINI, Riccardo, *Quindici lezioni di diritto costituzionale*, 2ª ed., Turín, G. Giappichelli Editore, 1992.
- _____, *Estudios de teoría constitucional*, México, Editorial Fontamara, 2001.
- GRÁNDEZ CASTRO, Pedro, “Las ‘peculiaridades’ del precedente constitucional en el Perú”, en Pedro GRÁNDEZ y Edgar CARPIO MARCOS (coords.), *Estudios al precedente constitucional*, Lima, Palestra Editores, 2007.
- _____, “El precedente a la deriva. Diálogo con un crítico del Tribunal Constitucional”, *Gaceta Constitucional*, núm. 19, 2009.
- INSTITUTO DE DEFENSA LEGAL, Carlos RIVERA PAZ, Juan Carlos RUIZ MOLLEDA, “La vergonzosa sentencia en el caso de El Frontón. El TC se lavó las manos”, *Ideemail*, núm. 590, 17 de diciembre de 2009. Disponible en: <http://www.justiciaviva.org.pe/nuevos/2008/diciembre/18/ideemail.pdf>.
- LANDA ARROYO, César, “Tribunal Constitucional y Poder Judicial: una perspectiva del Derecho Procesal Constitucional”, *Parlamento y Constitución. Anuario*, núm. 9, 2005, pp. 9-32. Disponible en: http://www.law.ufl.edu/_pdf/academics/centers/cgr/7th_conference/Tribunal_Const_y_Poder_Judicial.pdf.
- _____, *Organización y funcionamiento del Tribunal Constitucional. Entre el derecho y la política*, Lima, Palestra Editores, 2011.
- _____, *Estatuto del juez constitucional en el Perú*, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Biblioteca Jurídica Virtual, 2012. Disponible en: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/7/3166/58.pdf>.
- LEÓN PILCO, Roric, “El control preventivo y sucesivo de constitucionalidad en el ordenamiento jurídico peruano: una actividad complementaria entre el presidente de la república y el tribunal constitucional”, *Revista Jurídica - CCJ*, vol. 19, núm. 38, 2015, pp. 97-122. Disponible en: <http://proxy.furb.br/ojs/index.php/juridica/article/view/4878>.
- “Renovado TC revisará Caso El Frontón dentro de veinte días”, *La República*, 11 de julio de 2008. Disponible en: <http://larepublica.pe/11-07-2008/renovado-tc-revisara-caso-el-fronton-dentro-de-veinte-dias>.
- RUIZ MOLLEDA, Juan Carlos, “¿Cómo sancionar a los jueces que no acatan los precedentes vinculantes?”, *Justicia Viva*, 24 de enero de 2008. Disponible en: http://www.justiciaviva.org.pe/noticias/2008/enero/24/como_sansionar.htm.
- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, Sentencia 1230-2002-HC.
- _____, Sentencia 3149-2003-AA.
- _____, Sentencia 2616-2004-AC

_____, Sentencia 3542-2004-AA.

_____, Sentencia 3654-2004-AA.

_____, Sentencia 4853-2004-PA.

_____, Sentencia 4762-2007-PA.

_____, Sentencia 5854-2005-AA.

_____, Sentencia 0006-2006-CC.

_____, Sentencia 0005-2007-AI.

_____, Sentencia 3908-2007-AA.

URVIOLA HANI, Oscar, “El deber de ingratitud”, *Revista Peruana de Derecho Constitucional, Descentralización: Retos y perspectivas*, núm. 7, Lima, Centro de Estudios Constitucionales, 2014.

VOLVER A LA TABLA DE CONTENIDO

Allan R. Brewer-Carías* (Venezuela)

El juez constitucional en Venezuela contra la representación popular: la eliminación de la potestad de autotutela de la Asamblea Nacional sobre sus propios actos

RESUMEN

Este trabajo estudia el conflicto constitucional entre la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia y la Asamblea Nacional, desarrollado durante el primer semestre de 2016, en el que la primera ha cercenado a la segunda sus poderes de control político sobre el Gobierno y la administración y, en particular, su poder de autotutela sobre sus propios actos considerados inconstitucionales, especialmente, el "nombramiento" de magistrados del Tribunal Supremo.

Palabras clave: jurisdicción constitucional, poderes; Asamblea Nacional, poderes; interpretación constitucional, recurso.

ZUSAMMENFASSUNG

Der Beitrag befasst sich mit dem Verfassungskonflikt zwischen dem Verfassungssenat des Obersten Gerichts und der Nationalversammlung im ersten Halbjahr 2016. In dessen Verlauf hat der Verfassungssenat die Kontrollrechte der Nationalversammlung zur Kontrolle der Regierung und der Verwaltung, insbesondere aber auch die Befugnisse zur Eigenaufsicht über die eigenen als verfassungswidrig bewerteten Entscheidungen, wie die „Ernennung“ von Verfassungsrichtern, beschränkt.

Schlagwörter: Verfassungsgerichtsbarkeit, Gewalten, Nationalversammlung, Verfassungsinterpretation, Klage.

* Profesor emérito de la Universidad Central de Venezuela. www.allanbrewercarias.com; allan@brewercarias.com.

ABSTRACT

The purpose of this work is to study the constitutional conflict that developed between the Constitutional Chamber of the Supreme Tribunal of Justice and the National Assembly during the first half of 2016, in which the Constitutional Chamber curtailed the Assembly's powers of political control over the government and the administration and, in particular, its power of self-review (autotutela) of its own decisions deemed unconstitutional, particularly the "appointment" of Supreme Tribunal magistrates.

Keywords: Constitutional Jurisdiction, Powers, National Assembly, Constitutional Interpretation, Legal Recourse.

1. La elección popular de segundo grado de los altos titulares de los poderes públicos

Conforme a la Constitución venezolana de 1999, el sistema democrático está montado sobre diversos medios de participación política, el primero de los cuales es "la elección de cargos públicos" (art. 70), que responde al principio de la democracia representativa. Mediante este se garantiza el ejercicio de la soberanía "indirectamente" a través del sufragio, por los órganos que ejercen el poder público (art. 5), integrados por representantes electos (art. 62), en unos casos, de manera directa en votaciones libres, universales, directas y secretas (art. 63); y en otros, indirecta, de segundo grado, en votaciones efectuadas por una mayoría calificada de diputados de la Asamblea Nacional.

La *elección popular directa* de representantes está establecida, primero, para la elección mediante "votación universal, directa y secreta" del titular del Poder Ejecutivo, es decir, del Presidente de la República (art. 228); y, segundo, respecto de la elección de los diputados a la Asamblea Nacional, que ejerce el Poder Legislativo, mediante "votación universal, directa, personificada y secreta con representación proporcional" (art. 186).

En cuanto a la *elección popular indirecta* establecida en la Constitución, que es de *segundo grado*, está prevista respecto de los titulares de los otros órganos del poder público en Venezuela (distintos de los que conforman el Poder Ejecutivo y el Poder Legislativo), es decir, *primero*, del Poder Judicial, referido a los magistrados del Tribunal Supremo de Justicia (arts. 264, 265); *segundo*, del Poder Ciudadano, es decir del Contralor General de la República, del Fiscal General de la República y del Defensor del Pueblo (art. 279); y *tercero*, del Poder Electoral, es decir de los rectores del Consejo Nacional Electoral (art. 296). Dicha elección popular corresponde única y exclusivamente a una mayoría calificada de los diputados a la Asamblea Nacional, que en esos casos no actúa como cuerpo legislador sino como "cuerpo elector" o "cuerpo electoral" de segundo grado.

En estos casos de elección popular indirecta, la Constitución venezolana buscó asegurar una máxima representatividad democrática al exigir el voto de una mayoría

calificada de las 2/3 partes de los diputados para la elección; y, a la vez, una máxima participación ciudadana, al requerir que los candidatos a los poderes públicos a ser electos por la Asamblea Nacional actuando como cuerpo elector, solo pueden ser postulados o nominados por sendos “comités de postulaciones”, que constitucionalmente pueden estar integrados, única y exclusivamente, “por representantes de los diversos sectores de la sociedad” (Comité de Postulaciones Judiciales, art. 270; Comité de Evaluación de Postulaciones del Poder Ciudadano, art. 279; y Comité de Postulaciones Electorales, art. 295).

Todo ello implica que así como nadie que no haya sido electo Presidente de la República o diputado a la Asamblea Nacional mediante votación popular universal, directa y secreta puede legítimamente ostentar la titularidad de dichos cargos, nadie que no haya sido electo por votación popular indirecta por la mayoría calificada de diputados con la participación ciudadana en la forma establecida en la Constitución puede ejercer legítimamente en Venezuela el cargo de rector del Consejo Nacional Electoral, de Contralor General de la República, de Fiscal General de la República, de Defensor del Pueblo y de magistrado del Tribunal Supremo de Justicia.

Estas normas y principios sobre la legitimidad democrática de la elección popular indirecta, sin embargo, desde 2000 han sido sistemáticamente ignorados y violados en la práctica política y legislativa venezolanas, al haberse integrado los comités de postulaciones para la nominación de los candidatos, por una mayoría de diputados, los cuales por esencia no son “representantes” de los diversos sectores de la sociedad civil, que es lo que exige la Constitución.¹ Ello se estableció así inconstitucionalmente en la Ley Especial para la Designación de los Titulares de los Poderes Públicos de 2000,² y se repitió en las leyes orgánicas del Poder Electoral,³ del Poder Ciudadano⁴ y del Tribunal Supremo de Justicia sancionadas a partir de 2004, donde quedaron configurados dichos comités como simples “comisiones parlamentarias ampliadas”, totalmente controladas por la entonces fracción mayoritaria oficialista de la Asamblea Nacional. La consecuencia ha sido que todas las elecciones o designaciones de los titulares de los poderes Electoral, Ciudadano y Judicial durante los últimos 15 años hasta diciembre de 2015 fueron hechas sin que se hubiese respetado la garantía

¹ Ver los comentarios sobre la inconstitucional práctica legislativa reguladora de los comités de postulaciones integrados, cada uno, con una mayoría de diputados, convirtiéndolos en simples “comisiones parlamentarias ampliadas” (Allan R. Brewer-Carías, “La participación ciudadana en la designación de los titulares de los órganos no electos de los poderes públicos en Venezuela y sus vicisitudes políticas”, *Revista Iberoamericana de Derecho Público y Administrativo*, año 5, núm. 5, 2005, pp. 76-95).

² *Gaceta Oficial*, núm. 37.077, 14 de noviembre de 2000. La impugnación por inconstitucional de dicha Ley en 2000, hay que recordarlo, le costó el cargo a la primera defensora del pueblo que había elegido la Asamblea Constituyente en 1999.

³ *Gaceta Oficial*, núm. 37.573, 19 de noviembre de 2002.

⁴ *Gaceta Oficial*, núm. 37.310, 25 de octubre de 2001.

constitucional de la participación ciudadana mediante unos comités de postulaciones integrados únicamente por representantes de los diversos sectores de la sociedad.

Adicionalmente, en cuanto a la misma legitimidad democrática de la elección popular indirecta, la exigencia constitucional de la máxima representatividad democrática para la elección, al requerirse una mayoría calificada de votos de las 2/3 partes de los diputados, también ha sido sistemáticamente violada.

Ello ocurrió, en primer lugar, mediante la “designación”, en 2014 y en 2015, de los magistrados del Tribunal Supremo de Justicia, del Contralor General de la República, del Fiscal General de la República y del Defensor del Pueblo, por una simple mayoría de votos de los diputados de la Asamblea Nacional (actuando como órgano legislativo), usurpando el carácter de cuerpo electoral de segundo grado que sólo puede ejercer una mayoría calificada de las 2/3 partes de los diputados.⁵ Y, en segundo lugar, mediante la “designación” de los miembros del Consejo Nacional Electoral, tanto en 2004⁶ como en 2014,⁷ por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo, usurpando el carácter de cuerpo electoral que solo pueden tener los diputados de la Asamblea Nacional mediante el voto de las 2/3 partes de los mismos.

En esta forma, durante los últimos 16 años, en Venezuela se han violado sistemáticamente las previsiones constitucionales establecidas para garantizar la elección popular democrática y participativa de segundo grado de los titulares de los poderes públicos Electoral, Ciudadano y Judicial. De ello ha resultado su conformación con titulares totalmente controlados por el poder político que ejerció el gobierno hasta enero de 2016 mediante el control partidista de una mayoría simple de diputados

⁵ Ver Allan R. Brewer-Carías, “El golpe de Estado dado en diciembre de 2014 en Venezuela con la inconstitucional designación de las altas autoridades del poder público”, *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm. 52, 2015, pp. 18-33; José Ignacio Hernández, “La designación del poder ciudadano: fraude a la Constitución en 6 actos”, *Prodavinci*, 22 de diciembre de 2014. Disponible en: <http://prodavinci.com/blogs/la-designacion-del-poder-ciudadano-fraude-a-la-constitucion-en-6-actos-por-jose-i-hernandez/>.

⁶ Ver Sala Constitucional del Tribunal Supremo, Sentencia 2073 de 4 de agosto de 2003, *Caso Hermann Escarrá Malaver y otros*. Disponible en: <http://historico.tsj.gov.ve/decisiones/scon/agosto/2073-040803-03-1254%20Y%201308.HTM>; y Sentencia 2341 de 25 de agosto de 2003, *Caso Hermann Escarrá M. y otros*. Disponible en: <http://historico.tsj.gov.ve/decisiones/scon/agosto/PODER%20ELEC-TORAL.HTM>. Ver también los comentarios en Allan R. Brewer-Carías, “El control de la constitucionalidad de la omisión legislativa y la sustitución del legislador por el juez constitucional: el caso del nombramiento de los titulares del Poder Electoral en Venezuela”, *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, núm. 10, julio-diciembre de 2008, pp. 271-286.

⁷ Ver Sala Constitucional del Tribunal Supremo, Sentencia 1865 de 26 de diciembre de 2014. Inicialmente disponible en: <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/diciembre/173497-1865-261214-2014-14-1343.HTML>. Posteriormente disponible en: <http://historico.tsj.gov.ve/decisiones/scon/diciembre/173497-1865-261214-2014-14-1343.HTML>. Ver Allan R. Brewer-Carías, “El golpe de Estado dado en diciembre de 2014 en Venezuela con la inconstitucional designación de las altas autoridades del poder público”, *op. cit.*

de la Asamblea Nacional; así, los poderes Electoral, Ciudadano y Judicial quedaron integrados por militantes y seguidores del partido de gobierno.

2. El significado de la elección popular de los diputados de la nueva Asamblea Nacional en diciembre de 2015

El 6 de diciembre de 2015 se efectuó en Venezuela la elección popular de los diputados a la Asamblea Nacional, para el período 2016-2020, después de tres lustros de control total por parte del Poder Ejecutivo sobre la Asamblea Nacional y de estar el régimen democrático del país en ruinas.⁸

Con dicha elección, en realidad se produjo en el país una auténtica rebelión popular contra el régimen autoritario desarrollado desde 2000, caracterizado por la usurpación y concentración del poder; el centralismo de Estado; la ausencia de medios para controlar el ejercicio del poder; la burla permanente a la Constitución y a las leyes; la sumisión del Poder Judicial a la política, particularmente del juez constitucional, que pasó a ser el principal agente del autoritarismo; la estatización de la economía; el supuesto socialismo del siglo XXI, que arruinó al país y a sus habitantes; la dictadura comunicacional; el capitalismo ineficiente de Estado; la impunidad sin límites; la masacre cotidiana de ciudadanos inermes; la ausencia de protección y seguridad ciudadana; y la burocracia ineficiente y corrupta.

Contra ese régimen y contra quienes condujeron los órganos del Estado totalitario construido a su amparo se expresó, mediante el voto, dicha rebelión popular, sin duda, con el único objetivo de cambiarlo, de desalojar del poder a sus representantes y de buscar la reconstrucción de la democracia en el país, después de 15 años de destrucción sistemática,⁹ ejecutada por un gobierno que definió la mentira como política de Estado,¹⁰ que trastocó el régimen del Estado democrático y social de derecho y de justicia del cual habla la Constitución, y erigió en su lugar –en fraude a la Constitución y a la voluntad popular– un Estado totalitario por el cual nadie nunca votó,¹¹ y más bien el pueblo rechazó masivamente en el referendo desaprobatorio de la propuesta de reforma constitucional de 2007.¹²

⁸ Ver Allan R. Brewer-Carías, *La ruina de la democracia*, Caracas, Editorial Jurídica Venezolana, 2016.

⁹ Ver Allan R. Brewer-Carías, *Dismantling Democracy. The Chávez Authoritarian Experiment*, New York, Cambridge University Press, 2010.

¹⁰ Ver Allan R. Brewer-Carías, *La mentira como política de Estado. Crónica de una crisis política permanente. Venezuela 1999-2015*, Caracas, Editorial Jurídica Venezolana, 2015.

¹¹ Ver Allan R. Brewer-Carías, *Estado totalitario y desprecio a la ley. La desconstitucionalización, desjuridificación, desjudicialización y desdemocratización de Venezuela*, 2ª ed., Caracas, Fundación de Derecho Público, Editorial Jurídica Venezolana, 2015.

¹² Ver Allan R. Brewer-Carías, “La proyectada reforma constitucional de 2007, rechazada por el poder constituyente originario”, *Anuario de Derecho Público 2007*, año 1, Caracas, Ins-

Quedó claro que el mandato popular otorgado a los diputados electos y que conformaron la nueva Asamblea Nacional en diciembre de 2015, no fue sólo para ejercer sus actividades ordinarias como representantes populares en un régimen democrático, sino para asumir el proceso de cambio del régimen totalitario para revalorizar la vigencia de la Constitución y restablecer la democracia,¹³ sobre lo cual deberán rendir cuenta al electorado, como lo exige la Constitución. Entre esas tareas que debía asumir la nueva Asamblea Nacional estaba la de restablecer la legitimidad democrática de los titulares de los órganos del poder público, “designados” por la anterior Asamblea Nacional sin respetar la Constitución.

Ese proceso de reconstrucción de la democracia, sin embargo, ciertamente no era ni será tarea fácil, pues la nueva Asamblea Nacional ha tenido que enfrentar todas las “estrategias de dudosa juridicidad” que tan pronto como fue electa comenzaron a desplegar quienes se resisten a entender la voluntad popular. Así lo exigió el Secretario General de la Organización de Estados Americanos, Luis Almagro, el 31 de diciembre de 2015, precisamente ante argucias institucionales desplegadas por quienes no admiten que fueron rechazados por el pueblo, en el sentido de que en Venezuela:

nadie distorsione la voz del pueblo y su expresión más genuina, que son los resultados electorales, con estrategias de dudosa juridicidad, ni reclamando decisiones viciadas de parcialidad a organismos reconstituidos para la ocasión. Que no se apela a la prepotencia tampoco, sino que haya diálogo y paz, y que el derecho a denunciar irregularidades no se sostenga en la parcialidad de órganos con nuevos integrantes de reconocida filiación política.¹⁴

Y es que, efectivamente, en Venezuela, los temores del Secretario General se comenzaron a manifestar después de la elección de los diputados, mediante la uti-

tituto de Estudios de Derecho Público de la Universidad Monteávila, 2008, pp. 17-65.

¹³ Así lo expresó monseñor Diego Padrón, presidente de la Conferencia Episcopal Venezolana: “El 6 de diciembre la gente envió un mensaje de cambio, también de paz. El acto mismo de la votación fue un mensaje de que la mayoría del país quiere un cambio pacífico y que ese cambio se genere a través de un método democrático. El pueblo está cansado de una diatriba y un enfrentamiento, señaló. / Monseñor Padrón lamentó que el gobierno aplique maniobras que pretenden desconocer la voz del pueblo que se expresó el 6-D. ‘Si el gobierno desoye al pueblo, deshonra su voluntad’, aclaró. / Recordó que a pesar de las amenazas del oficialismo de salir a las calles el día de la elección, se impuso la actitud pacífica del pueblo, llena de serenidad, tranquilidad y cercanía. / ‘A pesar de nuevos llamados a la calle, pedimos que el 5 de enero sea un día de paz para Venezuela. Esas amenazas no tienen ningún fundamento y no serán atendidas: la línea del pueblo es contraria a la violencia, que rechazamos. Pedimos al pueblo asumir una actitud de paz’, indicó” (“Si el gobierno desoye al pueblo, deshonra su voluntad”, *El Nacional*, 31 de diciembre de 2015. Disponible en: http://www.el-nacional.com/politica/gobierno-desoye-pueblo-deshonra-voluntad_o_766123537.html).

¹⁴ Ver el mensaje de fin de año del Secretario General de la OEA, de 31 de diciembre de 2015. Disponible en: <https://sieteclicks.com/2015/12/31/oea-lanza-un-torpedo-de-fin-de-ano-a-maduro-y-diosdado/>.

lización de toda suerte de estratagemas por parte del gobierno para precisamente anular los poderes de la nueva Asamblea Nacional. Esta última ha tenido que enfrentar dichas estratagemas, evidenciadas en diversos hechos, actuaciones y decisiones gubernamentales y judiciales, que, en todo caso, ya forman parte del expediente necesario para la invocación de la Carta Democrática Interamericana respecto del país,¹⁵ como lo resolvió el propio Secretario General de la OEA, Luis Almagro, en la sesión del Consejo Permanente de la Organización del 23 de junio de 2016.¹⁶

Las estratagemas comenzaron apenas producida la elección de diputados, en el seno de la Asamblea Nacional anterior –al terminar sus sesiones ordinarias el 15 de diciembre de 2015–, cuando algunos de sus integrantes mostraron pretensiones de querer seguir gobernando durante todo el mes de diciembre de 2015 y más allá, en sesiones extraordinarias para –mediante actos nada “extraordinarios,” sino bien ordinarios que antes no pudo o no quiso adoptar– tratar de minar la actuación de la nueva Asamblea Nacional (que se instaló el 5 de enero de 2016). Para ello, requirió la “asesoría” de la Sala Constitucional sobre el alcance de las actividades que la Asamblea podía hacer en sesiones extraordinarias en los 15 días que le quedaban de mandato.

3. La inconstitucional “designación” de magistrados del Tribunal Supremo en diciembre de 2015 por la Legislatura que estaba terminando

3.1. Sobre las sesiones extraordinarias de la Asamblea Nacional saliente al concluir el período constitucional

En efecto, el mismo día en el cual la Asamblea Nacional electa en diciembre de 2010 concluía sus sesiones ordinarias, y diez días después de que se había producido la elección de los nuevos diputados que debían tomar posesión de sus cargos el 5 de enero de 2016, el presidente de la Asamblea Nacional que terminaba interpuso ante la Sala Constitucional del Tribunal Supremo un recurso de “interpretación constitucional” abstracta del artículo 220 de la Constitución que regula las sesiones extraordinarias de la Asamblea,¹⁷ que nada tiene de ambiguo u oscuro,

¹⁵ Sobre todas las decisiones adoptadas por la Sala Constitucional para neutralizar a la Asamblea Nacional, ver Allan R. Brewer-Carías, *Dictadura judicial y perversión del Estado de derecho*, Caracas, Editorial Jurídica Venezolana, 2016.

¹⁶ Ver el texto de la exposición del Secretario General Luis Almagro en la sesión del Consejo permanente de la Organización de Estados Americanos, el 23 de junio de 2016. Disponible en: <http://www.elnuevoherald.com/noticias/mundo/america-latina/venezuela-es/article85720037.html>.

¹⁷ La Asamblea, durante los recesos, puede ser convocada para sesiones extraordinarias, entre otros órganos, por su Comisión Delegada, “para tratar las materias expresadas en la

indicando que tenía “duda razonable” sobre “alcance de las materias que pudieran ser tratadas” en las mismas, en “la última etapa de funciones correspondiente al actual período legislativo constitucional que fuera iniciado el pasado 5 de enero de 2011” y obviando, por supuesto, el viejo principio del constitucionalismo que recomienda que un viejo parlamento ya en su fase de disolución, no debe comprometer con sus decisiones al nuevo parlamento en fase de constitución.

La Sala Constitucional, mediante Sentencia 1.758 de 22 de diciembre de 2015,¹⁸ resolvió lo que el saliente presidente de la misma quería oír, e incluso había anunciado días antes,¹⁹ repitiendo el texto del artículo “interpretado” que no requería interpretación, pero concluyendo que, por cuanto:

los diputados y diputadas de la actual Asamblea Nacional se encuentran dentro del período constitucional para el cual fueron electos, no existe restricción para convocar a sesiones extraordinarias –de acuerdo al artículo 220 constitucional– y ejercer las atribuciones que le confiere la Constitución, [...] hasta el día inmediatamente anterior al que se instale la nueva Asamblea Nacional, dado que el período para el cual fueron electos sus integrantes se mantiene vigente.

3.2. Los vicios que afectaron la “designación” de los magistrados del Tribunal Supremo el 23 de diciembre de 2016

En esta forma, con el “aval” jurídico dado *ex ante* por la Sala Constitucional, la Comisión Delegada de la Asamblea debió haber resuelto convocar a sesiones extraordinarias quizás el mismo día de la sentencia, el 22 de diciembre de 2015, para que la Asamblea que finalizaba procediera de inmediato a tomar toda suerte de

convocatoria y las que les fueren conexas”, necesariamente “cuando así lo exija la importancia de algún asunto” (art. 196.1), y puede además “considerar las que fueren declaradas de urgencia por la mayoría de sus integrantes” (art. 220).

¹⁸ Disponible en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/diciembre/184220-1758-221215-2015-2015-1415.HTML>. Ver los comentarios en Allan R. Brewer-Carías, “El irresponsable intento de ‘golpe judicial’ electoral, y la necesaria revocación inmediata de la inconstitucional ‘designación’ de los magistrados de la Sala Electoral efectuada por la Asamblea Moribunda”, 4 de enero de 2016. Disponible en: <http://www.allanbrewercarias.com/Content/449725d9-f1cb-474b-8ab2-41efb849fea3/Content/LA%20IRRESPONSABILIDAD%20EN%20EL%20GOLPE%20JUDICIAL%20ELECTORAL%20Y%20LA%20REVOCACION%20DE%20LOS%20JUECES%2004-01-2016.pdf>.

¹⁹ Ver, por ejemplo, lo expresado por Diosdado Cabello: “La mayoría parlamentaria afín al gobierno del presidente Nicolás Maduro, que cesará funciones el 4 de enero para que al día siguiente asuma una mayoría opositora, convocó a cuatro sesiones extraordinarias el martes y miércoles próximo para nombrar a jueces del Tribunal Supremo de Justicia (TSJ)”. (“Venezuela: Parlamento chavista convoca sesiones extraordinarias para nombrar magistrados”, EFE, 20 de diciembre de 2015. Disponible en: <http://www.miamidiario.com/politica/asamblea-nacional/venezuela/oposicion/magistrados/diosdado-cabello/tsj/351421>).

decisiones. Y así, en la *Gaceta Oficial* del día siguiente, núm. 40.815 de 23 de diciembre de 2015, se publicó el Acuerdo y se procedió en “sesión extraordinaria” a “designar” a 13 magistrados principales y 19 magistrados suplentes de las diversas salas del Tribunal Supremo de Justicia.²⁰

El editorial del diario *El País*, del 29 de diciembre de 2015, acertadamente indicó:

El que uno de los últimos actos de una Asamblea que ya no goza del mandato popular, sea fidelizar políticamente al máximo órgano judicial, no responde precisamente al buen uso democrático de aceptar la derrota electoral. Que el régimen además haya presionado a jueces del Supremo para conseguir sus jubilaciones anticipadas –o también para que aquellos juristas cuyo mandato vencía en el futuro inmediato renunciaran– es una ilegalidad y una muestra de que Maduro sigue sin querer entender que los venezolanos han encargado a la oposición que elabore las leyes y que su deber es respetar este encargo.²¹

Esta decisión de la Asamblea que terminaba, sin duda, fue inconstitucional, primero y ante todo, porque la Asamblea Nacional no tiene ni tenía competencia alguna para “designar” magistrados del Tribunal Supremo, y menos actuando como cuerpo legislador, es decir, con el voto de la mayoría de los diputados presentes en la sesión respectiva. Lo que asigna la Constitución a la Asamblea Nacional, como se ha dicho, es la competencia para “elegir” en segundo grado a dichos magistrados (“serán electos” dice el art. 264), lo cual únicamente puede hacer la Asamblea actuando como cuerpo elector indirecto, que sólo puede cumplir mediante el voto de la mayoría de las 2/3 partes de sus miembros, y asegurando la participación ciudadana mediante un comité de postulaciones integrado por representantes de diversos sectores de la sociedad (art. 270).

Este vicio esencial de inconstitucionalidad –que hizo que el acto de “designación” de los magistrados fuera nulo, con vicio de nulidad absoluta, por haber usurpado la Asamblea Nacional, actuando como cuerpo legislador, la autoridad y voluntad popular que solo podía representar como cuerpo electoral– debía ser corregido obligatoriamente por la nueva Asamblea Nacional que se instaló el 5 de enero de 2016, la cual podía, pura y simplemente, revocar dicho acto parlamentario inconstitucional y proceder a “elegir”, como cuerpo elector de segundo grado, a los nuevos magistrados del Tribunal Supremo conforme a la Constitución. Esa posibilidad, sin embargo, le fue negada a la Asamblea Nacional por la Sala Constitucional del

²⁰ Ver “Acuerdo mediante el cual se designa a los magistrados y magistradas principales y suplentes del Tribunal Supremo de Justicia”, *Gaceta Oficial*, núm. 40.816, 23 de diciembre de 2015; y el “Acuerdo mediante el cual se corrige por error material el Acuerdo de fecha 23 de diciembre de 2015, donde se designa a los magistrados y magistradas principales y suplentes del Tribunal Supremo de Justicia”, *Gaceta Oficial*, núm. 40.818, 29 de diciembre de 2015.

²¹ “Las trampas de Maduro”, *El País*, 29 de diciembre de 2015. Disponible en: <http://www.lapatilla.com/site/2015/12/29/editorial-el-pais-espana-las-trampas-de-maduro/>.

Tribunal Supremo desde comienzos de 2016, como se verá más adelante.²² En todo caso, por supuesto, ya en diciembre de 2014, la Asamblea Nacional había incurrido en el mismo vicio con la “designación” de otros magistrados del Tribunal Supremo, que también se había efectuado inconstitucionalmente.²³

Pero la “designación” de los magistrados del Tribunal Supremo efectuada el 23 de diciembre de 2015, adicionalmente estuvo viciada de inconstitucionalidad por constituir un fraude a la Constitución. Así lo destacaron José Ignacio Hernández,²⁴ la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, y el Grupo de Profesores de Derecho Público de Venezuela,²⁵ en síntesis, por los siguientes motivos:

En *primer lugar*, por la inconstitucional conformación del llamado Comité de Postulaciones Judiciales, el cual, a pesar de que conforme al artículo 270 de la Constitución debe ser un órgano asesor del Poder Judicial integrado exclusivamente por representantes de los diferentes sectores de la sociedad, se configuró como un órgano dependiente y asesor de la Asamblea. Dicho comité está integrado, en esencia, por diputados que son representantes de la sociedad política y con manifiestas inclinaciones político-partidistas a favor del partido de gobierno, el cual, además, no aseguró el derecho ciudadano a participar en el proceso de selección de magistrados, en violación del artículo 164 de la Constitución.

En *segundo lugar*, porque para el momento en que la Asamblea dio inicio al proceso de selección de magistrados, en octubre de 2015, no existían vacantes para ser llenadas en el Tribunal Supremo. Sin embargo, anunció, en fraude a la ley, que supuestamente se producirían jubilaciones de magistrados, sin precisión alguna sobre quién tenía derecho a ello.²⁶ Se buscó forzar así la salida de algunos magis-

²² Ver Brewer-Carías, “La participación ciudadana...”, *op. cit.*, pp. 76-95.

²³ Ver lo que hemos expuesto en Allan R. Brewer-Carías, “El golpe de Estado dado en diciembre de 2014, con la inconstitucional designación de las altas autoridades del poder público”, *Revista de Derecho Público*, núm. 140, 2014, pp. 495-518.

²⁴ Ver José Ignacio Hernández, “5 violaciones cometidas durante la designación de los magistrados del TSJ”, *Prodavinci*, 23 de diciembre de 2015. Disponible en: <http://prodavinci.com/blogs/5-violaciones-cometidas-durante-la-designacion-de-los-magistrados-del-tsj-por-jose-i-hernandez/>.

²⁵ Ver Grupo de Profesores de Derecho Público, “Profesores de Derecho Público emiten comunicado rechazando el nombramiento de magistrados del TSJ”, *El Nacional*, 30 de diciembre de 2015. Disponible en: http://www.el-nacional.com/politica/Profesores-Derecho-Publico-nombramiento-TSJ_o_766123520.html.

²⁶ Por ello, los colegios de abogados de Amazonas, Anzoátegui, Apure, Aragua, Barinas, Carabobo, Cojedes, Delta Amacuro, Distrito Capital, Falcón, Guárico, Lara, Mérida, Miranda, Monagas, Nueva Esparta, Portuguesa, Sucre, Táchira y Zulia, en pronunciamiento de 20 de diciembre de 2015, expresaron el criterio de que “en violación del ordenamiento constitucional de la República, la mayoría oficialista desde el mes de octubre pasado, en previsión de la derrota en las elecciones parlamentarias del 6 de diciembre, inició el proceso de nombramiento de nuevos magistrados cuyos períodos no se habían vencido. A estos efectos, el régimen exigió a un importante grupo de esos funcionarios que solicitaran anticipadamente su jubilación, para hacer nuevos nombramientos y garantizar de esta manera doce años más con magistrados

trados para que la Asamblea que finalizaba pudiera hacer nuevas designaciones, anticipándose a la debacle electoral para el gobierno, que se sabía se produciría el 6 de diciembre de 2015, y que luego impediría al partido de gobierno colocar sus fichas en el Tribunal Supremo.

En *tercer lugar*, porque a pesar de que la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia dispone que el lapso de postulación ante el Comité “no será mayor de treinta días continuos” (art. 70), como se estableció en una “reforma legal” efectuada mediante la ilegítima “reimpresión” de la ley en *Gaceta Oficial* en diciembre de 2010, el Comité, en violación a la misma, otorgó sucesivas prórrogas que excedieron dicho “lapso máximo” y se extendieron hasta el 8 de diciembre, es decir, hasta después de conocerse los resultados de la elección de los diputados a la nueva Asamblea Nacional, que fue cuando se publicó la lista de los postulados; todo esto vició el procedimiento y, con ello, la decisión del Comité.

Durante esos días, por ello, la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Central de Venezuela, el 19 de diciembre de 2015, expresó en comunicado:

Toda esta prisa por designar los magistrados del TSJ por una Asamblea Nacional cuyo mandato legislativo está a pocos días de vencer, en violación flagrante y grotesca de las regulaciones constitucionales y legales sobre la materia, constituye prueba fehaciente que se pretende desconocer el sagrado principio democrático según el cual la soberanía reside en el pueblo. Es claro que los venezolanos expresaron el 6D su más categórico rechazo a la gestión parlamentaria que está por fenecer. El Estado de derecho significa límites jurídicos al poder; por eso, toda autoridad usurpada es ineficaz y sus actos son nulos. En democracia los objetivos no se alcanzan como sea, sino respetando la voluntad popular expresada mediante los cauces legalmente establecidos.²⁷

Con esto, la Asamblea que estaba terminando su período, en virtud de que sus sesiones ordinarias concluyeron el 15 de diciembre de 2015 y ya no podía en ellas “nombrar” a los magistrados a su gusto, comenzó a preparar el camino para proceder

sometidos al actual partido de gobierno. Esta conducta desconoce la voluntad popular que se expresó el 6 de diciembre pasado, que exige un cambio en la manera totalitaria de conducir los asuntos públicos por parte de un régimen no interesado en respetar la dignidad de la persona humana, ni el carácter apartidista que deben tener los órganos del Estado y, en particular, del Poder Judicial. La maniobra a que nos referimos, además de ser una burla a la soberanía del pueblo, demuestra el propósito bastardo que persigue el régimen, evidenciado en la violación de normas constitucionales, de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia y del Reglamento Interno del Comité de Postulaciones Judiciales de la Asamblea Nacional” (Disponible en: <http://pararescatarelporvenir.blogspot.com/search/label/PRONUNCIAMIENTO%20DE%2020%20COLEGIOS%20DE%20ABOGADOS%20DE%20VENEZUELA>).

²⁷ Ver “Designación precipitada de magistrados del TSJ en contra de la soberanía popular”, Caracas, 19 de diciembre de 2015. Disponible en: http://www.ucv.ve/fileadmin/user_upload/facultad_ciencias_juridicas/ederecho/Designaci%C3%B3n__Magistrados_TSJ_2015-.pdf.

a “designarlos” en sesiones extraordinarias, a pesar de que ello no podía calificarse de nada extraordinario, y menos para una Asamblea que estaba culminando su período. Todo esto evidenció, como lo destacó el Grupo de Profesores de Derecho Público, que la verdadera intención de la saliente Asamblea “era asumir ella, directa, desesperada y abusivamente, decisiones que debieron ser consideradas por la Asamblea que se instalará el 5 de enero de 2016”.

En *cuarto lugar*, por violación del procedimiento establecido para la preselección de los candidatos a magistrados por el Comité de Postulaciones. Ello ocurrió, primero, porque la publicación de los preseleccionados efectuada por la Asamblea el 8 de diciembre de 2015 no hizo mención alguna respecto de cuáles eran las vacantes de magistrados que iban a ser cubiertas, ni sobre cuál era el origen de las postulaciones; segundo, porque, sin vencerse el lapso de impugnaciones de 15 días que se inició con dicha publicación, el día 23 de diciembre, ya la Asamblea, el mismo día 22, constituida en sesión extraordinaria, inició las deliberaciones, violando dicho lapso; tercero, porque el Comité nunca se pronunció sobre las impugnaciones formuladas el día 19 de diciembre ni, por tanto, se les dio el plazo de tres días que tenían los impugnados para responderlas después de vencido el lapso de impugnación. Todo ello implicó la prescindencia total y absoluta del procedimiento prescrito, lo cual vicia el acto de selección de nulidad absoluta.

En *quinto lugar*, por violación del procedimiento establecido para la selección definitiva de postulados, primero, porque el baremo que el Comité de Postulaciones Judiciales debía aprobar para efectuar una primera preselección, no fue adoptado; segundo, porque dicha primera lista debía conformarse “en orden alfabético” por “cada una de las salas que conforman el Tribunal Supremo de Justicia”, lo que no se hizo; y porque la misma debía haber sido remitida al Comité de Evaluación de Postulaciones del Poder Ciudadano, el cual, dentro de los diez días continuos siguientes a la recepción de la documentación, debía haber remitido al Comité una segunda preselección que debía presentarse ante la Asamblea Nacional para la selección definitiva, lo que tampoco se hizo. Todo ello, igualmente implicó la prescindencia total y absoluta del procedimiento prescrito, lo que vicia el acto de selección de nulidad absoluta, pues sin siquiera esperar al vencimiento del lapso de impugnación, como se dijo, la Asamblea comenzó el 22 de diciembre a deliberar sobre la designación de magistrados.

En *sexto lugar*, por violación del procedimiento de formación del acuerdo parlamentario para la elección de los magistrados, que en los términos (aún inconstitucionales) de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, si no se logra elegirlos con el voto de las 2/3 partes de los diputados, debe convocarse una nueva sesión luego de tres días hábiles. En violación de la ley, la Asamblea, el 22 de diciembre (mismo día de la sentencia de la Sala Constitucional), procedió a convocar dos sesiones extraordinarias diarias (cuando conforme al Reglamento debe haber al menos 24 horas entre una y otra) para ser celebradas cada una en dos días: una el mismo 22 de diciembre (a las 4:00 p. m. y 8:00 p. m.) y otra el 23 de diciembre (a las 9:00 a. m. y 1:00 p. m.).

La “designación” de magistrados en esa forma, en consecuencia, constituyó un acto nulo, viciado de nulidad absoluta, al haber sido emitido por la Asamblea en violación de la Constitución, de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia y, además, dictado en fraude a la Constitución y a la voluntad popular, que, por tanto, debía ser revocado por la nueva Asamblea Nacional instalada el 5 de enero de 2015. La Sala Constitucional, sin embargo, se anticipó a cercenarle inconstitucionalmente a la Asamblea su propio poder de autotutela para poder revocar sus actos viciados de nulidad absoluta.

4. El desconocimiento incidental de los poderes de control de la Asamblea Nacional de sus propios actos

4.1. La inconstitucional restricción de los poderes de control político de la Asamblea nacional sobre el Gobierno y la administración pública

Una vez instalada la nueva Asamblea Nacional el 5 de enero de 2016, y resuelto el conflicto que se había generado con ocasión de la suspensión judicial de la juramentación de cuatro diputados por la Sala Electoral²⁸ y de la obligatoria comparecencia del Presidente de la República a rendir su mensaje anual ante la Asamblea,²⁹ el 15 de enero de 2016, en ese mismo día, el Presidente presentó ante ella el Decreto 2.184 de fecha 14 de enero de 2016,³⁰ mediante el cual había declarado el estado de excepción por emergencia económica en todo el territorio nacional durante un lapso de 60 días, respecto del que la Asamblea Nacional debía realizar el control político previsto en la Constitución, en adición al control judicial que corresponde a la Sala Constitucional.³¹

Con motivo del ejercicio de dicho control político por parte de la Asamblea, que evidentemente implica aprobar o improbar el Decreto, esta, mediante Acuerdo

²⁸ Sala Electoral, Sentencia 260 de 30 de diciembre de 2015. Disponible en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/selec/diciembre/184227-260-301215-2015-2015-000146.HTML>. Sobre este fallo, ver los comentarios en Allan R. Brewer-Carías, “El ‘golpe judicial’ pírrico, o de cómo la oposición seguirá controlando la mayoría calificada de la Asamblea Nacional”, 31 de diciembre de 2015. Disponible en: <http://www.allanbrewercarias.com/Content/449725d9-f1cb-474b-8ab2-41efb849fea3/Content/Brewer.%20EL%20%E2%80%99CGOLPE%20JUDICIAL%E2%80%9D%20P%C3%8DRRICO.%2031-12-2015.pdf>.

²⁹ Ver Sala Constitucional, Sentencia 3 de 14 de enero de 2016. Disponible en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/enero/184316-03-14116-2016-16-0003.HTML>.

³⁰ *Gaceta Oficial*, núm. 6.214 extra., 14 de enero de 2016.

³¹ Sobre ello, ver Allan R. Brewer-Carías, *Derecho constitucional venezolano. La Constitución de 1999*, t. II, Caracas, Editorial Jurídica Venezolana, 2006; y “El régimen constitucional de los estados de excepción”, en Víctor Bazán (coord.), *Derecho público contemporáneo. Libro en reconocimiento al Dr. Germán Bidart Campos*, Buenos Aires, Ediar, 2003, pp. 1137-1149.

adoptado el 22 de enero de 2016, “desaprobó políticamente dicho Decreto”, a pesar de que había sido declarado “constitucional” por la Sala Constitucional a través de la Sentencia 4 de 20 de enero de 2016,³² en la cual, además, se garantizaba su “legitimidad, validez, vigencia y eficacia jurídica, dentro del marco constitucional”, lo que en sí mismo fue más bien una manifestación de “control político” del Decreto, que no le corresponde, agregando argumentos sobre “su pertinencia, proporcionalidad y adecuación” en aras de “la salvaguarda del pueblo y su desarrollo armónico ante factores inéditos y extraordinarios adversos en nuestro país”.

Ahora bien, la desaprobación del Decreto por la Asamblea motivó que un grupo de ciudadanos, “miembros de consejos comunales y de comunas”, interpusieran ante la Sala Constitucional un “recurso de interpretación de naturaleza constitucional”³³ del artículo 339 de la Constitución, y de los artículos 27 y 33 de la Ley Orgánica sobre los Estados de Excepción, para aclarar dudas precisamente sobre el alcance del control político que corresponde a la Asamblea y solicitando que la Sala se pronunciase “sobre la vigencia del Decreto 2.184”.

Pues bien, en la Sentencia 7 de 11 de febrero de 2016,³⁴ lo que básicamente argumentó la Sala Constitucional fue alrededor del control judicial que ella debía tener sobre los decretos de estados de excepción y limitó el control político de los mismos por parte de la Asamblea Nacional a solo poder “revocar” los decretos de excepción al cesar las causas que los motivaron, para concluir en definitiva que el control político por parte de la Asamblea Nacional es “relativo”, pues está sometido al control constitucional. De todo ello, la Sala terminó considerando que el Acuerdo de la Asamblea que desaprobaba el decreto era “irrito” y que debía “entenderse como inexistente y sin ningún efecto jurídico-constitucional”.

³² Sala Constitucional, Sentencia de 20 de enero de 2016. Disponible en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/enero/184426-04-20116-2016-16-0038.HTML>.

³³ Desde 2000, la Sala Constitucional inventó, al margen de la Constitución, el llamado “recurso de interpretación” abstracta de la Constitución (Sentencia 1077 de 22 de septiembre de 2000, *Caso Servio Tulio León*. Disponible en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/septiembre/1077-220900-00-1289.HTM>), que puede intentar cualquier persona, incluso el Estado mismo a través de la Procuraduría General de la República, para buscar un pronunciamiento abstracto de interpretación de la Constitución, es decir, sin referencia a caso concreto alguno y sin debate ni confrontación de opiniones de los que puedan estar interesados en la “interpretación”. Hemos criticado la institución, como un diabólico instrumento mediante el cual la Sala Constitucional, bajo la excusa de la interpretación, lo que ha hecho es mutar ilegítimamente el texto fundamental. Ver Allan R. Brewer-Carías, “*Quis Custodiet Ipsos Custodes*: De la interpretación constitucional a la inconstitucionalidad de la interpretación”, *Revista de Derecho Público*, núm. 105, 2006, pp. 7-27; y “La ilegítima mutación de la Constitución por el juez constitucional: la inconstitucional ampliación y modificación de su propia competencia en materia de control de constitucionalidad”, en *Libro homenaje a Josefina Calcaño de Temeltas*, Caracas, Fundación de Estudios de Derecho Administrativo (FUNEDA), 2009, pp. 319-362.

³⁴ Disponible en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/febrero/184885-07-11216-2016-16-0117.HTML>.

Y todo ello lo hizo la Sala Constitucional con ocasión de decidir un recurso de interpretación constitucional, en cuyo proceso judicial no podía “anular” un acto de la Asamblea Nacional, sin seguir para esto el procedimiento de los juicios de nulidad, por lo que vulneró la legalidad procesal, la seguridad jurídica y el debido proceso consagrado en el artículo 49 Constitucional, pilares fundamentales del Estado constitucional de derecho.

Ahora bien, con ocasión del control político que la Asamblea Nacional ejerció en relación con el Decreto de Estado de Excepción, como era lo lógico para estudiarlo, requirió la comparecencia de los ministros del área económica ante sus comisiones, lo cual fue completamente ignorado por el Gobierno, lo que la Asamblea consideró como un grave desacato.³⁵ El desacato, sin embargo, fue totalmente justificado por la Sala Constitucional, al decidir un nuevo “recurso de interpretación”, esta vez intentado por tres abogados “en su condición de integrantes del sistema de justicia, como ciudadanos interesados en el adecuado funcionamiento de los poderes públicos”, respecto de los artículos 136, 222, 223 y 265 la Constitución.

El recurso fue decidido mediante Sentencia 9 de 1º de marzo de 2016,³⁶ dictada en violación de los más elementales y universales principios que rigen la administración de justicia; se cercenaron y restringieron las potestades de control de la Asamblea Nacional, materialmente se liberó a los ministros de su obligación de comparecer ante ella cuando se les requiriera para preguntas e interpelaciones, sin siquiera haber oído previamente a la misma, a través de sus representantes, violando el derecho absoluto al debido proceso y a la defensa.

La Sala, además, en su sentencia dictó normas sobre el funcionamiento de la Asamblea Nacional y sobre el ejercicio de sus poderes de control sobre el Gobierno y la administración pública, usurpando así la función legislativa que en esta materia corresponde a la Asamblea mediante sus *interna corporis*, y de paso declarar como inconstitucionales algunas previsiones del Reglamento Interior y de Debates de la Asamblea y de la Ley sobre el Régimen para la Comparecencia de Funcionarios Públicos ante la Asamblea Nacional o sus comisiones.

³⁵ Aceb. Latina, “Ministros no se presentaron a la Asamblea Nacional. Gobierno pedía una ‘sesión secreta’”, 21 de enero de 2016. Disponible en: https://www.facebook.com/permalink.php?id=374440365912712&story_fbid=999122600111149.

³⁶ Disponible en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/marzo/185627-09-1316-2016-16-0153.HTML>. Ver los comentarios a esta sentencia en Allan R. Brewer-Carías, “El ataque de la Sala Constitucional contra la Asamblea Nacional y su necesaria e ineludible reacción. De cómo la Sala Constitucional del Tribunal Supremo pretendió privar a la Asamblea Nacional de sus poderes constitucionales para controlar sus propios actos, y reducir inconstitucionalmente sus potestades de control político sobre el gobierno y la administración pública; y la reacción de la Asamblea Nacional contra la sentencia No. 9 de 1-3-2016”, Nueva York, 4 de marzo de 2016. Disponible en: [http://www.allanbrewercarias.com/Content/449725d9-f1cb-474b-8ab2-41efb849fea3/Content/Brewer.%20El%20ataque%20Sala%20Constitucional%20v.%20Asamblea%20Nacional.%20SentNo.%209%201-3-2016\).pdf](http://www.allanbrewercarias.com/Content/449725d9-f1cb-474b-8ab2-41efb849fea3/Content/Brewer.%20El%20ataque%20Sala%20Constitucional%20v.%20Asamblea%20Nacional.%20SentNo.%209%201-3-2016).pdf).

4.2. El desconocimiento de los poderes de la Asamblea Nacional de autocontrol de sus actos viciados de inconstitucionalidad en una afirmación incidental en una sentencia de la Sala Constitucional

En la antes mencionada Sentencia 9 del 1º de marzo de 2016, además de restringir el control político que corresponde ejercer constitucionalmente a la Asamblea Nacional y, de paso, violar el más elemental principio de justicia natural, actuando como juez y parte,³⁷ la Sala Constitucional pasó a cercenarle a la misma la potestad de controlar y revisar sus propios actos cuando estén viciados de nulidad absoluta y, en consecuencia, revocarlos. Todo lo anterior viola la “garantía suprema dentro de un Estado de derecho”,³⁸ que exige: “[C]ualquiera sea la vía escogida para la defensa de los derechos o intereses legítimos, las leyes procesales deben garantizar la existencia de un procedimiento que asegure el derecho de defensa de la parte y la posibilidad de una tutela judicial efectiva”,³⁹ al punto de que ni siquiera puede ser desconocido por el legislador.⁴⁰

Como se dijo, el “recurso de interpretación” en este caso se refirió a los artículos 136, 222, 223 y 265⁴¹ de la Constitución, los tres primeros sobre las potestades de control de la Asamblea y el último sobre la elección de magistrados que nada tienen de ambiguos u oscuros, que ameriten “interpretación” alguna. En el recurso, sin

³⁷ En la página web del Tribunal Supremo de Justicia, al final de la sentencia aparecen los nombres de los magistrados de la Sala: Gladys M. Gutiérrez Alvarado, Arcadio de Jesús Delgado Rosales, Carmen Zuleta de Merchán, Juan José Mendoza Jover, Calixto Ortega Ríos, Luis Fernando Damiani Bustillos, Lourdes Benicia Suárez Anderson. Los tres últimos fueron electos en diciembre de 2015, elección que fue objeto del *Informe de la Comisión Especial*, cuyo funcionamiento motivó la sentencia. En la publicación oficial de la sentencia, sin embargo, se agregó, al final, una nota donde se indicó: “No firman la presente sentencia los magistrados Doctores Calixto Ortega Ríos, Luis Fernando Damiani Bustillos y Lourdes Benicia Suárez Anderson, quienes no asistieron por motivos justificados”. Sin embargo, nada se indicó sobre que esos magistrados se hubieran inhibido como correspondía por el conflicto de intereses, ni sobre si se hubiesen convocado a suplentes, por lo que hay que presumir que participaron en los debates y simplemente no firmaron por “motivos justificados”. Disponible en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/marzo/185627-09-1316-2016-16-0153.HTML>.

³⁸ Ver Sentencia 123 de 17 de marzo de 2000 de la Sala Constitucional (*Caso Sergio J. Meléndez*), *Revista de Derecho Público*, núm. 81, 2000, p. 143.

³⁹ Ver Sentencia 97 de 15 de marzo de 2000 (*Caso Agropecuaria Los Tres Rebeldes*), *ibid.*, p. 148.

⁴⁰ Ver Sentencia 321 de 22 de febrero de 2002 (*Caso Papeles Nacionales Flamingo, C.A. vs. Dirección de Hacienda del Municipio Guacara del Estado Carabobo*), *Revista de Derecho Público*, núm. 89-92, 2002.

⁴¹ Artículo 265. Los magistrados o magistradas del Tribunal Supremo de Justicia podrán ser removidos o removidas por la Asamblea Nacional mediante una mayoría calificada de las dos terceras partes de sus integrantes, previa audiencia concedida al interesado o interesada, en caso de faltas graves ya calificadas por el Poder Ciudadano, en los términos que la ley establezca.

embargo, como consecuencia de que la Asamblea había nombrado una *Comisión Especial encargada de revisar el nombramiento de magistrados, principales y suplentes del Tribunal Supremo de Justicia*, los recurrentes argumentaron que supuestamente había “incertidumbre” en relación con si con dicha comisión se “podría burlar el contenido del artículo 265 de la Constitución y el procedimiento investigativo que de él se deriva concatenado con la audiencia previa a que se hace referencia en la misma” y si, con ello, la Asamblea estaría sometiendo a control al Poder Judicial y no sólo al Gobierno y la administración, distorsionando lo previsto en dichas normas.

En su sentencia, la Sala Constitucional destacó con razón que en las normas de los artículos 222, 223 y 224 de la Constitución donde se regula la potestad de control parlamentario de carácter político sobre el Gobierno y la administración pública, no se menciona control alguno sobre el Poder Judicial, y agregó, sin embargo, algo que es completamente falso, y es que para el caso de la elección de los magistrados habría un:

control previo e inter-orgánico [...] (verificación por parte de la Asamblea Nacional, junto a otros órganos del poder público, concretamente, junto al Poder Judicial y al Poder Ciudadano, durante el proceso respectivo, referido el cumplimiento o no de los requisitos de elegibilidad), así como también a la remoción interinstitucional de los mismos, en el marco de lo previsto en el artículo 265 Constitucional, único supuesto de control posterior, por parte de esa Asamblea, sobre aquellos funcionarios que ostentan el período constitucional más amplio de todos: doce –12– años (art. 264 Constitucional).

En esa norma no se prevé control alguno, sino la potestad de la Asamblea Nacional de elegir, como cuerpo elector de segundo grado, a los magistrados del Tribunal Supremo de Justicia. En esta previsión no hay ningún “control previo o interorgánico” respecto del “Poder Judicial,” como erradamente lo calificó la Sala. La Asamblea Nacional, al hacer tal elección popular indirecta, no “controla” al Poder Judicial; simplemente, elige por mandato constitucional a los magistrados del Tribunal Supremo en representación del pueblo,⁴² en forma indirecta. La Asamblea Nacional, al realizar la elección popular indirecta de los magistrados, por tanto, no lleva a cabo, como erradamente lo calificó la Sala Constitucional, ninguna “investigación parlamentaria referida al Poder Judicial”, y las “investigaciones” que practique sobre los postulados a los cargos, no son “previas” respecto del Poder Judicial.

Una vez electo legítimamente un magistrado del Tribunal Supremo de Justicia por la Asamblea Nacional, sin duda, tiene derecho a ejercer su cargo y a permanecer en él por el período para el cual fue electo, tal y como lo expresé hace unos años en el trabajo que citó la sentencia, sin estar:

⁴² Brewer-Carías, “El golpe de Estado dado en diciembre de 2014...”, *op. cit.*, pp. 495-518.

sujeta a la decisión de los otros poderes del Estado, salvo por los que respecta a las competencias del Tribunal Supremo de enjuiciar a los altos funcionarios del Estado. Es decir, salvo estos supuestos de enjuiciamiento, los funcionarios públicos designados como titulares de órganos del poder público, solo deberían cesar en sus funciones cuando se les revoque su mandato mediante referendo; por lo que los titulares de los poderes públicos no electos [en forma directa], deberían tener derecho a permanecer en sus cargos durante todo el período de tiempo de su mandato.⁴³

Sin embargo, ello no impide que si un funcionario, cualquiera que sea, hubiese sido electo ilegítimamente para un cargo electivo, en primer o segundo grado, violándose normas constitucionales, dicha elección no pueda ser revocada.⁴⁴ Tal sería el caso, por ejemplo, de la elección que pudiera llegar a efectuarse de una persona como Presidente de la República en violación del artículo 227, que exige como condición ineludible ser “venezolano por nacimiento y no poseer otra nacionalidad”. En ese caso, si se llegase a elegir como Presidente de la República a una persona que no fuera venezolana por nacimiento, o que siéndolo, sí tenía otra nacionalidad para cuando fue electo, esa persona no podría en ningún caso pretender tener derecho “adquirido” a permanecer ejerciendo un cargo que constitucionalmente no puede desempeñar.

Igualmente sucedería con los casos de elección popular indirecta: si una persona es electa por la Asamblea Nacional como magistrado del Tribunal Supremo de Justicia, sin que reúna las condiciones ineludibles que prevé el artículo 263 de la Constitución, o si la “elección” se efectúa en forma distinta a como lo pauta el artículo 264 de la misma carta, dicha elección ilegítima debe ser revocada. Tal sería el caso, por ejemplo, de la elección de un magistrado del Tribunal Supremo que no sea “venezolano por nacimiento” o que siéndolo, tuviese otra nacionalidad para cuando fue

⁴³ Ver Prólogo: “Sobre la Asamblea Nacional y la deformación de la institución parlamentaria”, al libro de Juan Miguel Matheus, *La Asamblea Nacional: cuatro perfiles para su reconstrucción constitucional*, Caracas, Editorial Jurídica Venezolana, 2013. Disponible en: <http://www.allanbrewercarias.com/Content/449725d9-f1cb-474b-8ab2-41efb849fea9/Content/II.5.59%20PROLOGO%20LIBRO%20JUAN%20M.MATHEUS.pdf>.

⁴⁴ El Contralor General de la República Manuel Galindo, quien es uno de los funcionarios “designados” por la antigua Asamblea Nacional sin respetarse las normas constitucionales que regulan la elección popular indirecta de los titulares de los poderes Judicial, Ciudadano y Electoral, y quien parece que no existiera por la abstención manifiesta que ha demostrado en el ejercicio de sus funciones de control, recientemente apareció argumentando, pero, por supuesto, sin fundamento legal alguno, que “no es competencia de la AN’ destituir o anular el acto mediante el cual se designe a un magistrado al TSJ” y que “la designación de magistrados en diciembre de 2015 está ‘total y absolutamente apegada al principio de legalidad y de supremacía constitucional del artículo 7 de la Carta Magna’” (“Contralor General dice que AN sí tiene competencia para remover magistrados del TSJ”, *La patilla.com*, video, 7 de marzo de 2016. Disponible en: <http://www.lapatilla.com/site/2016/03/07/contralor-general-dice-que-an-si-tiene-competencia-para-remover-magistrados-del-ts-j-video/>).

electo, o que haya sido “designado”, incumpliendo las condiciones constitucionales para la elección. En esos casos, la persona electa no podría tampoco, en ninguna circunstancia, pretender tener derecho “adquirido” a permanecer ejerciendo un cargo que constitucionalmente no puede desempeñar.

En esos casos, el órgano del Estado que efectuó la proclamación o la elección no sólo tiene la potestad sino la obligación de revocar el acto de proclamación o elección efectuada ilegítimamente contrariando la Constitución.

5. La anulación de la comisión parlamentaria designada en enero de 2016 para revisar las inconstitucionales designaciones de magistrados del Tribunal Supremo

Sin embargo, en la Sentencia 9 de 1º de marzo de 2016, la Sala Constitucional consideró en forma inconstitucional y en contra de los más elementales principios del derecho público que la Asamblea Nacional no tenía poder alguno de control sobre sus propios actos y que no podía revocarlos cuando ellos fueran inconstitucionales; y, en consecuencia, que la creación por parte de la Asamblea, el 7 de enero de 2016, de una *Comisión Especial designada para evaluar el nombramiento de magistrados*, en particular de los 13 titulares y 21 suplentes que fueron “designados” por la Asamblea Nacional el 23 de diciembre de 2015, como lo dice uno de los documentos de la Asamblea, sobre “la forma como se realizó el proceso de postulaciones, preselección y designación final de los magistrados, calificado como inconstitucional e ilegal, por no haberse cumplido con todos los requisitos de este acto legislativo, establecidos en la Constitución y la Ley del Tribunal Supremo de Justicia”, era inconstitucional.

Aparte de incurrir en el error de vincular las investigaciones parlamentarias que puede realizar la Asamblea exclusivamente a los casos destinados a determinar la responsabilidad de funcionarios públicos, la Sala Constitucional, al analizar el proceso de “elección” de los magistrados del Tribunal Supremo de Justicia –que calificó solo como un proceso de “selección”, ignorando la naturaleza de la intervención del órgano parlamentario en el caso, como cuerpo elector de segundo grado que hace una elección popular indirecta–, indicó erradamente que esa elección es “el último y definitivo acto –parlamentario– en esta materia, luego del examen de las postulaciones por parte del Comité de Postulaciones Judiciales, el control del poder popular y la primera preselección que lleva a cabo el Poder Ciudadano (artículo 264 Constitucional)”.

Aparte de que el poder popular no es una figura constitucional, ni su intervención está prevista en el proceso de elección de los magistrados, la consecuencia que sacó la Sala de su afirmación fue que la cesación de las funciones de cualquier magistrado solo podría hacerse “por la Asamblea Nacional mediante una mayoría calificada de las dos terceras partes de sus integrantes, previa audiencia concedida al interesado

o interesada, en casos de faltas graves ya calificadas por el poder ciudadano, en los términos que la ley establezca” (Constitución, art. 265).

La Sala Constitucional pasó entonces en su sentencia a analizar el proceso de “remoción” de magistrados regulado en la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, calificando el objeto de la *Comisión Especial designada para evaluar el nombramiento de magistrados*, como si su propósito hubiese sido proceder a “remover” magistrados conforme a lo previsto en el artículo 265 de la Constitución, cuando ello no era cierto. Por eso la errada conclusión a la que arribó la Sala, de entrada, donde afirma erróneamente que la Comisión Especial, por consiguiente, tenía un:

objetivo claramente inconstitucional y/o ilegal, al pretender revisar designaciones de altos funcionarios de otro poder, al margen del control que le asigna la Constitución a la Asamblea Nacional y del régimen previsto para su remoción o destitución, ella y cualquier decisión o recomendación que aquélla o cualquier comisión realice es absolutamente nula y, en consecuencia, inexistente, así como cualquier decisión en la materia por parte de la Asamblea Nacional, todo ello con base en los artículos 7, 137, 138 y 139 de la carta magna.

Con estas afirmaciones, la Sala Constitucional quiso reducir la actuación de la Asamblea Nacional con posterioridad a la “elección” de los magistrados al Tribunal Supremo, a la sola posibilidad de su remoción conforme a las previsiones constitucionales, ignorando, sin embargo, que la Asamblea Nacional, como cuerpo elector, también tiene la potestad de revocar los actos parlamentarios de elección, si se comprueba que al haberse adoptado se violaron las normas constitucionales establecidas para tal elección. Al contrario, sin embargo, la Sala Constitucional consideró que nombrar la Comisión indicada no era más que un “artificio” “evidentemente inconstitucional, por atentar contra la autonomía del Poder Judicial y la supremacía constitucional, constituyendo un fraude hacia el orden fundamental que, siguiendo las más elementales pautas morales, no subordina la composición del Máximo Tribunal de la República al cambio en la correlación de las fuerzas político-partidistas a lo interno del Legislativo Nacional”.

En esta forma, la Sala Constitucional desconoció en un solo párrafo de la sentencia la potestad de los órganos del Estado de controlar sus propios actos. En este caso, cuando la Asamblea revisa el acto de elección de un magistrado que considera inconstitucional, está controlando las propias actuaciones de la Asamblea Nacional, y no las del Poder Judicial, lo que sin duda se puede producir, en particular, si ha variado la correlación de fuerzas políticas en la Asamblea. Ello ni es un fraude a la Constitución ni viola ninguna pauta moral, y nada tiene que ver la duración de los diversos períodos de los órganos del Estado. Además, designar una comisión parlamentaria para investigar las inconstitucionalidades realizadas durante la elección de magistrados, en forma alguna puede calificarse como “desviación jurídica y ética” ni como “desviación de poder”.

El epílogo de todas estas erradas y desviadas conclusiones de la Sala fue proceder, sin más, a declarar, mediante la Sentencia 9 de 1º de marzo de 2016:

[L]a nulidad absoluta e irrevocable de los actos mediante los cuales la Asamblea Nacional pretende impulsar la revisión de procesos constitucionalmente precluidos de selección de magistrados y magistradas y, por ende, de las actuaciones mediante las cuales creó la comisión especial designada para evaluar tales nombramientos, así como de todas las actuaciones derivadas de ellas, las cuales son, jurídica y constitucionalmente, inexistentes.

Agregó: “[N]o es inadvertido para esta Sala que una de las probables consecuencias de crear la referida *Comisión Especial de la Asamblea Nacional para revisar el nombramiento de los magistrados principales y suplentes designados en diciembre de 2015*, sería la de pretender dejar sin efecto la designación de los magistrados para los cuales fue creada la mencionada Comisión, en ejercicio de un manifiesto fraude constitucional a la luz del contenido del artículo 265 del Texto Fundamental”, pero sin decir, la Sala, que entre los magistrados cuya designación estudiaba la Comisión de la Asamblea estaban algunos de quienes dictaban la sentencia. Fueron jueces y parte en el proceso, sin que nadie en la Asamblea pudiese expresar siquiera una opinión adversa a lo que pretendían los demandantes, violando la garantía constitucional al debido proceso.

Así, la Sala Constitucional desconoció la competencia que tiene la Asamblea Nacional para revocar sus propias decisiones por razones de nulidad absoluta, como incluso se establece en el artículo 90 de su Reglamento Interior y de Debates, al disponer: “Las decisiones revocatorias de un acto de la Asamblea Nacional, en todo o en parte, requerirán del voto de la mayoría absoluta de los presentes”, lo que, de acuerdo con la norma, no sólo procede en caso de vicios de nulidad absoluta, son formalidades esenciales y puede procederse también a la revocación en casos de “error o por carencia de alguna formalidad no esencial” con el voto de la mayoría de los presentes.

En fin, desconociendo la Constitución, confundiendo la posibilidad legítima de revocar o dejar sin efectos por la Asamblea sus propios actos de “elección” de un magistrado del Tribunal Supremo efectuados en contra de la Constitución, con la “remoción” de magistrados, la Sala Constitucional concluyó:

[L]a Asamblea Nacional no está legitimada para revisar, anular, revocar o de cualquier forma dejar sin efecto el proceso interinstitucional de designación de los magistrados y magistradas del Tribunal Supremo de Justicia, principales y suplentes, en el que también participan el Poder Ciudadano y el Poder Judicial (este último a través del comité de postulaciones judiciales que debe designar –art. 270 Constitucional–), pues además de no estar previsto en la Constitución y atentar contra el equilibrio entre poderes, ello sería tanto

como remover a los magistrados y magistradas sin tener la mayoría calificada de las dos terceras partes de sus integrantes, sin audiencia concedida al interesado o interesada, y en casos de –supuestas– faltas –graves– no calificadas por el Poder Ciudadano, al margen de la ley y de la Constitución (ver art. 265 Constitucional).

Así, la Sala Constitucional simplemente le cercenó a la Asamblea Nacional su potestad de revisar la constitucionalidad de sus propios actos y de revocarlos cuando determine que están viciados por violación de la Constitución.

5.1. La reacción institucional de la Asamblea Nacional respecto de la sentencia anulatoria de la comisión legislativa dictada por la Sala Constitucional

Como respuesta a la Sentencia 9 de 1º de marzo de 2016 emanada de la Sala Constitucional, la Asamblea Nacional adoptó un Acuerdo de rechazo categórico a la misma, porque limitaba “las atribuciones constitucionales de la Asamblea Nacional”,⁴⁵ cercenándole en general sus poderes de control político respecto del Gobierno y la administración pública. En particular, además, respecto de la voluntad expresada por la Asamblea de revisar el proceso de “designación” de magistrados del Tribunal Supremo de Justicia tal como se efectuó el 23 de diciembre de 2015, la Asamblea expresó en su Acuerdo, entre otros considerandos:

- (ix) Que “la Sala Constitucional afirma en su sentencia que la Asamblea Nacional no podía crear una Comisión especial de estudio sobre el procedimiento de designación de los magistrados del Tribunal Supremo de Justicia que se llevó a cabo en diciembre de 2015, lo cual desconoce que la Asamblea Nacional no podía ni puede ser indiferente ante las graves denuncias presentadas en relación con dicho procedimiento. Al contrario, estaba obligada a investigar tales hechos para luego emitir las declaraciones o adoptar las medidas que estime necesarias en el marco de la Constitución”.
- (xiii) Que “la Sala Constitucional pretende asegurar la inmovilidad en el seno del Tribunal Supremo de Justicia, para consolidar situaciones incluso contrarias a derecho, mediante la invocación de una exclusividad en la iniciativa legislativa para aprobar o modificar la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia que no está prevista en la Constitución y que no se corresponde con la iniciativa parlamentaria que condujo a la aprobación de esa Ley en el 2004”.

⁴⁵ Asamblea Nacional aprobó acuerdo de rechazo contra sentencia del TSJ, *Informe 21.com*, 1º de marzo de 2016. Disponible en: <http://infor-me21.com/politica/asamblea-nacional-aprobo-acuerdo-de-rechazo-contra-sentencia-del-tsj>.

Además del rechazo categórico a la “sentencia N° 9, del 1 de marzo de 2016, de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, por ser inexistente al violar el Artículo 40 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia”, la Asamblea en el Acuerdo adoptado procedió a: “Séptimo: Exhortar al pueblo venezolano a que se mantenga alerta y activo de manera democrática y pacífica, para exigir el respeto a la soberanía popular expresada el pasado 6 de diciembre de 2015”.

5.2. Ratificación de la anulación de la Comisión Especial para la revisión de la designación de magistrados

La decisión incidental de la Sala Constitucional sobre el tema de los poderes de la Asamblea de dejar sin efecto sus propios actos por razones de inconstitucionalidad y, por tanto, de nulidad absoluta, fue posteriormente ratificada por la propia Sala Constitucional con la Sentencia 225 de 29 de marzo de 2016,⁴⁶ dictada con motivo de un recurso de nulidad parcial que había intentado un abogado, el 13 de enero de 2016, contra el mencionado Acuerdo de la Asamblea de 23 de diciembre de 2015, mediante el cual se había procedido a la “designación” de diversos magistrados del Tribunal Supremo, alegando cuestiones relativas a falta de condición moral y la honorabilidad de los seleccionados, así como de competencia para el ejercicio de dichas funciones en violación de la normativa constitucional que rige tales designaciones.

Con motivo de declarar inadmisibile el recurso intentado por supuesta falta de fundamentación y de paso sancionar con multa al recurrente por haber “irrespetado” a los magistrados del Tribunal Supremo, la Sala Constitucional ratificó lo que ya había resuelto en la Sentencia 9 de 1° de marzo de 2016, en el sentido de cercenarle a la Asamblea Nacional su potestad de autotutela sobre sus propios actos, cuando estén viciados de nulidad, en particular, el poder revocar las ilegítimas “designaciones” de los magistrados del Tribunal Supremo, en violación de la Constitución.

En efecto, en esa Sentencia 255 de marzo de 2016, la Sala desvirtuó la función de la Asamblea Nacional como cuerpo elector de segundo grado en la elección de los magistrados del Tribunal Supremo, considerando que ella solo participaba “en los procesos complejos e interinstitucionales de designación y remoción de magistrados y magistradas de este máximo tribunal, conforme lo pautan los artículos 264 y 265 Constitucional”, reafirmando que “en lo que a ello respecta, allí culmina su rol en el equilibrio entre poderes públicos para viabilizar la función del Estado”.

⁴⁶ Disponible en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/marzo/186523-225-29316-2016-16-0042.HTML>.

6. La anulación de la decisión de la Asamblea Nacional de dejar sin efectos por inconstitucional la “designación” de magistrados del Tribunal Supremo realizada por la Asamblea anterior en diciembre de 2015

Ahora bien, a pesar de lo expresado en la antes comentada Sentencia 9 de 1º de marzo de 2016, y de su ratificación mediante Sentencia 225 de 29 de marzo de 2016, también comentada, la Asamblea Nacional –desconociendo lo decidido en estas y ejerciendo autónomamente sus competencias constitucionales como titular de la representación popular– procedió, primero, a designar una nueva comisión especial para resolver el mismo tema de la inconstitucional “designación” de los magistrados del Tribunal Supremo el día 23 de diciembre de 2015 por la anterior Asamblea, denominada Comisión Especial para el Rescate de la Institucionalidad del Tribunal Supremo de Justicia, y, segundo, el 14 de julio de 2016, a aprobar el Informe de la misma, donde declaraba dejar sin efectos aquellos actos de nombramientos.

En dicho Informe, en efecto, la comisión constató, entre otros aspectos, que en el procedimiento de designación de magistrados del Tribunal Supremo ocurrido en diciembre de 2015, durante unas sesiones extraordinarias, la Asamblea de entonces: (i) había incumplido las normas constitucionales para la conformación y funcionamiento del Comité de Postulaciones Judiciales (arts. 264 y 270); y (ii) había violado las disposiciones de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia (arts. 70, 71, 73 y 74) y del Reglamento Interno del Comité de Postulaciones Judiciales (arts. 19, 20, 21, 22, 23, 24, 25, 26, 27, 28, 29, 30 y 31), regulatorios del procedimiento para convocar, recibir, evaluar, seleccionar y postular candidatos elegibles para los cargos de magistrados del Tribunal Supremo de Justicia.

Además, la Asamblea consideró que el Poder Ciudadano también había incumplido sus obligaciones constitucionales de verificación del cumplimiento por parte del Comité de Postulaciones Judiciales de las disposiciones antes mencionadas, en lo que respecta al proceso de convocatoria y selección inicial de postulados, previos a la elaboración de la lista definitiva de los candidatos, pues examinó el listado de postulados sin que se hubiese efectuado un proceso de selección con base en dichas normas.

Y, por último, la Asamblea estimó que la Junta Directiva saliente de la Asamblea Nacional también había incumplido “las normas inherentes al proceso de juramentación de los candidatos” que habían sido seleccionados en un “proceso completamente inconstitucional e ilegal”.

Al aprobar dicho Informe de la Comisión Especial, como se dijo, la Asamblea decidió declarar “dejar sin efectos” los actos de procedimiento de lo que consideró un “írrito proceso” de selección y designación de los magistrados, realizados en diciembre de 2015, así como el acto de designación y juramentación, y, en consecuencia, decidió proceder a la elección de los mismos conforme a la Constitución.

Dicho acto parlamentario de fecha 14 de julio de 2016 fue impugnado al día siguiente, el 15 de enero de 2016, por un grupo de diputados del partido de gobierno, y la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia –ignorando el mandato constitucional de que “el proceso constituye un instrumento fundamental para la realización de la justicia” (art. 257)–, en esta oportunidad, a los cuatro días siguientes procedió a dictar una sentencia de nulidad del acto parlamentario impugnado, *sin proceso* alguno, es decir, sin siquiera molestarse en citar y oír a la autoridad autora del acto impugnado para conocer sus alegatos, violando así la garantía constitucional del debido proceso que exige garantizar el derecho a la defensa en todo estado y grado del proceso (art. 49.1).

En efecto, eso fue lo que ocurrió con la Sentencia (de dicha Sala) 614 de 19 de julio de 2016,⁴⁷ mediante la cual “asumió la causa” resultado de la mencionada solicitud de nulidad y, sin llegar siquiera a “admitir” la demanda, *in limine* anuló el acto parlamentario impugnado que había sido dictado por la Asamblea Nacional solo cinco días antes, como se dijo, el 14 de julio de 2016, mediante el cual se aprobó el Informe que había presentado la Comisión Especial para el Rescate de la Institucionalidad del Tribunal Supremo de Justicia, recomendando dejar sin efectos el proceso de selección para el “nombramiento” de los magistrados del Tribunal Supremo y el acto de su juramentación desarrollados en diciembre de 2015.

Como el objeto de la solicitud de nulidad era un acto de la Asamblea Nacional, cuya “abolición” había sido decretada por la Sala Constitucional en sus múltiples sentencias dictadas durante el primer semestre de 2016 y después de la elección parlamentaria del 6 de diciembre de 2015, ese “trámite” procesal obligatorio de tener que “admitir” la demanda para poder entrar a conocer de la causa y tener que citar a los representantes de la entidad demandada para que pudieran alegar sus argumentos en defensa del acto impugnado, por lo visto, para la Sala Constitucional en Venezuela no era más que una “nimiedad”.

Por ello, como lo dice la sentencia, la Sala sin más y sin trámite alguno “asumió” la causa y pasó a decidir, sin que los magistrados cuyos nombramientos habían sido dejados sin efecto por el Parlamento siquiera se hubiesen molestado en inhibirse de conocer del asunto. Simplemente, no firmaron la decisión porque no asistieron a la audiencia supuestamente “por motivos justificados”.⁴⁸

⁴⁷ Disponible en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/julio/189122-614-19716-2016-16-0153.HTML>. Ver el comentario sobre la sentencia de José Ignacio Hernández, “El TSJ anuló decisión de la AN sobre los magistrados: ¿cuáles son las implicaciones?”, *Prodavinci*, 2 de julio de 2016. Disponible en: <http://prodavinci.com/blogs/el-tsj-anulo-decision-de-la-an-sobre-los-magistrados-cuales-son-las-implicaciones-por-jose-i-hernandez/r>.

⁴⁸ En la sentencia también aparecen, al final, los nombres de todos los integrantes de la Sala, en la misma forma comentada en la nota 37, *supra*.

En la página web del Tribunal Supremo, del 19 de julio de 2016,⁴⁹ apareció la referencia a que la sentencia *express* había sido dictada en un supuesto “procedimiento de interpretación” que nunca existió, porque se trató de una acción de nulidad, y las “partes” que se identificaron fueron otras distintas a los diputados Héctor Rodríguez, Pedro Carreño, Gilberto Pinto, Francisco Torrealba y Ricardo Molina que fueron los impugnantes.

De esta forma, con la Sentencia 614 de 19 de julio de 2016,⁵⁰ y la errada información oficial sobre la misma, dictada sin juicio o proceso alguno de manera expedita, como nunca antes se había visto en los anales de la “justicia constitucional” en Venezuela, solo cuatro días después de dictado el acto impugnado, el juez constitucional declaró nulo el acto parlamentario del 14 de julio de 2016 por la Asamblea Nacional, mediante el cual, como se dijo, se aprobó el Informe presentado por la Comisión Especial para el Rescate de la Institucionalidad del Tribunal Supremo de Justicia. Todo lo anterior, con base en el argumento de los recurrentes de que como una comisión parlamentaria con similar propósito había sido designada en enero de 2016, y había sido anulada por la Sala en la antes analizada Sentencia 9 de 1° de marzo de 2016,⁵¹ la designación de la nueva comisión parlamentaria con el mismo propósito de la anterior constituía un desacato a dicha sentencia y violaba la Constitución.

Con este solo alegato, la Sala Constitucional dictó entonces su sentencia sin proceso, actuando como juez en su propia causa, se limitó a transcribir la precedente Sentencia 9 de 1° de marzo de 2016, donde indicaba que los magistrados del Tribunal Supremo solo pueden ser “removidos” por las causales establecidas en la Constitución y la ley –cuando, sin embargo, la Asamblea no había “removido” a nadie– y declaró:

[E]s nula de toda nulidad la “Comisión especial para el rescate de la institucionalidad del Tribunal Supremo de Justicia”, así como el acto de su creación, acciones desplegadas por la misma e informes y demás instrumentos por ella producidos, los cuales carecen de validez, existencia y eficacia jurídica.

Asimismo, debe señalarse que es nulo el acto parlamentario por medio del cual la mayoría de los diputados y diputadas de la Asamblea Nacional aprobaron el informe presentado por la “*Comisión Especial para el rescate de la institucionalidad del Tribunal Supremo de Justicia*”, en la sesión ordinaria de fecha 14 de julio de 2016.

También debe declarar esta Sala que cualquier comisión u otro artificio o acción que tenga el objeto de anular la designación de magistrados y ma-

⁴⁹ Disponible en: <http://www.tsj.gob.ve/decisiones#1>.

⁵⁰ Disponible en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/julio/189122-614-19716-2016-16-0153.HTML>.

⁵¹ Ver los comentarios a esta sentencia en Brewer-Carías, “El ataque de la Sala Constitucional contra la Asamblea Nacional...”, *op. cit.*

gistradas, subvirtiendo el procedimiento constitucional para la remoción de magistrados y magistradas del Tribunal Supremo de Justicia y, en fin, contraviniendo el ordenamiento jurídico, sería írrito y nulo de toda nulidad, por ende, carente de validez, existencia y eficacia jurídica, y quienes participen en ellos están sujetos a la responsabilidad penal, civil y administrativa que corresponda.

La Asamblea Nacional en su decisión, como se dijo, no había “removido” a magistrado alguno, lo que solo puede ocurrir en la forma y conforme a las causales establecidas en la Constitución y en la ley orgánica; lo que hizo fue dejar sin efecto unos nombramientos írritos por haber sido hechos en violación de la Constitución y de la ley orgánica del Tribunal Supremo, sin que ello constituya “artificio” alguno para subvertir el procedimiento de remoción. La “remoción” de magistrados es una cosa, y el ejercicio del poder de autotutela de sus actos írritos es una potestad constitucional de la Asamblea, que no le puede ser coartada como lo hizo la Sala Constitucional en las sentencias 9 de 1º de marzo de 2016 y 614 de 19 de julio de 2016.

Pero aparte de estas declaratorias, en la Sentencia 614 de 19 de julio de 2016, la Sala Constitucional declaró la nulidad del acto parlamentario de aprobación del Informe de la Comisión Especial del día 14 de julio de 2016, por contener otros supuestos vicios de nulidad por inconstitucionalidad, porque la Asamblea, que es la única que puede regular su régimen interior y de debates, sin embargo, a juicio de la Sala, habría inobservado a través de su Junta Directiva “de manera flagrante” lo señalado en la Sentencia 269 de 21 de abril de 2016,⁵² donde la Sala se había convertido inconstitucionalmente en órgano regulador del régimen interior y de debates de la Asamblea, pasando a establecerlo a su arbitrio.

La Sala, en efecto, consideró que la Junta Directiva, la Secretaría y los diputados de la Asamblea Nacional, al aprobar el Informe de la Comisión Especial “desacataron la sentencia N° 269 del 21 de abril de 2016, emanada de esta Sala, y quebrantaron el orden constitucional”, sentencia en donde, al decir de la propia Sala, por supuesto inconstitucionalmente, “amplió además el procedimiento jurídico para las convocatorias de las sesiones ordinarias de la Asamblea Nacional, extendiendo el lapso de convocatoria establecido en el Reglamento Interior y de Debates de la Asamblea Nacional”, para lo cual, por supuesto, la Sala no tenía competencia alguna.

En consecuencia, la Sala Constitucional procedió a “*anular* la convocatoria y la sesión ordinaria de la Asamblea Nacional del 14 de julio de 2016, junto a los actos producidos en ella, y *ordenar* a la Junta Directiva, al resto de diputados incursos en las irregularidades señaladas en esta sentencia” a respetar lo decidido por la Sala,

⁵² Ver los comentarios a esta sentencia en Allan R. Brewer-Carías, “El fin del Poder Legislativo. La regulación por el juez constitucional del régimen interior y de debates de la Asamblea Nacional, y la sujeción de la función legislativa de la Asamblea a la aprobación previa por parte del Poder Ejecutivo”, Nueva York, 3 de mayo de 2016. Disponible en: <http://www.allanbrewercarias.com/Content/449725d9-f1cb-474b-8ab2-41efb849fea3/Content/Brewer.%20EL%20FIN%20DEL%20PODER%20LEGISLATIVO.%20SC.%20mayo%202016.pdf>.

amenazando a los diputados con poner la justicia penal al servicio del gobierno para perseguirlos, a pesar de que gozan del privilegio de la inmunidad parlamentaria,⁵³ por la “*posible comisión de delitos* contra los poderes nacionales y contra la administración de justicia”.

La sentencia repitió, hasta la saciedad, como si ello contribuyera a que pudiera tener credibilidad, que lo decidido por el Parlamento era “nulo” de “nulidad absoluta” y que todos los actos que originaron el acto impugnado eran “írritos y nulos de toda nulidad y carentes de validez, existencia y eficacia jurídica”, para, al final, declarar que el acto parlamentario del 23 de diciembre de 2015, en el cual fueron designados y juramentados 34 magistrados del Tribunal Supremo de Justicia, “conserva su total validez y, en consecuencia, permanecerán en sus cargos en el tribunal supremo de justicia para el período constitucional correspondiente”.

O sea, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo, actuando como juez en su propia causa, resolvió que los magistrados que la integraban, aun cuando no firmaron la sentencia solo por supuestas “razones justificadas”, permanecerían en sus cargos de manera inamovible por algo más de dos lustros hacia el futuro; y ordenó a los diputados de la Asamblea Nacional, “ante estos actos que constituyen evidentes desviaciones de poder y fraudes constitucionales”, “acatar” lo decidido.

Así es como se imparte justicia en Venezuela, de forma extraordinariamente expedita, con una sentencia dictada en solo cuatro días después de presentada una solicitud, por un juez que juzga en su propia causa, sin seguir proceso judicial alguno, y viola descaradamente la garantía del debido proceso.

Pero como la Sala no tiene quien la controle, no pasa nada. *Quis custodiet ipsos custodes?*

Bibliografía

ACEB LATINA, “Ministros no se presentaron a la Asamblea Nacional. Gobierno pedía una ‘sesión secreta’”, 21 de enero de 2016. Disponible en: https://www.facebook.com/PERMALINK.PHP?ID=374440365912712&STORY_FBID=999122600111149.

ALMAGRO, Luis, “Mensaje de fin de año del Secretario General de la OEA”, 31 de diciembre de 2015. Disponible en: <https://sieteclicks.com/2015/12/31/oea-lanza-un-torpedo-de-fin-de-ano-a-maduro-y-diosdado/>.

_____, “Texto de la exposición del Secretario General Luis Almagro en la sesión del Consejo Permanente de la Organización de Estados Americanos el 23 de junio de 2016”. Disponible en: <http://www.elnuevoherald.com/noticias/mundo/america-latina/venezuela-es/article85720037.html>.

ASAMBLEA NACIONAL, Ley Especial para la Designación de los Titulares de los Poderes Públicos, *Gaceta Oficial*, núm. 37.077, 14 de noviembre de 2000.

⁵³ Ver los comentarios de José Ignacio Hernández en “El TSJ anuló decisión de la AN sobre los magistrados...”, *op. cit.*

- _____, Ley Orgánica del Poder Ciudadano, *Gaceta Oficial*, núm. 37.310, 25 de octubre de 2001.
- _____, Ley Orgánica del Poder Electoral, *Gaceta Oficial*, núm. 37.573, 19 de noviembre de 2002.
- _____, “Acuerdo mediante el cual se designa a los magistrados y magistradas principales y suplentes del Tribunal Supremo de Justicia”, *Gaceta Oficial*, núm. 40.816, 23 de diciembre de 2015.
- _____, “Acuerdo mediante el cual se corrige por error material el Acuerdo de fecha 23 de diciembre de 2015, donde se designa a los magistrados y magistradas principales y suplentes del Tribunal Supremo de Justicia”, *Gaceta Oficial*, núm. 40.818, 29 de diciembre de 2015.
- _____, “Asamblea Nacional aprobó acuerdo de rechazo contra sentencia del TSJ”, *Informe 21.com*, 1º de marzo de 2016. Disponible en: <http://infor-me21.com/politica/asamblea-nacional-aprobo-acuerdo-de-rechazo-contra-sentencia-del-tsj>.
- BREWER-CARÍAS, Allan R., “El régimen constitucional de los estados de excepción”, en Víctor BAZÁN (coord.), *Derecho público contemporáneo. Libro en reconocimiento al Dr. Germán Bidart Campos*, Buenos Aires, Ediar, 2003, pp. 1137-1149.
- _____, “La participación ciudadana en la designación de los titulares de los órganos no electos de los poderes públicos en Venezuela y sus vicisitudes políticas”, *Revista Iberoamericana de Derecho Público y Administrativo*, año 5, núm. 5, 2005, pp. 76-95.
- _____, “*Quis Custodiet Ipsos Custodes*: De la interpretación constitucional a la inconstitucionalidad de la interpretación”, *Revista de Derecho Público*, núm. 105, 2006, pp. 7-27.
- _____, “La proyectada reforma constitucional de 2007, rechazada por el poder constituyente originario”, en *Anuario de Derecho Público 2007*, año 1, Caracas, Instituto de Estudios de Derecho Público de la Universidad Monteávila, 2008, pp. 17-65.
- _____, *Dismantling Democracy. The Chávez Authoritarian Experiment*, New York, Cambridge University Press, 2008.
- _____, “El control de la constitucionalidad de la omisión legislativa y la sustitución del legislador por el juez constitucional: el caso del nombramiento de los titulares del Poder Electoral en Venezuela”, *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, núm. 10, 2008, pp. 271-286.
- _____, “La ilegítima mutación de la Constitución por el juez constitucional: la inconstitucional ampliación y modificación de su propia competencia en materia de control de constitucionalidad”, en *Libro Homenaje a Josefina Calcaño de Temeletas*, Caracas, Fundación de Estudios de Derecho Administrativo (FUNEDA), 2009, pp. 319-362.
- _____, “Sobre la Asamblea Nacional y la deformación de la institución parlamentaria”, prólogo al libro de Juan Miguel Matheus, *La Asamblea Nacional: cuatro perfiles para su reconstrucción constitucional*, Caracas, Editorial Jurídica Venezolana, 2013.

- _____, “El golpe de Estado dado en diciembre de 2014 en Venezuela con la inconstitucional designación de las altas autoridades del poder público”, *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm. 52, 2015, pp. 18-33; publicado también en *Revista de Derecho Público*, núm. 140, 2014, pp. 495-518.
- _____, *La mentira como política de Estado. Crónica de una crisis política permanente. Venezuela 1999-2015*, Caracas, Editorial Jurídica Venezolana, 2015.
- _____, *Estado totalitario y desprecio a la ley. La desconstitucionalización, desjuridificación, desjudicialización y desdemocratización de Venezuela*, 2ª ed., Caracas, Fundación de Derecho Público, Editorial Jurídica Venezolana, 2015.
- _____, “El ‘golpe judicial pírrico’, o de cómo la oposición seguirá controlando la mayoría calificada de la Asamblea Nacional”, 31 de diciembre de 2015. Disponible en: <http://www.allanbrewercarias.com/Content/449725d9-f1cb-474b-8ab2-41efb849fea3/Content/Brewer.%20EL%20E2%80%9CGOLPE%20JUDICIAL%20E2%80%9D%20P%C3%8DRRICO.%2031-12-2015.pdf>.
- _____, *Dictadura judicial y pervisión del Estado de derecho*, Caracas, Editorial Jurídica Venezolana, 2016.
- _____, *La ruina de la democracia*, Caracas, Editorial Jurídica Venezolana, 2016.
- _____, “El irresponsable intento de ‘golpe judicial’ electoral, y la necesaria revocación inmediata de la inconstitucional ‘designación’ de los magistrados de la Sala Electoral efectuada por la Asamblea Moribunda”, 4 de enero de 2016. Disponible en: <http://www.allanbrewercarias.com/Content/449725d9-f1cb-474b-8ab2-41efb849fea3/Content/LA%20IRRESPONSABILIDAD%20EN%20EL%20GOLPE%20JUDICIAL%20ELECTORAL%20Y%20LA%20REVOCACI%C3%93N%20DE%20LOS%20JUECES%2004-01-2016.pdf>.
- _____, “El ataque de la Sala Constitucional contra la Asamblea Nacional y su necesaria e ineludible reacción. De cómo la Sala Constitucional del Tribunal Supremo pretendió privar a la Asamblea Nacional de sus poderes constitucionales para controlar sus propios actos, y reducir inconstitucionalmente sus potestades de control político sobre el gobierno y la administración pública, y la reacción de la Asamblea Nacional contra la sentencia No. 9 de 1-3-2016”, Nueva York, 4 de marzo de 2016. Disponible en: [http://www.allanbrewercarias.com/Content/449725d9-f1cb-474b-8ab2-41efb849fea3/Content/Brewer.%20El%20ataque%20Sala%20Constitucional%20v.%20Asamblea%20Nacional.%20Sent- No.%209%201-3-2016\).pdf](http://www.allanbrewercarias.com/Content/449725d9-f1cb-474b-8ab2-41efb849fea3/Content/Brewer.%20El%20ataque%20Sala%20Constitucional%20v.%20Asamblea%20Nacional.%20Sent- No.%209%201-3-2016).pdf).
- _____, “El fin del Poder Legislativo. La regulación por el juez constitucional del régimen interior y de debates de la Asamblea Nacional, y la sujeción de la función legislativa de la Asamblea a la aprobación previa por parte del Poder Ejecutivo”, 3 de mayo de 2016. Disponible en: <http://www.allanbrewercarias.com/Content/449725d9-f1cb-474b-8ab2-41efb849fea3/Content/Brewer.%20EL%20FIN%20DEL%20PODER%20LEGISLATIVO.%20SC.%20mayo%202016.pdf>.
- COLEGIOS DE ABOGADOS DE AMAZONAS, Anzoátegui, Apure, Aragua, Barinas, Carabobo, Cojedes, Delta Amacuro, Distrito Capital, Falcón, Guárico, Lara,

- Mérida, Miranda, Monagas, Nueva Esparta, Portuguesa, Sucre, Táchira y Zulia, *Pronunciamiento de 20 diciembre de 2015*. Disponible en: <http://pararescatarelporvenir.blogspot.com/search/label/PRONUNCIAMIENTO%20DE%2020%20COLEGIOS%20DE%20ABOGADOS%20DE%20VENEZUELA>.
- EJECUTIVO NACIONAL, Decreto No. 2.184 de fecha 14 de enero de 2016, de declaratoria de estado de excepción (emergencia económica), *Gaceta Oficial*, núm. 6.214 extra., 14 de enero de 2016.
- FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y POLÍTICAS, Universidad Central de Venezuela, “Designación precipitada de magistrados del TSJ en contra de la soberanía popular”, Caracas, 19 de diciembre de 2015. Disponible en: http://www.ucv.ve/fileadmin/user_upload/facultad_ciencias_juridicas/ederecho/Designaci%C3%B3n_Magistrados_TSJ_2015-.pdf.
- GALINDO, Manuel, “Contralor General dice que AN sí tiene competencia para remover magistrados del TSJ”, *La patilla.com*, video, 7 de marzo de 2016. Disponible en: <http://www.lapatilla.com/site/2016/03/07/contralor-general-dice-que-an-si-tiene-competencia-para-remover-magistrados-del-tsj-video/>.
- GRUPO DE PROFESORES DE DERECHO PÚBLICO, “Profesores de Derecho Público emiten comunicado rechazando el nombramiento de magistrados del TSJ”, *El Nacional*, 30 de diciembre de 2015. Disponible en: http://www.el-nacional.com/politica/Profesores-Derecho-Publico-nombramiento-TSJ_o_766123520.html.
- HERNÁNDEZ, José Ignacio, “La designación del Poder Ciudadano: fraude a la Constitución en 6 actos”, *Prodavinci*, 22 de diciembre de 2014. Disponible en: <http://prodavinci.com/blogs/la-designacion-del-poder-ciudadano-fraude-a-la-constitucion-en-6-actos-por-jose-i-hernandez/>.
- _____, “5 violaciones cometidas durante la designación de los magistrados del TSJ”, *Prodavinci*, 23 de diciembre de 2015. Disponible en: <http://prodavinci.com/blogs/5-violaciones-cometidas-durante-la-designacion-de-los-magistrados-del-tsj-por-jose-i-hernandez/>.
- _____, “El TSJ anuló decisión de la AN sobre los magistrados: ¿cuáles son las implicaciones?”, *Prodavinci*, 2 de julio de 2016. Disponible en: <http://prodavinci.com/blogs/el-tsj-anulo-decision-de-la-an-sobre-los-magistrados-cuales-son-las-implicaciones-por-jose-i-hernandez/r>.
- “Las trampas de Maduro”, *El País*, 29 de diciembre de 2015. Disponible en: <http://www.lapatilla.com/site/2015/12/29/editorial-el-pais-espana-las-trampas-de-maduro/>.
- PADRÓN, Diego, “Si el gobierno desoye al pueblo, deshonor su voluntad”, *El Nacional*, 31 de diciembre de 2015. Disponible en: http://www.el-nacional.com/politica/gobierno-desoye-pueblo-deshonra-voluntad_o_766123537.html.
- TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA, Sala Constitucional, Sentencia 97 de 15 de marzo de 2000, *Caso Agropecuaria Los Tres Rebeldes*, *Revista de Derecho Público*, núm. 81, 2000.

- _____, Sala Constitucional, Sentencia 123 de 17 de marzo de 2000, *Caso Sergio J. Meléndez*, *Revista de Derecho Público*, núm. 81, 2000.
- _____, Sala Constitucional, Sentencia 1077 de 22 de septiembre de 2000, *Caso Servio Tulio León*. Disponible en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/septiembre/1077-220900-00-1289.HTM>.
- _____, Sala Constitucional, Sentencia 321 de 22 de febrero de 2002, *Caso Papeles Nacionales Flamingo, C.A. vs. Dirección de Hacienda del Municipio Guacara del Estado Carabobo*, *Revista de Derecho Público*, núm. 89-92, 2002.
- _____, Sala Constitucional del Tribunal Supremo, Sentencia 2073 de 4 de agosto de 2003, *Caso Hermann Escarrá Malaver y otros*. Disponible en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/agosto/2073-040803-03-1254%20Y%201308.HTM>.
- _____, Sala Constitucional, Sentencia 2341 de 25 de agosto de 2003, *Caso Hermann Escarrá M. y otros*, Disponible en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/agosto/PODER%20ELEC-TORAL.HTM>.
- _____, Sala Constitucional, Sentencia 1865 de 26 de diciembre de 2014. Disponible en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/diciembre/173497-1865-261214-2014-14-1343.HTML>.
- _____, Sala Constitucional, Sentencia 1.758 de 22 de diciembre de 2015. Disponible en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/diciembre/184220-1758-221215-2015-2015-1415.HTML>.
- _____, Sala Electoral, Sentencia 260 de 30 de diciembre de 2015. Disponible en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/selec/diciembre/184227-260-301215-2015-2015-000146.HTML>.
- _____, Sala Constitucional, Sentencia 3 de 14 de enero de 2016. Disponible en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/enero/184316-03-14116-2016-16-0003.HTML>.
- _____, Sala Constitucional, Sentencia 4 de 20 de enero de 2016. Disponible en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/enero/184426-04-20116-2016-16-0038.HTML>.
- _____, Sala Constitucional, Sentencia 7 de 11 de febrero de 2016. Disponible en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/febrero/184885-07-11216-2016-16-0117.HTML>.
- _____, Sala Constitucional, Sentencia 9 de 1º de marzo de 2016. Disponible en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/marzo/185627-09-1316-2016-16-0153.HTML>.
- _____, Sala Constitucional, Sentencia 225 de 29 de marzo de 2016. Disponible en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/marzo/186523-225-29316-2016-16-0042.HTML>.
- _____, Sala Constitucional, Sentencia 614 de 19 de julio de 2016. Disponible en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/julio/189122-614-19716-2016-16-0153.HTML>.

VOLVER A LA TABLA DE CONTENIDO

Francisco J. Campos Zamora* (Costa Rica)

Tensiones en la administración de justicia: entre la dependencia política y el Estado judicial

RESUMEN

El presente artículo analiza dos de las principales tensiones a las cuales se enfrentan los sistemas de administración de justicia, en particular aquellos encargados de realizar el control constitucional como contrapeso al poder político. De un lado, la ineficacia de la función de control derivada de la dependencia política; del otro, el surgimiento del Estado judicial. Se desarrollan también algunas líneas del realismo jurídico como perspectiva útil para analizar esas tensiones de la función judicial.

Palabras clave: Poder Judicial, principio de independencia judicial, Estado judicial.

ZUSAMMENFASSUNG

Der Beitrag befasst sich mit zwei der wichtigsten Spannungsverhältnisse, denen die Systeme der Rechtspflege, vor allem diejenigen, denen die Kontrolle der Verfassungsmäßigkeit als Gegengewicht zur politischen Macht obliegt, ausgesetzt sind: Einerseits die fehlende Wirksamkeit der Kontrollfunktion aufgrund von politischer Abhängigkeit, andererseits das Entstehen einer unabhängigen Richterstaat. Darüber hinaus werden auf Grundlage des Rechtsrealismus einige nützliche Perspektiven für die Analyse der angesprochenen Spannungen entwickelt.

Schlagwörter: Rechtsprechende Gewalt, Grundsatz der Unabhängigkeit der Justiz, Richterstaat.

ABSTRACT

This article analyzes two of the main tensions faced by justice administration systems, in particular those responsible for exercising constitutional review as a counterweight

* Profesor de la Universidad de Costa Rica. Doctorando de la Christian-Albrechts-Universität zu Kiel, República Federal de Alemania. fcocampos@gmail.com.

to political power. On the one hand, the ineffectiveness of the review function derived from political dependence; and on the other, the emergence of the judicial State. The article also develops some lines of legal realism as a useful perspective for analyzing these tensions of the judicial function.

Keywords: Judicial Power, principle of judicial independence, judicial State.

¿Me dices que en muchos procesos el diablo no solo actúa
sobre el culpable, sino también y sobre todo sobre el juez?
El nombre de la rosa

1. Entre el Escila y el Caribdis de la administración de justicia

En su camino hacia Ítaca, Odiseo se vio forzado a atravesar un peligroso paso marítimo entre dos imponentes acantilados, uno dominado por Escila, el otro por Caribdis. Escila era un monstruo con rostro y pecho de mujer, seis cabezas de perro y doce patas de can en la cintura; Caribdis, un peligroso torbellino de agua que varias veces al día se tragaba todo lo que pasaba por delante, devolviéndolo tres días después en forma de naufragio. La propia Circe recomienda al héroe homérico navegar más cerca de Escila que de Caribdis, pues vale más perder seis de sus hombres que la nave entera.

Esa alegoría refleja, como pocas, los desafíos que atañen a los sistemas actuales de administración de justicia. Así, como en el mito griego, la labor judicial debe sortear enormes peligros, si desea ajustarse realmente a los parámetros del Estado democrático de derecho. Debe evitar convertirse en un aparato judicial, que desdén su función de control y contrapeso en el marco de una verdadera división de poderes, volviéndose un apéndice informal del Ejecutivo, y dejando desprovisto al ciudadano de la debida protección ante eventuales injerencias estatales. Debe eludir, igualmente, la tentación de desbordar sus competencias, desembocando así en un Estado judicial o en aquello que Rùthers atinadamente denominara “Estado oligárquico de los jueces” (*Oligarchischer Richterstaat*),¹ el cual, a modo de Caribdis institucional, succiona competencias y crea normas carentes de legitimidad al usurpar funciones del Legislativo.

El problema planteado no podría ser más relevante. La discusión se enmarca, principalmente, en la relación adecuada entre los distintos poderes estatales, mas el tema soporta también una lectura desde la teoría del derecho, toda vez que aque-

¹ Bernd Rùthers, “Demokratischer Rechtsstaat oder oligarchischer Richterstaat?”, *Juris-tenzeitung*, vol. 57, núm. 8, 2002, pp. 365-371.

llo que se comprenda por resolución judicial de conflictos, así como sus alcances, dependerá de si se reconoce a los tribunales, especialmente a los constitucionales, una función de interpretación de las normas (*Auslegung*), o bien, la posibilidad de crear derecho mediante sus resoluciones (*Rechtsfortbildung*).

En este artículo se analizará, en un primer momento, el papel del juez, principalmente el constitucional, como operador estelar del sistema jurídico. Para ello se utilizará el marco referencial aportado por distintos autores del denominado realismo jurídico. Posteriormente, se estudiarán dos de los problemas más graves que suelen afectar el desarrollo del Poder Judicial y de los tribunales constitucionales: por un lado, la violación del principio de independencia judicial que desemboca en el bloqueo a la función de control y, por otro, el surgimiento y los conflictos originados por el denominado “Estado judicial”.

2. Realismo jurídico y derecho en acción

Refiere el *Talmud* que entre el rabí Elieser Ben Hyrkanos y el rabí Joshua se suscitó una disputa respecto a la interpretación de la ley. El rabí Elieser, habiendo hecho valer todos los argumentos racionales y ante la imposibilidad de convencer a su compañero, apela a lo sobrenatural y afirma que si la ley es tal como él la interpreta, los árboles caminarían, las paredes se inclinarían y las aguas del río modificarían su cauce. Y refiere el *Talmud* que así fue, mas el rabí Joshua, sin inmutarse, responde que tales hechos no constituyen prueba de acuerdo con la ley y la tradición. Finalmente, el rabí Elieser sentencia: ¡Si la Ley es como yo la enseño, entonces el cielo hablará por mí y será mi testigo! Luego, se dejó oír una gran voz: ¡La Ley es ciertamente como él la enseña! A lo que el rabí Joshua, poniéndose de pie, respondió: ¡La Ley no se encuentra ya en el cielo! Con ello deseaba dar a entender que la *Torá* le fue dada al pueblo de Israel en el monte Sinaí, por lo que no se encontraba más en las alturas.²

El relato eleva a nivel de caso paradigmático, uno de los temas más determinantes, no sólo desde la perspectiva del análisis lingüístico, sino de las relaciones y juegos de poder que tienen lugar en el interior del Estado, y que enfrentan al juez con el legislador o con el Gobierno central. Este juego, que no es nuevo, se lleva a cabo desde la génesis de la estructura judicial, mas adopta una nueva dimensión con el nacimiento de las cortes constitucionales. El dilema se presenta bajo la forma de la dicotomía poder central o parlamento, por un lado, y órgano de control constitucional, por el otro. Del mismo modo, en el relato hebraico puede afirmarse que la ley no se encuentra ya en las alturas de los órganos legislativos ni en los estruendos del constituyente, sino en las resoluciones de tribunales que definen el verdadero

² Emanuel Bin Gorion, *Geschichten aus dem Talmud*, Frankfurt am Main, Insel Verlag, 1966, p. 127.

alcance de las normas y principios plasmados en la Constitución; es justo allí donde se perfilan los preceptos que rigen nuestra forma de gobierno, el espectro de libertades reconocidas e incluso los límites entre lo público y lo privado, que marcan la forma de vida de los ciudadanos.

Contrario a lo que, de sólo, se afirma en determinados discursos políticos, judiciales e incluso académicos, la ley no reconoce paternidades, y aquello que suele denominarse como espíritu de la ley o voluntad del legislador tiene, en última instancia, más relación con los deseos, temores, convicciones y precomprensiones (*Vorverständnisse*) de los jueces como operadores jurídicos, que con una pretendida esencia universal-objetiva presente en la norma y plasmada por el legislador *in secula seculorum*.³ Es difícil aceptar que las leyes poseen una esencia universal proveniente del pueblo y fruto de las discusiones de la razón, cuando muchas de las mismas proceden de reuniones secretas con grupos de poder y concesiones a partidos no gubernamentales.⁴ El juez como operador jurídico trabaja con enunciados en gran medida indeterminados y si bien es cierto que tal indeterminación ha sido ya contemplada en la elaboración normativa, a fin de que la ley pueda adaptarse a los procesos de evolución social, no es menos cierto que la ambigüedad y vaguedad de muchos términos, sumada a las lagunas normativas, confieren al juez la posibilidad de integrar e incluso crear derecho. Así las cosas, no son las reglas en el papel, sino las reglas reales las que sirven al juez en el proceso de decisión.⁵

Si Rodell⁶ ya había señalado acertadamente que el nuestro no es un gobierno de hombres, sino de abogados, puede añadirse que lo es ante todo y principalmente de jueces. La afirmación anterior debería sorprender a muy pocos, si se tiene en cuenta que muchos de los autores más destacados del siglo XX e incluso del XIX ya habían llamado la atención sobre la escasa y limitada importancia del tenor literal de las normas jurídicas, y la forma en que realmente se desenvuelve el juego del derecho. Estos pensadores que suelen ser agrupados como “realismo jurídico”, pero cuyos únicos puntos en común son la negación y el escepticismo ante el derecho en el papel, reconocen en la figura del juez al actor principal del sistema jurídico. Tal idea, que se encuentra ya fuertemente sostenida en el pensamiento de Jhering, identifica la vida y la verdad del derecho con su efectiva realización; aquello que no alcanza a manifestarse en casos concretos es una “mera apariencia de derecho” (*bloßes Scheinrecht*).⁷

³ Josef Esser, *Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung. Rationalitätsgrundlagen richterlicher Entscheidungspraxis*, Frankfurt am Main, Athenäum Verlag, 1972, p. 100.

⁴ Alejandro Nieto, *La balada de la justicia y la ley*, Madrid, Trotta, 2002, p. 20.

⁵ Karl Llewellyn, “Some Realism about Realism-Responding to Dean Pound”, *Harvard Law Review*, vol. XLIV, 1931, pp. 1236-1238.

⁶ Fred Rodell, *Woe unto you, lawyers!* Littleton, Fred B. Rothman & Co., 1987, p. 11.

⁷ Rudolph von Jhering, “Theorie der Juristischen Technik”, en Werner Krawietz (ed.), *Theorie und Technik der Begriffsjurisprudenz*, Darmstadt, Wissenschaftliche Buchgesellschaft, 1976, p. 11.

La esencia de la judicatura descansa en las sentencias⁸ y es justo allí donde el texto legal adquiere su forma definitiva.⁹ De ese modo, la ley no es derecho vigente sino sólo un plan, un proyecto del futuro ordenamiento al que se desea llegar. Un litigio jurídico representa un problema particular, para el que la ley no contiene todavía la disposición pertinente y tampoco se puede derivar de las disposiciones legales con la seguridad absoluta de una conclusión lógica vinculante. La sentencia de los jueces no es una sentencia en el sentido lógico habitual que se otorga a esta palabra.¹⁰ Bajo el engañoso velo de un mismo término se esconde una multitud de posibles interpretaciones. Se le confía al juez la elección de aquella disposición que le parezca más adecuada. El derecho se desarrolla, en el día a día, en la resolución de conflictos entre los hombres, en las cortes constitucionales; su esencia es eminentemente práctica y no lógico-deductiva, es ante todo un comportamiento, un hacer dentro de las reglas del discurso práctico-jurídico.¹¹

La norma es válida, es decir existente, si es sentida como vinculante y observada en un determinado grupo social, particularmente por las personas encargadas de la administración de justicia. Aquello que caracteriza, en última instancia, a la norma es que se encuentra destinada a surtir efectos en la realidad social, y el análisis de esos efectos es precisamente el atributo central de la jurisprudencia realista y social-tecnológica.¹² Se desarrolla así, sobre todo, una crítica a la llamada “ideología de la justicia”, es decir, a la concepción según la cual, con anterioridad y de forma independiente del derecho positivo, de la organización social, existe una “justicia material” que el derecho positivo estaría llamado a realizar y garantizar. Por el contrario, la única realidad concreta está constituida por la máquina del derecho, por la organización de la fuerza y por los objetivos sociales: las normas separadas del derecho no son nada, solamente términos y etiquetas vacías.

⁸ Oskar von Büllow, “Gesetz und Richteramt”, en Krawietz, *ibid.*, p. 108.

⁹ En el ámbito norteamericano fue el juez Oliver Wendell Holmes quien abrió ese camino, con su afirmación de que la vida del derecho no es la lógica, sino la experiencia, y es precisamente el estudio de esa experiencia el que conduce a la esencia del derecho y su aplicación a los casos en concreto. Para Holmes, el derecho es el conjunto de profecías de lo que los tribunales resolverán (Oliver Wendell Holmes, “The Path of the Law”, *Harvard Law Review*, vol. X, núm. 8, 1897, p. 460).

¹⁰ Lo anterior es algo plenamente admitido más allá del realismo jurídico; así, por ejemplo, Alexy coincide con Larenz en que ya nadie puede afirmar en serio que la aplicación del derecho se lleva a cabo simplemente bajo la forma de una subsunción lógica (Robert Alexy, *Theorie der juristischen Argumentation*, Frankfurt am Main, Suhrkamp Verlag, 1978, p. 17).

¹¹ Hermann Kantorowicz, “Some Rationalism about Realism”, *Yale Law Journal*, vol. 43, núm. 8, 1934, p. 1243.

¹² Hans Albert, *La ciencia del derecho como ciencia real*, México, D. F., Biblioteca de Ética, Filosofía del Derecho y Política, 2007, *in totum*.

3. Ineficacia de la función de control

Un primer gran desafío de los tribunales constitucionales consiste en llevar a cabo una función de control eficaz: tutelar que los actos de los otros poderes, especialmente del Poder Ejecutivo, como gobierno central, no infrinjan el derecho de la Constitución. La resolución de tales conflictos se encuentra en las disposiciones constitucionales que institucionalizan dos mecanismos: el reconocimiento de ciertos derechos subjetivos y el establecimiento de vías de control mediante las cuales los jueces garantizan el sometimiento de todos los órganos del Estado al imperio de la Constitución.¹³ Dicho control debe analizarse siempre en relación con el principio de independencia judicial. Sin ella, el control del poder sería impensable; cuando los encargados de controlar dependen de quienes deben ser controlados y estos pueden influenciar a los primeros, no cabe esperar ni una verdadera separación de poderes ni límites al ejercicio del poder.

Allí donde no existe independencia judicial se corre el riesgo constante de caer en una politización de la justicia constitucional, en un sistema guiado no por normas, sino por la arbitrariedad. La limitación del poder estatal por un tribunal constitucional, y que justamente por esto está en condiciones de relacionarse de igual a igual con los otros órganos constitucionales, es un elemento relevante, constitutivo e indispensable del Estado de derecho.¹⁴

Ahora bien, ¿qué contenido debe asignarse al “principio de independencia judicial”? Todo análisis, respecto a este término, que pretenda alcanzar cierta seriedad debe plantearse un camino que sortee, en primer lugar, la retórica, ingenua en la teoría y útil en el discurso político, que la da por alcanzada como si esta fuese algo ya logrado para siempre por un colectivo de naturaleza heterogénea, olvidando que la misma se disputa diariamente en cada escenario, donde un juez debe resolver las disputas que le son sometidas; en segundo lugar, el *tabú de la independencia*, un concepto casi metafísico cargado de tantas connotaciones históricas, constitucionales y políticas que usualmente lo tornan inmanejable en discusiones concretas.¹⁵ La carga ideológica que acompaña al término impide, como acertadamente señalara Nieto, cualquier reflexión crítica sobre ella. Se confunden los deseos con la realidad, y los objetivos se transforman en dogmas. Lo anterior impone la necesidad de precisar su contenido.¹⁶

Se entiende por independencia judicial, en su sentido más amplio, aquel sistema de garantías del cual gozan los miembros de la judicatura, en virtud del cual puede

¹³ Alejandro Nieto, *El desgobierno judicial*, Madrid, Trotta, 2005, p. 117.

¹⁴ Sybille Kessal-Wulf, “El Tribunal Constitucional Federal y los tribunales supranacionales: problemas actuales de un sistema multinivel”, *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, núm. 21, Bogotá, Fundación Konrad Adenauer, 2015, p. 175.

¹⁵ Alejandro Nieto, *El malestar de los jueces y el modelo judicial*, Madrid, Trotta, 2010, p. 131.

¹⁶ Nieto, *El desgobierno judicial*, *op. cit.*, p. 118.

rechazarse y denunciarse todo intento directo o indirecto de afectar su convencimiento y decisión en torno a los asuntos que les son sometidos. Sin embargo, por independencia judicial se ha entendido también no la garantía individual, sino la condición general de los aparatos judiciales.¹⁷ De acuerdo con esta concepción, de naturaleza mucho más crítica, un sistema judicial carecería de independencia no cuando en él operan influencias externas efectivas, sino simplemente cuando en él pueden operar eficazmente tales influencias, aun cuando no lo hagan de ordinario. Lo decisivo, desde esa mecánica del poder, es que el juez sepa que, si es necesario, puede ser influido en su comportamiento.¹⁸

El principio de independencia judicial es, en realidad, una denominación genérica, que comprende tres distintas relaciones: la *independencia profesional* de los jueces, que garantiza los derechos personales derivados de su condición de funcionarios en la judicatura; la *independencia funcional* de jueces y tribunales, que garantiza la libertad de criterios a la hora de decidir asuntos concretos, y, por último, la *independencia institucional* del Poder Judicial, que garantiza un funcionamiento sin fricciones con el Poder Ejecutivo. Estos tres niveles que se contemplan actualmente como inseparables en el Estado democrático de derecho han sido ponderados de muy distintas formas, según el momento histórico. Así, por ejemplo, la independencia institucional es la de más reciente aparición; no hace mucho se consideraba al juez el delegado del monarca para impartir justicia. De ese modo, el juez, vinculado hoy únicamente a la ley, se hallaba sujeto anteriormente a la voluntad del soberano. Ese triple sistema de garantías convierte a la administración de justicia en un *sistema hermético*. Su ámbito de exclusividad garantiza que nadie pueda disputarle el estudio de los casos que por ley le corresponden; su ámbito de libertad al decidir garantiza que nadie pueda presionar al juzgador. En fin, su libertad legal de decisión está garantizada desde el momento en que nadie puede tratar de influir sobre los jueces.

Las cosas, sin embargo, no funcionan en la realidad como se dispone en el ordenamiento jurídico. El *poder político* no acepta las reglas del juego constitucional y

¹⁷ La independencia judicial se ha relacionado no sólo con elementos externos, sino también internos, a saber, aquellas condiciones personales y psicológicas que afectan la independencia del juez. Así, cabe cuestionarse: ¿las personas con temperamento temeroso pueden ser jueces independientes? ¿Una persona que no tiene la capacidad de modificar sus propias convicciones, o sea indócil, puede ser juez independiente? (Carlos Nino, "La autonomía constitucional", *Cuadernos y Debates - La Autonomía Personal*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1992, p. 43).

¹⁸ Existe también una amenaza de poderes alternos al Estado porque, como es evidente, el juez no juzga fuera de la realidad, sino que en gran medida la construye o modifica. Mientras que los jueces podrían no atender llamados telefónicos de altos funcionarios, es sumamente dudoso que dejen de leer diarios, escuchar noticias y ver programas de televisión. De ahí que es por la vía de la crítica social, mucho mejor que a través de sanciones jurídicas o políticas, como se ejerce el control popular sobre la justicia (cfr. Luigi Ferrajoli, *Derecho y razón*, Madrid, Trotta, 1995, p. 602; Cristina Alberdi Alonso, "El Poder Judicial como garante y sujeto del derecho a la información", en *Poder Judicial*, número especial XI, Madrid, 1989, p. 175).

así, como se ha creado un instrumento de control al poder, se ha acudido también a la trampa de imponer medidas de contraorganización capaces de bloquear tales mecanismos. El poder político tiene medios para impedir que funcione el tribunal constitucional y no ha dudado en activarlos a fin de escapar de su control. El control constitucional solo sería eficaz si fuera de verdad independiente, es decir, invulnerable a maniobras externas. No basta en definitiva con que la Constitución encomiende a los jueces que controlen el poder. Es preciso además que el poder político no pueda bloquear el ejercicio del control. En resumen, no se puede ejercer un verdadero control constitucional en los casos en que el poder político ha privado de su independencia a los órganos que deben controlarle. El modelo como tal sería perfecto, si no fuera por el hecho de que, por costumbre, se disimulan sus debilidades.¹⁹ Para establecerse y actuar necesita de un financiamiento que proviene de las arcas generales del Estado; para ejecutar sus decisiones necesita igualmente de la colaboración de las administraciones públicas y, en muchos casos, precisa de los resultados de las investigaciones policiales. En definitiva, carece de autonomía funcional frente al Estado central.

La rivalidad entre el Poder Ejecutivo y el sistema de administración de justicia no debe pasarse por alto, enemigos potenciales y adversarios en la cotidianidad se disputan el poder real en asuntos que van desde el análisis de las más elevadas cuestiones constitucionales hasta conflictos prácticos que abordan las costumbres de las administraciones públicas. En el plano político-jurídico, el Ejecutivo considera ser el ocupante legítimo del poder; en el plano práctico cuenta, además, con la fuerza suficiente para imponer su voluntad.²⁰ No obstante, la función de control llevada a cabo por el Poder Judicial, y específicamente por la sede constitucional, tiene por objetivo principal el control de cualquier exceso.²¹ Los jueces están funcionalmente obligados a hacer eficaces los límites que la ley impone. Una función que inevitablemente ha de crear tensiones, más cuando se tiene en cuenta que si los políticos tienden a excederse, lo mismo sucede con los jueces. Así, la historia de la independencia judicial resulta ser la historia de una lucha interminable en la que, por cierto, en la mayoría de los casos los jueces siempre han sido los vencidos, y allí donde los jueces no pueden ejercer la función de control se produce una politización de la justicia constitucional.

La politización de la justicia constitucional es un rótulo amplio en el que se cobijan elementos diferentes; comprende desde las interferencias políticas en asuntos en los cuales se discute el tema de la constitucionalidad hasta las maniobras tácticas individuales que se realizan en la operación estratégica de las instituciones que manejan el Poder Judicial y que se disfrazan de autogobierno. La función judicial

¹⁹ Nieto, *El desgobierno judicial*, op. cit., p. 247.

²⁰ *Ibid.*, p. 121.

²¹ Roberto Gargarella, *La justicia frente al Gobierno. Sobre el carácter contramayoritario del poder judicial*, Barcelona, Ariel, 1996.

se refiere, en primer término, a los conflictos entre particulares, un ámbito en que el Ejecutivo no suele intervenir, pues como centro de poder no se encuentra interesado en procesos de esa naturaleza. El gran juego de los intereses en conflicto no se desarrolla ahí, y el poder no pierde su tiempo en asuntos menores.

Muy distinto es el caso cuando se encomienda a los jueces la solución de los conflictos surgidos entre los ciudadanos y el poder político, o entre este último y determinados principios constitucionales, que se ven afectados por políticas de Estado o medidas administrativas. Alcanzado este punto, es evidente que lo importante no es el sometimiento del poder al derecho, sino la existencia de un aparato de garantía de tal sometimiento, un sistema que presente medidas efectivas de control más allá de las “reglas en el papel”. En esto se distingue esencialmente un verdadero régimen constitucional democrático de aquellos que simplemente afirman serlo. La diferencia capital estriba en que en el último, las violaciones constitucionales no podían remediarse institucionalmente, por lo que los derechos se quedaban en letra muerta; mientras que ahora vigilan los jueces, el ordinario y el constitucional, para restablecer inmediatamente el equilibrio.

4. Exceso en el control constitucional: surgimiento del Estado judicial

En un Estado democrático de derecho, las normas jurídicas son promulgadas, por regla general, por la autoridad parlamentaria. Esa facultad va más allá de lo asignado por la Constitución al Poder Judicial. Sin embargo, al mismo tiempo, algunos tribunales constitucionales asumen funciones de establecimiento de normas jurídicas. La creación judicial del derecho (*Rechtsfortbildung*) encuentra su origen en situaciones en que el órgano legislativo no puede regularlo todo o no desea hacerlo por una cuestión de política jurídica. Esta premisa es particularmente visible en los vacíos legales, conceptos jurídicos indeterminados, y los campos abiertos de la legislación. Todo orden jurídico es incompleto, pero los jueces, dentro de su ámbito de competencias, tienen la obligación de decidir sobre todos los conflictos que les hayan sido presentados, aun ante la inexistencia de norma. En los casos en los que el órgano legislativo guarde silencio o incurra en contradicciones, el juez se convierte en un legislador sustituto.

El perfeccionamiento de la norma jurídica es considerado un componente fundamental de la función constitucional. Los conceptos, obligaciones y derechos plasmados en la Constitución cobran vida no solo mediante la interpretación, sino también a través de la creación judicial del derecho. Se reúnen aquí dos conceptos antagónicos, incompatibles, al mismo tiempo que se esconde el núcleo esencial de la creación de normas por vía judicial. El problema radica en que al enfrentarse el juez a una laguna jurídica, no puede encontrar una valoración legal aplicable al caso. Entonces, debe establecer una norma para la situación no regulada jurídicamente. En

esos casos sin regulación, cuando el juez no encuentra el derecho, debe crearlo como un legislador sustituto. Se trata, en última instancia, de un acto de política jurídica, pero, en algunos casos, se constituye también en un medio efectivo para separarse del principio de vinculación a la ley. Esto sucede cuando el juez, en desacuerdo con una valoración legal vinculante y previamente existente, intenta invalidarla, haciendo uso de una “búsqueda” ya encauzada a encontrar vacíos jurídicos.

La aplicación de una norma debe ser estrictamente diferenciada de su creación judicial. De acuerdo con la Constitución, el juez es un servidor obligado a obedecer la ley, pero, cuando ese mismo juez crea derecho, se convierte en un legislador sustituto; se convierte parcialmente en el amo del ordenamiento jurídico. Una de las principales tareas de una metodología de la interpretación jurídica debe consistir en mostrarle al operador jurídico las diferencias y los efectos de aplicar una ley, perfeccionar una regla y corregir una norma con la finalidad de establecer su propia intención legislativa; cuando, en lugar de cumplir la norma, se erige en legislador. Lo anterior precisa diferenciar claramente esas funciones, así como sus límites. No hay, por lo tanto, ninguna duda razonable sobre la existencia y el constante aumento del derecho de los jueces en todas las ramas del derecho, particularmente en materia constitucional.

Esa creación del derecho por vía judicial, y muy específicamente por los tribunales constitucionales, encuentra su origen, no siempre reconocido ni admitido, en la tensión entre los cambios sociohistóricos y el principio de seguridad jurídica, en el anhelo de verse compelido a realizar reformas completas al ordenamiento jurídico. Los tribunales constitucionales se ven tentados a apartarse de las valoraciones previamente establecidas por el legislador, haciendo uso de sus propias concepciones de justicia y con la ayuda de métodos de aplicación del derecho, que facilitan separarse de la ley. El importante proceso de cambio político-constitucional, que desplaza al legislador en favor del juez constitucional, puede entenderse mejor al estudiar, por ejemplo, la evolución del derecho de los jueces en Alemania.

Rüthers señala que durante los 70 años comprendidos entre 1919 y 1989, Alemania experimentó siete distintos sistemas jurídicos.²² Cada uno de esos nuevos ordenamientos contó con la aprobación de un sector mayoritario tanto de autoridades como de académicos, fue aceptado y practicado, convirtiendo a Alemania en el campeón en la disciplina de “cambio rápido del sistema político”. Los cambios de sistema significan, por lo general, cambios de ideología. Esto supone, al mismo tiempo, un cambio de los valores jurídicos fundamentales, de los principios dogmáticos esenciales; esto es, de los principios superiores del derecho. Los cambios del sistema representan un

²² El imperio, Weimar, el Estado nacionalsocialista, los regímenes de ocupación, la República Federal Alemana original, la República Democrática de Alemania (RDA), la nueva República Federal unificada dentro del ensamblaje de la europeización de los ordenamientos jurídicos nacionales en la Unión Europea (Rüthers, “Demokratischer Rechtsstaat oder oligarchischer Richterstaat?”, *op. cit.*, p. 368).

nuevo orden de convicciones jurídicas e incluso cambios de lo considerado como verdad. Sin embargo, no se trata de un proceso automático. Por lo general, el nuevo legislador no está en condiciones de transformar el orden jurídico heredado del viejo sistema en conformidad con sus nuevos objetivos y deseos político-jurídicos. El legislador solo puede desarrollar, de manera regular, unas reglamentaciones muy limitadas. La carga principal de efectuar completamente las renovaciones jurídicas necesarias la tienen, en principio, según las experiencias de las últimas décadas, los órganos judiciales. En todas las formas de Estado, la jurisprudencia práctica tiene una función esencial de afirmación y estabilización del nuevo sistema.²³

Los cambios radicales aquí mencionados, que se dieron más o menos de forma simultánea, sobrevinieron al ordenamiento jurídico tradicional y a sus intérpretes, generando en poco tiempo una gran necesidad de modificación jurídica; ya que el derecho es la respuesta humana a nuevos problemas de regulación, era imprescindible una adaptación inmediata del sistema de valores a los nuevos supuestos de hecho. Al no encontrarse el legislador en capacidad de efectuar tal adaptación del orden jurídico, dicha tarea correspondió de facto al Poder Judicial. Cuando se consideró indispensable, se renunció al principio de vinculación del juez a la ley, dando lugar a nuevas figuras en el derecho civil,²⁴ así como al desarrollo de nuevas construcciones por parte del tribunal constitucional.

Actualmente, los tribunales reconocen, tanto los comunes como los constitucionales, el valor de la teoría objetiva de la interpretación. La voluntad real del legislador presentaría, desde esta perspectiva, un papel secundario; y funcionaría como verdadera hoja de ruta sólo en aquellos casos en que el tenor literal de la norma no aporte conclusiones definitivas sobre su sentido. Lo determinante, en muchos casos, es el presunto sentido objetivo de la norma, y dado que este es uno de los métodos más utilizados por el operador jurídico, cuestiones como la finalidad perseguida con la norma no llegan a discutirse en muchos casos. En este método de interpretación se renuncia a investigar los fines de la regulación efectuada por el legislador. No obstante, contrario a lo anterior, el primer objetivo del juez debe ser un análisis crítico de la norma. La tan sólo aparente interpretación objetiva reemplaza en realidad la subjetividad del legislador por aquella del juez y hace de la interpretación objetiva un globo a merced de los vientos del momento histórico. La voluntad del legislador podría ser variada de forma discrecional por los órganos judiciales e incluso tergiversada hasta obtener lo contrario a lo querido por el legislador. El método objetivo de interpretación le otorga a la concepción jurídica subjetiva del juez un margen de

²³ Bernd Rütters, *Die heimliche Revolution von Rechtsstaat zum Richterstaat*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2014, p. 9.

²⁴ El fallo sobre la revalorización de una hipoteca del tribunal del Imperio en 1923 significó una sublevación, hasta ese momento inimaginable, de los tribunales supremos contra la normatividad vigente, la cual había sido incluso anunciada por parte de la Asociación de Jueces frente al tribunal del Imperio (Rütters, "Demokratischer Rechtsstaat oder oligarchischer Richterstaat?", *op. cit.*, p. 369).

libertad incompatible con el principio de vinculación del juez a la ley y el principio del Estado de derecho. Nos enfrentamos aquí al instrumento que ha facilitado el surgimiento del Estado judicial.²⁵

Esa transformación del juez, de servidor de la ley a señor del ordenamiento jurídico, se ve propiciada por el método objetivo de interpretación, y así ha sido admitido por muchos tribunales constitucionales, cuya labor inicial consistía en la custodia y defensa de la Constitución frente a intervenciones inconstitucionales de los titulares del poder tanto estatales como privados. Ya no se conforman con declarar la inconstitucionalidad, hoy en día prescriben al legislador, hasta el último detalle, la forma de regular determinados ámbitos, aquello admisible y lo inadmisibile. Lo fundamental pasa a ser lo que la mayoría del tribunal estime como razonable. El problema esencial de tal concepción radica en que deja desprovista a la norma de su naturaleza histórica. Cada constitución representa, usualmente, la respuesta de sus creadores a experiencias de dolor, que obligaron a modificar la idea del Estado y el derecho. Las decisiones del juez, que van más allá, se apartan de esa configuración inicial y constituyen actos político-jurídicos del intérprete, que varían o complementan la Constitución. No se trata de una casualidad que, entre tanto, todos los jueces ordinarios se declaren partidarios del método objetivo de interpretación.

La instancia creada para la tutela de la Constitución se ha transformado en un parlamento sustituto, que adopta decisiones políticas no ya para casos particulares, sino para toda la comunidad. La consecuencia perversa de tal actuación consiste en que las decisiones del tribunal constitucional pueden decretar cambios materiales de la Constitución.²⁶ Mientras las reformas constitucionales a iniciativa del Poder Legislativo requieren mayorías previamente determinadas, la magistratura requiere, únicamente, el cambio de un voto para provocar una reforma constitucional. El principio de representación se ve vulnerado y la soberanía del pueblo trastocada por la soberanía de la judicatura (*Richteramt*). Se produce una legislación superpuesta, carente de legitimidad político-democrática.

5. Conclusiones

En este trabajo se han pretendido analizar las tensiones entre el Poder Judicial y otros órganos estatales, a la luz, principalmente, de nociones como control e independencia. Esas tensiones pueden expresarse, por un lado, si se llegara a presentar una politización de la “justicia”, en la cual el sistema judicial se reduce a

²⁵ Ernst Wolfgang Böckenförde, *Zur Lage der Grundrechtsdogmatik nach 40 Jahren Grundgesetz*, München, Carl Friedrich von Siemens-Stiftung, 1989, p. 61; y *Gesetz und gesetzgebende Gewalt*, Berlin, Dunker & Humblot, 1981, p. 402.

²⁶ Cabe señalar que no todos los autores observan el Estado judicial; así, es contemplado por Hirsch como una concretización del Estado de derecho (Günter Hirsch, “Auf dem Weg zum Richterstaat?”, *Juristenzeitung*, vol. 72, núm. 18, 2007).

una dependencia del Ejecutivo y acata sus dictados; por el otro, de ocurrir una judicialización de la política, donde las discusiones entre distintos partidos –cada uno representativo del espectro político y legitimado mediante el sufragio– se ven reemplazadas por discusiones en el interior de un tribunal.

Se ha omitido, conscientemente, el papel de los medios de información, aun cuando estos han venido a modificar las relaciones descritas. El más independiente de los jueces puede salvaguardar su criterio ante las presiones, mas no podrá aislarse por completo de un entorno estructurado por la opinión mediática. No en pocas ocasiones, la patología descrita del Estado judicial hace eco del pensamiento mediático, que pretende canalizar la “voluntad popular”, produciéndose así la paradójica figura de la judicialización de los procesos mediáticos en lugar de la hoy tan extendida idea de la mediatización de los procesos jurídicos.

La función judicial, y especialmente la constitucional, se ven enfrentadas así al problema de hallar un punto de equilibrio: cumplir su labor de manera independiente del Estado central, al tiempo que se respeta la competencia del Poder Legislativo. Ese triángulo de tensiones entre los distintos poderes es, quizás, uno de los más grandes dilemas a resolver por parte de los Estados contemporáneos, que han decidido dirigir su actuar por el derecho de la Constitución. Mas el equilibrio es siempre inestable, implica sostenerse frente a fuerzas que luchan por imponerse. Esa es la dinámica del poder, pero, como señaló Foucault, va más allá de la concepción clásica de unos actores que dominan a otros, el poder atraviesa a cada sujeto. Todos los intervinientes se desempeñan en el juego del poder; es imposible no jugarlo. Y la política es ante todo el juego del poder. Desde esa perspectiva, es una noción sumamente ingenua estimar al juez como una figura apolítica. La nueva concepción de la política judicial determina conscientemente la elección del método y la aplicación de todos los instrumentos de interpretación, los cuales sirven para que la idea subjetiva del derecho que tengan los órganos judiciales se imponga a la finalidad desarrollada por el legislador con la expedición de la norma y considerada obsoleta por el intérprete.

Las tensiones naturales entre poderes del Estado no pueden superarse; ellas no son más que el resultado natural de la división ya hace mucho proclamada por Montesquieu. Ese es el precio que hay que pagar por la siempre sana delimitación del poder. Allí donde el poder se centraliza no existen tensiones ni contradicciones; sin embargo, ninguna sociedad que se precie de moderna, democrática y de guiarse por el derecho renunciaría al modelo de pesos y contrapesos en aras de liberarse de las tensiones entre los actores políticos. El sistema, a pesar de las críticas que puedan oponérsele, es demasiado valioso como para perder lo que tanta sangre costó.

La superación de patologías surgidas con ocasión de esas tensiones sí es superable, mas lo anterior requiere renunciar a dogmas y actos de fe muy preciados por el sistema jurídico. La concepción de la independencia judicial y la de una judicatura apolítica necesitan ser replanteadas. Solo de ese modo se podrá sacar a la luz y con-

trolar aquello que ya ocurre en las sombras, a espaldas de lo que la ley y la Constitución dictan. Solo así es posible desarrollar un sistema que garantice, en cierta medida, el acatamiento de las funciones encomendadas constitucionalmente a cada poder estatal. Si existe alguna manera de evadir a Escila y Caribdis, es precisamente esa.

Bibliografía

- ALBERDI ALONSO, Cristina, “El Poder Judicial como garante y sujeto del derecho a la información”, *Poder Judicial*, núm. especial XI, Madrid, 1989.
- ALEXY, Robert, *Theorie der juristischen Argumentation*, Frankfurt am Main, Suhrkamp Verlag, 1978.
- BIN GORION, Emanuel, *Geschichten aus dem Talmud*, Frankfurt am Main, Insel Verlag, 1966.
- BÖCKENFÖRDE, Ernst Wolfgang, *Gesetz und gesetzgebende Gewalt*, Berlin, Dunker & Humblot, 1981.
- _____, *Zur Lage der Grundrechtsdogmatik nach 40 Jahren Grundgesetz*, München, Carl Friedrich von Siemens-Stiftung, 1989.
- BÜLLOW, Oskar von, “Gesetz und Richteramt”, en Werner KRAWIETZ (ed.), *Theorie und Technik der Begriffsjurisprudenz*, Darmstadt, Wissenschaftliche Buchgesellschaft, 1976.
- ESSER, Josef, *Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung. Rationalitätsgrundlagen richterlicher Entscheidungspraxis*, Frankfurt am Main, Athenäum Verlag, 1972.
- FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y razón*, Madrid, Trotta, 1995.
- GARGARELLA, Roberto, *La justicia frente al Gobierno. Sobre el carácter contramayoritario del poder judicial*, Barcelona, Ariel, 1996.
- HANS, Albert, *La ciencia del derecho como ciencia real*, México, D. F., Biblioteca de Ética, Filosofía del Derecho y Política, 2007.
- HIRSCH, Günter, “Auf dem Weg zu Richterstaat?”, *Juristenzeitung*, vol. 72, núm. 18, 2007.
- JHERING, Rudolph von, “Theorie der Juristischen Technik”, en Werner KRAWIETZ (ed.), *Theorie und Technik der Begriffsjurisprudenz*, Darmstadt, Wissenschaftliche Buchgesellschaft, 1976.
- KANTOROWICZ, Hermann, “Some Rationalism about Realism”, *Yale Law Journal*, vol. 43, núm. 8, 1934.
- KESSAL-WULF, Sybille, “El Tribunal Constitucional Federal y los tribunales supranacionales: problemas actuales de un sistema multinivel”, *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, núm. 21, Bogotá, Fundación Konrad Adenauer, 2015.
- LLEWELLYN, Karl, “Some Realism about Realism-Responding to Dean Pound”, *Harvard Law Review*, vol. XLIV, 1931.
- NIETO, Alejandro, *La balada de la justicia y la ley*, Madrid, Trotta, 2002.

- _____, *El desgobierno judicial*, Madrid, Trotta, 2005.
- _____, *El malestar de los jueces y el modelo judicial*, Madrid, Trotta, 2010.
- NINO, Carlos, "La autonomía constitucional", *Cuadernos y Debates - La Autonomía Personal*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1992.
- RODELL, Fred, *Woe unto you, lawyers!* Littleton, Fred B. Rothman & Co., 1987.
- RÜTHERS, Bernd, "Demokratischer Rechtsstaat oder oligarchischer Richterstaat?", *Juristenzeitung*, vol. 57, núm. 8, 2002.
- _____, *Die heimliche Revolution von Rechtstaat zum Richterstaat*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2014.
- WENDEL HOLMES, Oliver, "The Path of the Law", *Harvard Law Review*, vol. X, núm. 8, 1897.

VOLVER A LA TABLA DE CONTENIDO

Luis Ignacio Cavanna* (Uruguay)

Independencia de los jueces en Uruguay, ¿modelo en el contexto latinoamericano?

RESUMEN

Desde el establecimiento del Estado de derecho, la independencia de los jueces es uno de los temas más preocupantes y desafiantes para todos los Estados del mundo. Por ello, a través de los años se ha buscado la forma más efectiva de incorporar jueces independientes a los distintos poderes judiciales. En tal sentido, el Poder Judicial uruguayo se ha destacado por tener jueces verdaderamente independientes del poder político. En el presente trabajo se analiza la lograda independencia de los jueces en Uruguay desde la normativa interna e internacional, con énfasis en el contexto latinoamericano.

Palabras clave: jueces, independientes, legalidad.

ZUSAMMENFASSUNG

Seit dem Bestehen des Rechtsstaats zählt die richterliche Unabhängigkeit, unabhängig von dem jeweiligen Land, zu einem der besorgniserregendsten Themen und stellt eine seiner größten Herausforderungen dar. Aufgrund dessen galt es im Laufe der Jahre herauszufinden, wie man unabhängige Richter am effektivsten in die jeweiligen Justizsysteme eingliedern kann. Die uruguayische Justiz zeichnet sich dabei dadurch aus, dass ihre Richter tatsächlich von der Politik unabhängig sind. Ausgehend vom uruguayischen und internationalen Recht analysiert der Beitrag die in Uruguay erreichte richterliche Unabhängigkeit, wobei der lateinamerikanische Kontext besondere Berücksichtigung findet.

Schlagwörter: Richter, richterliche Unabhängigkeit, Rechtsstaatlichkeit.

* Doctor en Derecho y Ciencias Sociales. Integrante del Departamento Contencioso Olivera Abogados y de la Cátedra de Derecho Comercial de la Facultad de Derecho de la Universidad de la República. Aspirante a magistrado del Centro de Estudios Judiciales del Uruguay. licavanna@gmail.com.

ABSTRACT

Since the establishment of the rule of law, the independence of judges has been one of the most troubling and challenging issues for all states throughout the world. Therefore, countries have sought throughout the years the most effective way of incorporating independent judges in their different judiciaries. In this regard, the Uruguayan Judicial Branch has been noted for having judges who are truly independent of political power. This work analyzes the successful independence of Uruguayan judges based on domestic and international law, with an emphasis on the Latin American context.

Keywords: judges, judicial independence, legality.

Introducción

El objeto del presente artículo es ahondar en las manifestaciones de la independencia de los jueces en Uruguay y en su directa contribución al proceso democrático. Además, analiza sucintamente el control de legalidad propuesto por la Constitución uruguaya, resaltando sus caracteres y diferenciándolos de otros modelos con la finalidad de demostrar la independencia de este instituto con respecto a los otros poderes del Estado.

Por otra parte, se compartirá una reciente investigación, que denota que los jueces uruguayos son los más independientes de la región. Asimismo, se conocerá el panorama en otros países regionales sin entrar a analizar las particularidades de los diferentes sistemas. Por último, presentamos características de la estructura del Poder Judicial uruguayo, conjuntamente con los requisitos para ser titular de la función jurisdiccional, y la forma de ascenso en un sistema prácticamente incorruptible. Se concluye que el modelo uruguayo podrá ser utilizado por otros países latinoamericanos.

1. Independencia de los jueces en Uruguay

1.1. Aspectos introductorios

La carta magna uruguaya establece la separación de poderes y la independencia de los jueces de forma implícita. El juez es independiente no solo políticamente, sino que debe ser imparcial en todo momento del proceso judicial, no pudiendo prejuzgar.

La definición de juez independiente está presente en los Principios de Ética Judicial Iberoamericana, que en su artículo segundo establece: “El juez independiente

es aquel que determina desde el Derecho vigente la decisión justa, sin dejarse influir real o aparentemente por factores ajenos al Derecho mismo”.¹

Nuestro máximo órgano judicial, la Suprema Corte de Justicia (en adelante, SCJ) ha entendido que la independencia de los jueces uruguayos está “arraigada profundamente en la tradición nacional, conforma un principio esencial e idiosincrásico del Poder Judicial que sus integrantes cultivan y reafirman permanentemente, sin concesión de especie alguna”.² Esta tradición nacional es de gran relevancia, principalmente para los operadores jurídicos, los cuales tienen la certeza de contar con un sistema transparente. Los jueces uruguayos cumplen con lo regulado por el Código *Modelo de Ética Judicial*, aprobado por la Cumbre Judicial Iberoamericana.

La independencia judicial supone la independencia del órgano al realizar su actividad, que no puede ser interferida ni sustituida por la de ninguna otra autoridad, ni siquiera por la de otro órgano jurisdiccional, aunque sea el jerarca máximo. El órgano judicial, cuando interviene en un asunto de su competencia, es la única autoridad que puede resolver.³

Contar con una justicia independiente es, sin duda, un valor agregado que brinda garantías en todo el proceso y a todo justiciable. Sin embargo, conforme manifestó la Suprema Corte de Justicia del Uruguay, la independencia judicial, así como todos sus presupuestos y atributos, no es un valor en sí mismo, sino que es

el medio para asegurar el mejor desempeño de la función, especialmente la realización de la imparcialidad, ese sí un valor esencial en cuanto la posición del Juez sobre las partes, su *terzeitá*, resulta un elemento indispensable para el ejercicio de la función jurisdiccional (R.U.D.P., No. 4/89, Pág. 570). Su independencia debe garantizarse no sólo frente a los órganos públicos, sino aún dentro del proceso, frente a las partes, a los demás órganos jurisdiccionales, en especial, los superiores, a los abogados, inclusive a las asociaciones profesionales.⁴

La Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) en reiteradas oportunidades ha tratado el tema de la independencia de los jueces, sosteniendo que las normas constitucionales, legales o convencionales sobre independencia judicial son de naturaleza imperativa (*ius cogens*), por lo que “deben ser observadas y respetadas en todo procedimiento o trámite penal, civil, laboral, administrativo o de cualquier

¹ Los Principios de la Ética Judicial Iberoamericana –previstos en la Parte I del *Código Modelo de Ética Judicial* y aprobados por la Asamblea Plenaria de la XIII Edición de la Cumbre Judicial Iberoamericana– tienen valor de acordada de la Suprema Corte de Justicia, y, de esta forma, integran el ordenamiento jurídico uruguayo.

² Suprema Corte de Justicia, Sentencia 74/996 de 23 de febrero de 1996.

³ Centro de Estudios Judiciales del Uruguay, *Centenario de la Suprema Corte de Justicia 1907-2007*, Montevideo, CEJU, 2007, p. 116.

⁴ Suprema Corte de Justicia, Sentencia 74/996, cit.

índole que decida sobre derechos de la persona, por ser la independencia del juez y de los tribunales uno de los fundamentos esenciales del debido proceso”⁵

1.2. Separación de poderes e independencia judicial

La fuerte separación de poderes que existe en Uruguay es uno de los elementos que hacen posible un Poder Judicial independiente. En tal sentido, es conocido el artículo 16 de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano, de 1789, que establece: “Toda sociedad en la cual no esté establecida la garantía de los derechos, ni determinada la separación de los poderes, carece de Constitución”. Dichos ideales fueron reflejados en la Constitución uruguaya de 1830. Así, como cualquier Estado de derecho, Uruguay cuenta con una real y efectiva separación de poderes en: (i) Poder Legislativo, (ii) Poder Ejecutivo y (iii) Poder Judicial.

Nuestro constituyente se afilió al

pensamiento liberal inglés (principalmente Locke)[.] Charles de Secondat Barón de Montesquieu formuló en el siglo XVIII la teoría de la división de poderes en la cual basaba la estructura del Estado. En su obra máxima, *El espíritu de las leyes* (1748), está claro que el objetivo de su pensamiento está dirigido a garantizar las libertades civiles y políticas en la separación de los poderes del Estado. [...] Y para ello es necesario que el poder del Estado esté dividido en tres poderes independientes legislativo, ejecutivo y judicial, de manera tal que sea el propio poder quien controle al poder.⁶

Es indispensable la independencia de la potestad jurisdiccional dentro del sistema de división de poderes; “[s]in embargo no podemos desconocer que, aun dentro de los sistemas liberales democráticos (ni que decir de los países socialistas) encontramos regímenes en los cuales no existe un verdadero ‘Poder Judicial’”⁷

Como expresamos anteriormente, la separación de los poderes en Uruguay es fuerte, más aún, si consideramos otras situaciones ocurridas en América Latina, donde muchas veces los jueces responden a los intereses de los gobiernos de turno y/o a las grandes corporaciones. En Uruguay, el Poder Judicial es un ejemplo de garantía para la democracia y para el sistema republicano de gobierno (previsto en el artículo 72 de la Constitución). La imparcialidad del magistrado se manifiesta

⁵ Alirio Abreu Burelli, “Independencia judicial (jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos)”, *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, año 13, t. II, 2007, p. 640.

⁶ Roberto Yavarone, “Seguridad jurídica y calidad institucional”, *La Justicia Uruguaya*, núm. 141, 2010.

⁷ Enrique Vescovi, “La independencia de la magistratura”, *Revista Uruguaya de Derecho Procesal*, núm. 4, 1989, p. 575.

como una expresión del derecho humano al debido proceso. En las relaciones entre diferentes poderes del Estado, su equilibrio recíproco y en sus relaciones con los habitantes, el Poder Judicial ha adquirido un relevante papel, que no cesa.⁸

Desde el punto de vista normativo, la independencia del Poder Judicial se desprende de los artículos 82 y 233 de la Constitución, que si bien no cuenta con una declaración expresa del derecho a una judicatura independiente, como lo hacen diversos instrumentos internacionales, sí surge implícitamente de los artículos 7, 72 y 332. Además, se aplican directamente las disposiciones de la Convención Americana de Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica), que fue aprobado por una norma legal.⁹

El artículo 8 del Pacto de San José de Costa Rica,¹⁰ al establecer las garantías que debe tener un sistema de justicia, hace referencia expresamente a la independencia e

⁸ Beatriz Tommasino, “Carrera judicial en Uruguay: evaluación y selección de magistrados”, *La Justicia Uruguaya*, núm. 149, 2014, pp. 3-52.

⁹ El Pacto de San José de Costa Rica fue ratificado en la República Oriental del Uruguay por la Ley 15.737. Sin perjuicio de ello, es de aplicación directa (y tiene rango de constitucional y no legal) por los artículos 7, 72 y 332 de la carta magna.

¹⁰ El artículo 8 del Pacto de San José de Costa Rica establece: “Garantías judiciales: 1. Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter. 2. Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas:

- a) derecho del inculpado de ser asistido gratuitamente por el traductor o intérprete, si no comprende o no habla el idioma del juzgado o tribunal;
- b) comunicación previa y detallada al inculpado de la acusación formulada;
- c) concesión al inculpado del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa;
- d) derecho del inculpado de defenderse personalmente o de ser asistido por un defensor de su elección y de comunicarse libre y privadamente con su defensor;
- e) derecho irrenunciable de ser asistido por un defensor proporcionado por el Estado, remunerado o no según la legislación interna, si el inculpado no se defendiere por sí mismo ni nombrare defensor dentro del plazo establecido por la ley;
- f) derecho de la defensa de interrogar a los testigos presentes en el tribunal y de obtener la comparecencia, como testigos o peritos, de otras personas que puedan arrojar luz sobre los hechos;
- g) derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable, y
- h) derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior.

3. La confesión del inculpado solamente es válida si es hecha sin coacción de ninguna naturaleza.

4. El inculpado absuelto por una sentencia firme no podrá ser sometido a nuevo juicio por los mismos hechos.

5. El proceso penal debe ser público, salvo en lo que sea necesario para preservar los intereses de la justicia”.

imparcialidad de los tribunales y jueces. La independencia de los jueces en Uruguay también está consagrada expresamente en textos legales.¹¹

En derecho comparado, un repaso de las constituciones de los Estados iberoamericanos permite advertir respecto a la independencia de que goza el Poder Judicial y sus magistrados, disponiendo incluso, en algunos casos, las sanciones ante un atentado contra la misma.¹²

Compartimos plenamente con el expresidente de la SCJ, doctor Van Rompaey, en cuanto a que “El pleno funcionamiento de la institucionalidad democrática requiere, insoslayablemente, que en su seno actúe un Poder Judicial independiente y fuerte. A su vez, la estabilidad del Estado de derecho y la efectiva tutela de los derechos humanos se sustenta en la eficiencia y confiabilidad de los órganos jurisdiccionales”.¹³

1.3. Últimas mediciones indican que Uruguay es el segundo país con jueces más independientes de toda América

La independencia de los jueces uruguayos resultó manifiesta en *The Global Competitiveness Report 2015-2016*,¹⁴ realizado por el Foro Económico Mundial. Uno de los aspectos que realiza esta medición se orienta a determinar cuán autónomos son los jueces de las influencias del Gobierno y de las empresas. En este sentido, la escala oscila entre el 1 y el 7. En donde 1 significa que los jueces están muy influenciados, ya sea por el Gobierno, los poderes económicos, religiosos, entre otros, y 7, que son enteramente independientes de cualquier influencia.

En este punto, Uruguay obtiene un valor de 5,7, con lo cual ascendió desde el pasado informe donde tenía 5,4 puntos. Además, es de destacar que la noticia sostiene: “El Uruguay, [...] no se ha caracterizado por ser un país en el que se considere que el proceso de ingreso, ascensos y traslados de magistrados/as se encuentre politizado”,¹⁵ lo que indica que poseemos un Poder Judicial meritocrático en cuanto a su escala

¹¹ En tal sentido, la Ley Orgánica de la Judicatura y de Organización de los Tribunales, en el artículo 84, establece: “Los miembros de la judicatura serán absolutamente independientes en el ejercicio de la función jurisdiccional e inamovibles por todo el tiempo que dure su buen comportamiento, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 250 de la Constitución”.

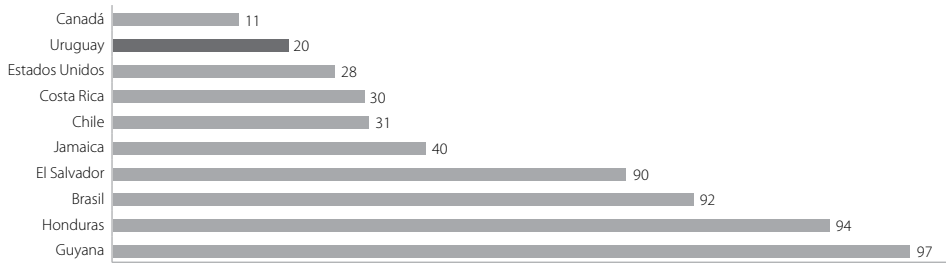
¹² Alicia Olivero Gómez, “La independencia judicial desde la teoría de la argumentación jurídica”, *Revista Crítica de Derecho Privado*, núm. 7, 2010, pp. 67-82.

¹³ Lesley van Rompaey, “Justicia y sociedad”, *La Ley Uruguay: legislación, jurisprudencia y doctrina*, año 1, núm. 1, octubre de 2008, pp. 1-4.

¹⁴ El *Informe de Competitividad Global* de la mayoría de los países del mundo revela las causas de su productividad y prosperidad. Esta serie sigue siendo la evaluación más completa de la competitividad nacional en todo el mundo [Klaus Schwab (ed.), *The Global Competitiveness Report 2015-2016*, Geneva, World Economic Forum. Disponible en: http://www3.weforum.org/docs/gcr/2015-2016/Global_Competitiveness_Report_2015-2016.pdf].

¹⁵ Rosana Medina Ciceri, “La independencia judicial como garantía de acceso a la justicia en Uruguay”, s. f. Disponible en: http://www.mujerahora.org.uy/sites/default/files/independencia_judicial_en_uruguay_dra_rosana_medina_ciceri.pdf.

Independencia del sistema judicial



Gráfica publicada en el sitio web del Poder Judicial uruguayo.

Poder Judicial Uruguay, “Uruguay ascendió 5 posiciones en el rubro de independencia judicial y sigue en el primer lugar entre naciones latinoamericanas”, 7 de octubre de 2015.

Disponible en: <http://www.poderjudicial.gub.uy/144-noticias-institucionales/1396-uruguay-ascendio-5-posiciones-en-el-rubro-de-independencia-judicial.html>.

jerárquica de ascenso. No existen en nuestro sistema ascensos vinculados a favores a corporaciones políticas y/o empresariales.

Entre los países de América, el índice de independencia de los jueces uruguayos sólo se ve superado por el de Canadá. Además, Uruguay tiene el mejor índice de toda América Latina y el Caribe, con la posición global 20.

A nivel regional, Argentina tiene el puesto 129 con 2,4 puntos, Bolivia está en el puesto 26 con 2,6, y Brasil en el 92 con 3,4. Chile se ubica en la posición 31, Paraguay en la 137, México en el puesto 100, Perú en el 112 y Venezuela en el 140. Resaltamos que Estados Unidos se ubica en el puesto 28, por debajo de Uruguay.

Es de destacar que en Uruguay no existe el protagonismo judicial, en el sentido de jueces mediáticos ni magistrados que utilicen el ejercicio de sus funciones en el ámbito de la justicia penal como instrumento de promoción personal o plataforma de lanzamiento a cargos políticos, a diferencia de lo que sucede en otros países de América Latina. A modo de ejemplo, las denuncias penales provenientes del ámbito político son tratadas con criterio rigurosamente jurídico, el que se asegura o fortalece en las sucesivas instancias abiertas por los medios impugnativos que eventualmente culminan en el pronunciamiento de la SCJ.¹⁶ Ello sin duda hace que los jueces busquen solucionar los problemas adecuándose a la función de servidores públicos, desinteresados de los asuntos políticos partidarios.

En el contexto internacional y, más específicamente, en América Latina, el Poder Judicial uruguayo se destaca, además de su independencia e imparcialidad, por su “honestidad, transparencia y buen nivel técnico de sus operadores que se traduce en la adecuada motivación y fundabilidad de sus fallos, que permite no solo el ejercicio de los medios impugnativos por las partes, sino el control por la opinión pública del nivel de satisfacción de las demandas de justicia que la comunidad dirige a este

¹⁶ Van Rompaey, *op. cit.*, pp. 1-4.

poder de Gobierno”.¹⁷ Esto es complementario, ya que tener jueces independientes que no tuvieran estas características, haría perder fuerza a la calidad institucional de la justicia. Así, por ejemplo, la SCJ ha declarado nulos, fallos de jueces que no estaban debidamente argumentados o motivados.¹⁸

1.4. Problemas vinculados al Poder Judicial uruguayo

Si bien no representa el objeto del presente artículo, no podemos dejar de resaltar que, siendo el sistema uruguayo muy garantista, no por ello deja de tener ciertos conflictos. Sin duda, el mayor de ellos está vinculado a carencias presupuestales. El presupuesto de todo el Poder Judicial depende del asignado por el Poder Ejecutivo en el denominado “proyecto de presupuesto”, que es una ley en la que el Ejecutivo tiene competencia privativa y la aprueba el Poder Legislativo. Los recursos son escasos, lo que genera grandes inconvenientes, que perjudican y limitan ampliamente las finalidades de las autoridades de la justicia. Además, es uno de los puntos donde el Poder Judicial flaquea en cuanto a su independencia, pues debe solicitar, en coordinación con el Poder Ejecutivo, la asignación de mayor presupuesto. Estos planteos han traído consecuencias muy graves, hasta llegar a la paralización de la justicia debido a protestas sindicales. “En esencia, entendemos que, dadas las características actuales de nuestro sistema constitucional, no existe autonomía financiera de parte del Poder Judicial. Ello provoca el lamentable espectáculo, año a año, en cada presupuesto y en cada rendición de cuentas”.¹⁹

Este conflicto es reconocido por las propias autoridades del Poder Judicial, al sostener que la carencia de independencia económica genera discrepancias, pues “el Poder Judicial proyecta su presupuesto, lo envía al Poder Ejecutivo, el cual puede elaborar uno alternativo, pero es, en definitiva, el Poder Legislativo quien aprueba el proyecto que estime conveniente [...] se le ha imputado a dicho sistema ser un menoscabo al principio de independencia”.²⁰ Esto último, lleva a varios a concluir que el Poder Judicial uruguayo no tiene una verdadera independencia económica, incumpliendo lo expresado en el Estatuto del Juez Iberoamericano²¹ que integra el ordenamiento jurídico uruguayo. Además, esta situación genera desigualdades respecto de los otros poderes del Estado, los cuales mantienen plena independencia económica.

¹⁷ *Idem.*

¹⁸ A modo de ejemplo, Suprema Corte de Justicia del Uruguay, Sentencia 349/2009 de 2 de octubre de 2009.

¹⁹ Ricardo Pérez Manrique, “La independencia del Poder Judicial”, *Revista Uruguaya de Derecho Procesal*, núm. 1, 1994, p. 53.

²⁰ Centro de Estudios Judiciales del Uruguay, *Centenario de la Suprema Corte de Justicia 1907-2007*, Montevideo, CEJU, 2007, p. 118.

²¹ El artículo 6 del Estatuto del Juez Iberoamericano establece: “El Estado garantizará la independencia económica del Poder Judicial, mediante la asignación del presupuesto adecuado para cubrir sus necesidades y a través del desembolso oportuno de partidas presupuestales”.

2. Control de las normas realizado por el órgano jerarca del Poder Judicial

Nos propusimos analizar de qué forma el Poder Judicial brinda herramientas para aportar en el proceso democrático y transparente en el Uruguay. En tal sentido, nos parece oportuno señalar que el Poder Judicial uruguayo tiene la potestad de declarar inconstitucional a una ley dictada por el Poder Legislativo. Dicho atributo corresponde exclusivamente al órgano jerarca del Poder Judicial, es decir, la SCJ.

La SCJ puede declarar una norma inconstitucional por razones de contenido o de forma. La consecuencia de dicha declaración es la inaplicabilidad de dicha norma por el sujeto que lo solicita y en el caso concreto. Es preciso señalar que “[e]n Uruguay, la Suprema Corte de Justicia concentra las funciones que en otros países se distribuyen entre las Cortes Supremas, los Tribunales o Salas Constitucionales, las Cortes de Casación civil y penal, Ministerios de Justicia y Consejos de la Judicatura”.²²

Este instituto, que se encuentra vigente desde la Constitución de 1934, puede ser un tanto polémico, pues le permite a un órgano distinto al Gobierno, declarar inconstitucionales leyes que han sido aprobadas por el mismo. Así, varias leyes de prioridad para el Gobierno de turno han sido declaradas inconstitucionales, generando malestar y críticas. Sin embargo, la actuación del Poder Judicial en estos casos no hizo más que reafirmar el compromiso con la independencia en la toma de decisiones y la fidelidad a la Constitución vigente.

Las formas para que la SCJ pueda intervenir en este procedimiento son: (i) por acción directa del ofendido para el que la norma es inconstitucional; (ii) de oficio, por parte del juez que entiende pertinente no aplicar la norma que la considera contraria a la constitución; o (iii) por vía de excepción, cuando una de las partes lo solicita en un proceso judicial.

Nos interesa recalcar que, con este instituto, “se abre así una vía para que los jueces puedan colocarse por encima del Parlamento”,²³ aunque los efectos de la declaración de inconstitucionalidad se aplica para el caso concreto.

A diferencia de otros países, Uruguay cuenta con un sistema de control de constitucionalidad a posteriori (es decir, se realiza luego de que la ley es sancionada), jurisdiccional y concentrado, a cargo de la SCJ. En cuanto a los efectos de la declaración de inconstitucionalidad, cabe resaltar que solo abarca el caso concreto.²⁴ Es decir, la norma no queda derogada, como sí sucede en otros sistemas jurídicos, sino

²² Jorge T. Larrieux, “Diálogos judiciales y control de convencionalidad y constitucionalidad en el sistema interamericano”, *La Justicia Uruguaya*, núm. 151, 2015, pp. 139-141.

²³ Enrique Vescovi, *Curso de derecho procesal*, Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, 1989.

²⁴ Gabriel Valentín, “La vía de excepción para obtener la declaración de inconstitucionalidad de las leyes”, *Dos estudios sobre el proceso contencioso administrativo de anulación. Doctrina y jurisprudencia*, t. XXXV, Montevideo, CADE, 2016.

que permanece en una situación de inaplicabilidad para el caso concreto. En otros términos, la norma declarada inconstitucional por la SCJ “no desaparece, no se deroga, ni se anula, simplemente no se aplica al caso concreto en el que se solicitó la declaración. Pero fuera de dicho caso concreto, la ley se sigue aplicando hasta tanto no haya otro pronunciamiento concreto de la Suprema Corte de justicia”.²⁵

A continuación, analizaremos dos casos prácticos de situaciones en donde la SCJ declara la inconstitucionalidad de dos leyes relevantes para el gobierno de turno. El primero se trata de una norma que gravaba a determinados jubilados al pago del impuesto a la renta de las personas físicas (en adelante, IRPF). El segundo caso se trata de la declaración de inconstitucionalidad de dos artículos de una ley que declara imprescriptibles ciertos delitos cometidos por el gobierno de facto en Uruguay.

Caso 1: Los pasivos no deben pagar impuesto a la renta de las personas físicas (IRPF)

En el año 2008, la SCJ declaró reiteradas veces inconstitucional una norma tributaria que gravaba a los jubilados al pago del IRPF. Consideró que la norma cuestionada infringía lo dispuesto en el artículo 8 de la Constitución uruguaya que hace referencia al principio de igualdad.²⁶

En esta instancia, la Corte consideró que se infringía dicha disposición constitucional de dos maneras, a saber: 1) porque se trataba de forma igualitaria a aquellas personas que estaban en distinta posición jurídica y 2) porque se legislaba en forma diferente respecto de aquellos que estaban en igual situación jurídica. En lo relativo al primer punto, la Corte entendió que los activos (o sea aquellos que trabajan y perciben por ello una contraprestación) estaban en diferente situación que los pasivos, los que, después de haber aportado a la seguridad social durante toda su vida activa, recibían una prestación como retribución a lo ya vertido en las arcas del Estado por tal concepto.²⁷ Estas acciones fueron presentadas por diferentes grupos de jubilados, logrando cada uno de ellos que no se les aplicara el impuesto. Esto acarrió que el Gobierno derogara la norma, a través del Poder Legislativo, ya que se daba la situación de que para los que accionaban, la misma era inaplicable, y para los demás jubilados se aplicaba el impuesto.

Lejos de entrar a visualizar el alcance de la norma declarada varias veces inconstitucional y luego derogada, es importante destacar la fuerza que tuvieron los jubilados o pasivos, un grupo social por lo general subordinado y des-

²⁵ Rubén Correa Freitas, “Instituto Uruguayo de Derecho Comparado: El control de la constitucionalidad de las leyes en la República Oriental del Uruguay”, *La Justicia Uruguaya: doctrinas magistrales 1940-2009*, vol. 4, pp. 339-347.

²⁶ Establece el artículo 8 de la Constitución uruguaya: “Todas las personas son iguales ante la Ley, no reconociéndose otra distinción entre ellas sino la de los talentos y las virtudes”.

²⁷ Suprema Corte de Justicia, Sentencia 56/2008 de 4 de abril de 2008.

atendido por las políticas públicas y el Estado en general. En otros términos, la Constitución uruguaya les brindó la posibilidad de accionar, lo hicieron, y no solamente se declaró inconstitucional, sino que además “obligó al gobierno de turno” a derogar esta normativa, dado el volumen de inconstitucionalidades producidas.

Con ello se ha dicho que el Poder Judicial se ha convertido en una importante pieza en la cadena de producción del derecho, con lo que se resalta “el rol fundamental de los jueces en tanto portavoces de la evolución de las concepciones sociales predominantes sobre lo justo y lo debido, en un proceso evolutivo continuo”.²⁸

Caso 2: La SCJ declara inconstitucional la ley interpretativa de la ley de la caducidad

La Ley 18.831, denominada “Restablécele la pretensión punitiva del Estado para los delitos cometidos en aplicación del terrorismo de Estado hasta el 1º de marzo de 1985”, en sus artículos 2 y 3 establecía que no se computará plazo procesal de prescripción o de caducidad, en el período comprendido hasta el 22 de diciembre de 1986, y declaraba que los delitos a que refieren como terrorismo de Estado son crímenes de lesa humanidad, de conformidad con los tratados internacionales. Con ello, los delitos cometidos por parte de militares uruguayos en época de dictadura no estaban prescritos y tendrían que cumplir pena en caso de proceso judicial.

Esta norma fue declarada inconstitucional por parte de la SCJ por dos razones: (i) no computar los plazos de prescripción ya transcurridos y (ii) disponer –en forma retroactiva– que a la naturaleza original del tipo penal se adicionará el carácter de “crímenes de lesa humanidad”. Ello vulnera, conforme la sentencia de la Corte, “el principio de irretroactividad de la ley penal más gravosa y con ello los principios y reglas constitucionales recogidos en los artículos 10 y 72 de la Constitución Nacional, todo lo cual determina el amparo de la pretensión declarativa movilizada respecto de dichas normas”.²⁹

Igualmente, al caso anterior no corresponde analizar el fallo judicial, el cual, además de estar muy bien motivado, solo es traído a colación a los efectos de brindarle al lector la primicia y significancia que tiene la SCJ. Además, es menester señalar que recientemente este tribunal cambió de posición, pronunciándose por la constitucionalidad de dicha norma.³⁰

²⁸ Mariella Saettone, “La actuación del Estado de derecho administrador y el Estado juez en relación con la protección de los derechos humanos”, *Estudios Jurídicos*, núm. 5 (publicación de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica del Uruguay), 2008, p. 193.

²⁹ Suprema Corte de Justicia, Sentencia 20/2013 de 22 de febrero de 2013.

³⁰ Con diferente integración, recientemente la SCJ ha declarado la constitucionalidad de la norma. En la Sentencia 257/016 de 2 de marzo de 2016 sostuvo: “En consecuencia tales

2.1. Resumen sobre la importancia del instituto

El instituto deriva de la forma republicana de gobierno que consagra el artículo 72 de la Constitución uruguaya.³¹ Desde nuestro punto de vista, no es otra cosa que un accionar directo por parte de un poder del Estado para hacer garantizar el cabal cumplimiento de la Constitución y de los derechos humanos en general. En otros términos, si no existiera esta normativa, el Poder Legislativo (muchas veces influenciado directamente por el Ejecutivo), podría aprobar leyes sin un control de constitucionalidad por parte del ciudadano común.

Ahora bien, muchas veces se discutió si este es el mejor sistema, más aún, cuando en derecho comparado podemos constatar la existencia de verdaderos tribunales constitucionales, en donde se analiza la constitucionalidad de la norma de forma previa a su aplicabilidad. Desde nuestro punto de vista, no es relevante cómo o cuándo se va a aplicar dicho control. Lo verdaderamente importante es tener un sistema independiente de cualquier otro poder que realice *a priori* o *a posteriori* un verdadero control de constitucionalidad de la norma.

Nuestra SCJ ha logrado a lo largo de estos años defender nuestra Constitución y principios generales del derecho, fallando muchísimas veces lo contrario a lo esperado por los gobiernos de turno.

A nuestro entender, no sucede que frente a este instituto estemos ante un “gobierno de los jueces”, como han expresado varios autores, fundamentando que con estos procedimientos se les da un poder inmenso a los jueces, que, por ejemplo, pueden hacer caer proyectos legislativos vitales para un Gobierno. Lo anterior sólo busca desprestigiar un instituto que defiende los principios constitucionales.

La expresión “gobierno de los jueces” fue acuñada en Estados Unidos durante el gobierno del presidente Roosevelt, para hacer referencia al accionar de la Corte Suprema, que declaraba, en forma sistemática, la inconstitucionalidad de una serie

actos quedan encartados en el concepto de crímenes de lesa humanidad. Norma general de *jus cogens* internacional, aplicable por todos los Estados, más allá de su codificación a través del Estatuto de Roma. El efecto de éste es añadir certeza y taxatividad a algo preexistente. Las acciones delictivas de autos por su gravedad y excepcionalidad, resultan de un contexto en el cual la violación y denegatoria de derechos, fueron el medio elegido para obtener determinados objetivos políticos, se hizo sistemática la práctica del terrorismo de Estado. El Estado ha reconocido por Ley No. 18.596: ‘el quebrantamiento del Estado de Derecho que impidiera el ejercicio de derechos fundamentales a las personas, en violación a los Derechos Humanos o a las normas del Derecho Internacional Humanitario, en el período comprendido desde el 27 de junio de 1973 hasta el 28 de febrero de 1985’ (art. 10.) [...] Resuelve: Desestímase el recurso de casación interpuesto”.

³¹ Establece el artículo 72 de la Constitución: “La enumeración de derechos, deberes y garantías hecha por la Constitución, no excluye los otros que son inherentes a la personalidad humana o se derivan de la forma republicana de gobierno”.

de leyes propuestas por aquel, inscritas en la línea del *New Deal*. Contemporáneamente, la temática ha cobrado vigor en varios países europeos, como Italia y España.³²

Compartimos lo expresado por el doctor Van Rompaey en cuanto expresa que el Poder Judicial soporta críticas sobre su gestión, provenientes de todos los ámbitos involucrados en los conflictos sometidos a su resolución, cuyos “cuestionamientos que en muchos casos deben aceptarse como razonable y fundada crítica al resultado del proceso, o al tiempo que insumiera su dilucidación, pero que en múltiples ocasiones responden a desinformación o a una intención deliberada de menoscabo institucional”,³³ más aún cuando trata intereses o casos polémicos.

3. Estructura del Poder Judicial e ingreso a la magistratura

A continuación desarrollamos la forma de ingresar a la magistratura y la forma de ascenso. Sostenemos que esto no es un tema menor; aunque quizás sea puramente administrativo, marca el diferencial con lo que sucede en el resto de América Latina, pues, en buena medida, garantiza una justicia independiente. Así, en nuestros días y sin ingresar en temáticas políticas, podemos visualizar lo que sucede en países de la región, por ejemplo, en Argentina o en Venezuela, donde los operadores identifican a los jueces como partidarios o contrarios a determinado partido político, sector o ideología.

En otros términos, Uruguay cumple con los criterios que la Corte IDH ha establecido para el proceso de nombramiento de los jueces. En tal sentido, “el tribunal ha señalado que, para la implementación de un verdadero régimen independiente, los Estados deben establecer procedimientos que respeten parámetros básicos de objetividad y razonabilidad, a fin de evita un alto grado de discrecionalidad en la selección del personal judicial de carrera, y promover que las personas escogidas sean las más idóneas”.³⁴

3.1. Breve referencia a la estructura orgánica del Poder Judicial

La estructura del Poder Judicial está brindada por la Constitución uruguaya. El Poder Judicial será ejercido por la SCJ y por los tribunales y juzgados (Constitución, art. 233). Desde el punto de vista jerárquico, encontramos: (i) la SCJ (integrada por cinco miembros), (ii) los tribunales de apelaciones (integrados por tres

³² Nicolás Bentancur, “El gobierno de los jueces en el sistema político uruguayo”, VV. AA., *Coloquio sobre Contencioso de Derecho Público: Responsabilidad del Estado y Jurisdicción*, Montevideo, Editorial Nueva Jurídica, 1998, p. 67.

³³ Van Rompaey, *op. cit.*, pp. 1-4.

³⁴ VV. AA., *Convención Americana sobre Derechos Humanos. Comentario*, Buenos Aires, Fundación Konrad Adenauer, 2014, p. 222.

miembros), (iii) los juzgados letrados y (iv) los juzgados de paz (órganos unipersonales). La Asamblea General elige a los miembros de la SCJ por dos tercios de votos del total de sus componentes, es decir con mayoría especial. Es de destacar que, sin perjuicio, para ser ministro de la SCJ, la Constitución exige: “ser abogado con diez años de antigüedad o haber ejercido con esa calidad la judicatura o el Ministerio Público o Fiscal por espacio de ocho años”; a lo largo de la historia, sólo dos personas no provenientes de la judicatura desempeñaron dicho cargo.³⁵ Este punto es destacable y ampliamente positivo. Es decir, a pesar de que los legisladores pueden nombrar a un tercero no involucrado en la magistratura como ministro de la SCJ, la tradición uruguaya demuestra que casi no hay antecedentes de ministros de la SCJ que no provengan de la judicatura. Con ello se garantizan ministros profesionales que hayan transitado de alguna forma una carrera judicial, cuyos méritos los hayan llevado a desempeñar el máximo cargo judicial. Sin embargo, desde el punto de vista de género, lamentablemente no se ha tenido la misma suerte, ya que “sólo 3 mujeres han ejercido el cargo de ministras de la Suprema Corte de Justicia en más de 100 años de historia y con un Poder Judicial que posee en la actualidad el 67% de mujeres en la función jurisdiccional”.³⁶⁻³⁷

3.2. Ingreso a la magistratura y forma de ascenso

La Constitución uruguaya contiene ciertos límites para ingresar a la magistratura. Por ejemplo, para el ingreso al primer escalafón, que es el de juez de paz se exige: (i) una edad mínima de 25 años; (ii) ciudadanía natural o legal, esta última con un mínimo de dos años de ejercicio; y (iii) ser abogado o escribano. Por su parte, la Ley Orgánica de la Judicatura y de Organización de los Tribunales, siguiendo el mandato constitucional, dispone que será la SCJ la encargada de dar posesión de sus cargos a los jueces. Además, en el artículo 79 de la misma ley, establece que para el ingreso se requiere no tener impedimentos físicos ni morales. El modelo de juez en Uruguay corresponde al de un juez de carrera, integrante de uno de los tres poderes del Estado. Es por ello que el ingreso al cargo se produce luego de un llamado público competitivo y de un proceso en el que se evalúan los conocimientos jurídicos del candidato a través de una prueba de ingreso, estudio psicotécnico, curso de formación y pasantía tutorizada, realizado en el Centro de Estudios Judiciales del Uruguay (CEJU) y, luego de todo ello, es designado en el cargo por la SCJ.³⁸

³⁵ Medina Ciceri, *op. cit.*

³⁶ *Idem.*

³⁷ Actualmente, la SCJ incluye a otra mujer. Se trata de la ministra doctora Elena Martínez Rosso.

³⁸ Tommasino, *op. cit.*

Para la designación de la SCJ hubo una gran modificación en la Constitución de 1967, que refiere al procedimiento de elección de sus miembros y, por remisión, del Tribunal de lo Contencioso Administrativo, destinada a evitar prolongadas vacantes por omisión de la Asamblea General en la provisión de dichos cargos, y que es el sistema vigente actualmente.³⁹

Asimismo, la normativa encarga a la SCJ de propiciar la realización de cursos de posgrado, especialmente dirigidos a la formación de aspirantes al ingreso en la judicatura. En tal caso, el abogado que hubiere hecho y aprobado el curso, tendrá prioridad. Con este objetivo, en el año 1996 se creó el Centro de Estudios Judiciales del Uruguay (CEJU).⁴⁰ En conclusión,

[e]l prestigio institucional de que aun hoy el Poder Judicial goza, tiene honda raíz en los criterios de reclutamiento o designación de los magistrados en todos los niveles, la formación de los abogados que aspiran a ingresar en la magistratura en la escuela judicial, la que a su vez desarrolla cursos de reciclaje o actualización para los jueces en actividad, y un buen sistema de evaluación de desempeño que posibilita que los magistrados que revelan capacidad y méritos superiores asciendan progresivamente en sus carreras hasta culminarla en los más altos cargos. De hecho, la Suprema Corte de Justicia está integrada por cinco magistrados que se iniciaron hace largas décadas en los primeros cargos de jueces de paz del interior de la República.⁴¹

Finalmente, interesa destacar el artículo 97 de la ley referida que establece que los ascensos se efectuarán, en principio, al grado inmediato superior, teniendo en cuenta los méritos, la capacitación y la antigüedad en la categoría. Con esto se le da transparencia a un sistema prácticamente infalible e incorruptible, en el cual importan los méritos propios, descartando cualquier motivación política. Con ello, y en nuestra opinión, la norma crea un ámbito que hace que nuestros jueces no sólo parezcan independientes, sino que tengan todas las herramientas constitucionales y legales para serlo. Además, es de interés destacar que “[e]l acto que dispone un traslado es un acto administrativo y se realiza mediante un procedimiento administrativo [...] el acto que dispone el traslado es recurrible por medio de los recursos administrativos corrientes”,⁴² razón por la cual, luego de agotada la vía administrativa, el recurrente podrá solicitar su impugnación ante el Tribunal de lo Contencioso Administrativo (órgano independiente de la SCJ), que podrá anular el acto).

³⁹ *Idem.*

⁴⁰ Información del Centro de Estudios Judiciales del Uruguay. Disponible en: <http://www.poderjudicial.gub.uy/centro-de-estudios-judiciales.html>.

⁴¹ Van Rompaey, *op. cit.*, pp. 1-4.

⁴² Augusto Durán Martínez, *Estudios de derecho constitucional*, Montevideo, Ingranusi Ltda., 1998, p. 19.

4. Reflexión final

El Poder Judicial uruguayo ha logrado, a través de los años, ser el más independiente de América Latina y el segundo en toda América y el Caribe. Aunque tiene algunos inconvenientes perfectibles –mayormente presupuestales– se encuentra a la vanguardia, y es modelo de independencia, imparcialidad y tecnicismo.

La forma de ingreso y traslado de la carrera judicial hacen que sus miembros sean potencialmente incorruptibles, dotando al sistema de transparencia. Las bases para los llamados a integrar la judicatura son públicos, por lo que cualquier ciudadano que cumpla ciertos requisitos podrá concursar e ingresar a la carrera judicial, sin importar afiliación política, religiosa o étnica.

El perfil de un magistrado uruguayo debe tener los siguientes caracteres: independencia, imparcialidad, personalidad, equilibrio y ponderación, espíritu analítico y crítico, firmeza y flexibilidad, espíritu creativo comprometido con la verdad, contracción al trabajo y compromiso efectivo con la formación continua, con los valores éticos y con el servicio cotidiano al justiciable.

Por otra parte, la SCJ tiene gran influencia en las decisiones del quehacer democrático, ya que posee potestades que hacen fundamental un proceso democrático ajustado a la Constitución y pactos internacionales. Cualquier habitante de la República Oriental del Uruguay tiene y siente la seguridad jurídica de participar en un sistema garantista de los derechos humanos, que es en definitiva respetuoso de la Constitución. El mecanismo de declaración de inconstitucionalidad de la legislación uruguayo quizás no sea el mejor modelo que pudo adoptar el constituyente; sin embargo, es una garantía de que la ley va a ser respetada por el Poder Legislativo o será susceptible de dicha declaración.

La independencia de los jueces está vinculada a otros principios, que todos juntos forman el principio macro del debido proceso. Así, la independencia de los jueces se complementa con su imparcialidad. Por más independiente que sea un magistrado, necesita ser y parecer imparcial durante todo el proceso para no menoscabar los derechos de las partes.

En definitiva –y como sostienen el doctor Van Rompaey⁴³ y sentencias de la SCJ–, en el Uruguay, la independencia de los jueces constituye una tradición nacional que honra al país en el concierto internacional, razón por la cual los futuros jueces tendremos que mantener un irrestricto respeto, pues la judicatura es lo que sus hombres son. Ello implica una enorme responsabilidad, por lo que debemos luchar todos los días para mantener y mejorar la independencia. Más aún, cuando nos enfrentamos a posibles modificaciones constitucionales, de las cuales todos los operadores jurídicos tenemos que ser partícipes activamente, y de esta forma defender la independencia del Poder Judicial.

⁴³ Lesley Van Rompaey, “Independencia judicial en el Uruguay”, *Revista Judicatura*, núm. 44, 2006, p. 492.

Bibliografía

- ABREU BURELLI, Alirio, “Independencia judicial (jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos)”, *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, año 13, t. II, 2007.
- BENTANCUR, Nicolás, “El gobierno de los jueces en el sistema político uruguayo”, VV. AA., *Coloquio sobre Contencioso de Derecho Público: Responsabilidad del Estado y Jurisdicción*, Montevideo, Editorial Nueva Jurídica, 1998.
- CORREA FREITAS, Rubén, “Instituto Uruguayo de Derecho Comparado: El control de la constitucionalidad de las leyes en la República Oriental del Uruguay”, *La justicia uruguaya: doctrinas magistrales*, vol. 4, 2009.
- DURÁN MARTÍNEZ, Augusto, *Estudios de derecho constitucional*, Montevideo, Ingranusi Ltda., 1998.
- LARRIEUX, Jorge T., “Diálogos judiciales y control de convencionalidad y constitucionalidad en el sistema interamericano”, *La Justicia Uruguaya*, núm. 151, 2015, pp. 139-141.
- MEDINA CICERI, Rosana, “La independencia judicial como garantía de acceso a la justicia en Uruguay”, s. f. Disponible en: http://www.mujerahora.org.uy/sites/default/files/independencia_judicial_en_uruguay_dra_rosana_medina_ciceri.pdf.
- OLIVERO GÓMEZ, Alicia, “La independencia judicial desde la teoría de la argumentación jurídica”, *Revista Crítica de Derecho Privado*, núm. 7, 2010.
- PÉREZ MANRIQUE, Ricardo, “La independencia del Poder Judicial”, *Revista Uruguaya de Derecho Procesal*, núm. 1, 1994.
- PODER JUDICIAL DEL URUGUAY, *Centenario de la Suprema Corte de Justicia 1907-2007*, Montevideo, Centro de Estudios Judiciales del Uruguay (CEJU), 2007.
- _____, “Uruguay ascendió 5 posiciones en el rubro de independencia judicial y sigue en el primer lugar entre naciones latinoamericanas”, 7 de octubre de 2015. Disponible en: <http://www.poderjudicial.gub.uy/144-noticias-institucionales/1396-uruguay-ascendio-5-posiciones-en-el-rubro-de-independencia-judicial.html>.
- SAETTONE, Mariella, “La actuación del Estado de derecho administrador y el Estado juez en relación con la protección de los derechos humanos”, *Estudios Jurídicos* (Publicación de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica del Uruguay), núm. 5, 2008.
- SCHWAB, Klaus (ed.), *The Global Competitiveness Report 2015-2016*, Geneva, World Economic Forum. Disponible en: http://www3.weforum.org/docs/gcr/2015-2016/Global_Competitiveness_Report_2015-2016.pdf.
- STEINER, Christian y Patricia URIBE (eds.), *Convención Americana sobre Derechos Humanos. Comentario*, Buenos Aires, Fundación Konrad Adenauer, 2014.
- TOMMASINO, Beatriz, “Carrera judicial en Uruguay: evaluación y selección de magistrados”, *La Justicia Uruguaya*, núm. 149, 2014, pp. 3-52.

- VALENTÍN, Gabriel, “La vía de excepción para obtener la declaración de inconstitucionalidad de las leyes”, *Dos estudios sobre el proceso contencioso administrativo de anulación. Doctrina y jurisprudencia*, t. XXXV, Montevideo, CADE, 2016.
- VAN ROMPAEY, Lesley, “Independencia judicial en el Uruguay”, *Revista Judicatura*, núm. 44, 2006.
- _____, “Justicia y sociedad”, *La Ley Uruguay: legislación, jurisprudencia y doctrina*, año 1, núm. 1, 2008.
- VESCOVI, Enrique, “La independencia de la magistratura”, *Revista Uruguaya de Derecho Procesal*, núm. 4, 1989.
- _____, *Curso de derecho procesal*, Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, 1989.
- YAVARONE, Roberto, “Seguridad jurídica y calidad institucional”, *La Justicia Uruguaya*, núm. 141, 2010.

VOLVER A LA TABLA DE CONTENIDO

Eduardo Tomás Martín Richter* (Argentina)

La justicia y el poder. Una relación necesaria para el desarrollo de los procesos democráticos en América Latina

RESUMEN

El presente trabajo refuta el supuesto carácter antidemocrático de la magistratura, a partir de la ponderación de los textos constitucionales y de los tratados internacionales. Sostiene que fallos judiciales que afirmen los derechos allí reconocidos son presupuestos de la democracia participativa, postulándose un modelo de juez independiente, pero no aséptico, y señala a los consejos de la magistratura como los organismos más adecuados para designar a ese tipo de magistrados.

Palabras clave: magistratura, política, democracia.

ZUSAMMENFASSUNG

Auf Grundlage einer Abwägung der Verfassung sowie den internationalen Verträgen widerspricht der Beitrag der Annahme der angeblich antidemokratischen Ausrichtung der Justiz. Er vertritt die Auffassung, dass Gerichtsentscheidungen, welche die anerkannten Gesetze bestätigen, eine Voraussetzung für eine partizipative Demokratie sind, und vertritt dabei das Modell des unabhängigen, aber keineswegs aseptischen Richters. Zugleich ist er der Ansicht, dass der sogenannte Rat der Magistratur („Consejo de la Magistratura“) am Besten dazu geeignet ist, Richter dieser Art zu ernennen.

Schlagwörter: Justiz, Politik, Demokratie.

* Abogado de la Universidad de Buenos Aires, 2004, y maestrando en Derecho Laboral. Funcionario del Poder Judicial de la Provincia de Neuquén (Argentina). tinirichter@yahoo.com.ar.

ABSTRACT

This work refutes the alleged anti-democratic character of the judiciary, based on a consideration of constitutional texts and international treaties. It maintains that judicial rulings that affirm the rights recognized therein are presuppositions of participatory democracy, postulating a model of independent, but not aseptic, judges, and pointing to the judiciary councils as the most appropriate bodies for appointing these kinds of magistrates.

Keywords: judiciary, politics, democracy.

Introducción. “La justicia y el poder”

En estas primeras palabras dejemos sentado que el orden de enunciación de esos dos conceptos fundamentales, no implica ninguna preferencia jerárquica ni un juicio de valor respecto a cada uno de los significados que podemos atribuirles. Por el contrario, sí pretende expresar el presupuesto metodológico del contenido de esta investigación; indica que el núcleo de análisis será la justicia (entendida en varias de sus significaciones, principalmente la de poder judicial) y su relación con el poder (fundamentalmente el político, pero no sólo él). El objetivo será señalar, justificadamente, que sin una adecuada interacción entre la justicia y la política no es posible consolidar los procesos democráticos en curso en América Latina.

Así, en las líneas que siguen nos ocuparemos del rol de los jueces en el actual contexto latinoamericano, de su legitimidad en nuestros procesos democráticos, de los límites a su actuación política y de su independencia. Procuraremos demostrar que los pronunciamientos judiciales que afirman los derechos reconocidos en los textos constitucionales y en los tratados internacionales (como los económicos y sociales), y/o que ejercen un adecuado control de constitucionalidad y convencionalidad son, además de decisiones con contenido político, presupuestos de la democracia participativa. En consecuencia, postularemos un modelo de juez “constitucionalmente comprometido”, esto es, independiente e imparcial, pero no neutral ni ideológicamente aséptico.

Más adelante puntualizaremos el análisis en un relevante fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina, que estimamos pertinente a la aplicación de varios de los conceptos teóricos esbozados. Señalaremos a los consejos de la magistratura, plural y democráticamente integrados, como los organismos más adecuados para designar al tipo de juez que preferimos. Finalmente, cuestionaremos la participación político-partidaria y corporativa en la composición de esos consejos.

1. El nuevo rol de los jueces en América Latina

En una muy interesante clasificación, De Sousa Santos distingue tres grandes periodos en el significado sociopolítico de la función judicial en las sociedades

modernas: el período del Estado liberal, el del Estado de bienestar y el de la crisis del Estado de bienestar.¹ En la obra citada centra su primer análisis en los que denomina países “centrales” o más desarrollados, y concluye que en ellos actualmente se está atravesando en líneas generales el tercer período. Más adelante se ocupa del área que denomina “periférica” o “semiperiférica”, y sostiene que en esta última, entre la que incluye a América Latina, el desarrollo no se adecua a las trayectorias históricas de los países centrales, sino que presenta una lógica propia de evolución, hija de una historia institucional reciente conflictiva, en la que las dictaduras y otros procesos antidemocráticos han tenido enorme y desafortunado protagonismo.

Si bien cuestionamos cierta linealidad histórica del destacado autor portugués y el posicionamiento que asume respecto a nuestra región (que para todo latinoamericano debiera ser “la central”), nos resulta muy útil la clasificación que esboza para analizar cuál es y debe ser el rol actual de los jueces en América Latina. En tal sentido, un repaso general de los pronunciamientos de estos tiempos nos muestra que los magistrados judiciales han dejado de ser la lisa y llana boca de la ley, limitados a la tarea de la subsunción lógica de hechos a normas,² para convertirse en verdaderos protagonistas en los conflictos sociopolíticos contemporáneos.

Las razones que explican este cambio de paradigma y las manifestaciones que lo demuestran son de diversa índole y varían de país en país. Sin embargo, para esta investigación nos detendremos en el análisis de dos de esas razones, estrechamente vinculadas entre sí, y, al mismo tiempo, relacionadas con la cuestión de la legitimidad democrática de los jueces. Nos referimos concretamente a los pronunciamientos judiciales que reconocen y garantizan derechos económicos y sociales, y a las reformas constitucionales, institucionales y judiciales.

1.1. Los pronunciamientos sobre derechos económicos y sociales

De acuerdo con nuestro criterio, uno de los aspectos en los que se presentan las mayores contribuciones materiales del poder judicial a los procesos democráticos, aportando de ese modo a la cuestionada legitimación de los magistrados, es en el campo de los derechos económicos y sociales. Por razones de orden metodológico, en el apartado 2.2 brindaremos las razones que justifican nuestra afirmación, ocupándonos aquí de la exposición de algunos antecedentes judiciales colombianos y argentinos que expresan ese nuevo rol de los jueces.

En tal sentido, siguiendo a Uprimny Yepes, quien analiza la judicialización de la política en Colombia, es dable advertir una gran influencia de la Corte Constitucional de ese país en la política económica, debido a la jurisprudencia de este tribunal

¹ Boaventura de Sousa Santos, *Sociología jurídica crítica para un nuevo sentido común en el derecho*, Bogotá, ILSA, 2009, pp. 80-93.

² Propia del Estado liberal en la taxonomía que propone De Sousa Santos.

encaminada a proteger los derechos sociales, especialmente a partir del año 1998.³ El autor sistematiza los casos en dos tipos de intervenciones: la protección individual o grupal de derechos por medio de la tutela y el control abstracto o general de constitucionalidad de leyes de contenido económico.

Respecto a lo primero, se sostiene que la Corte Constitucional ha defendido la posibilidad de que los derechos sociales sean protegidos por los jueces vía tutela constitucional, en virtud de la doctrina de la conexidad.⁴ Por otro lado, la Corte ha condicionado fuertemente la política económica, en virtud del control abstracto de constitucionalidad, que la ha llevado a declarar inconstitucionales ciertas leyes por violar principios y derechos básicos. En particular, la Corte ha anulado leyes que extendían el impuesto al valor agregado a productos de primera necesidad (C-776/03), o ha ordenado la indexación parcial de los salarios de los servidores públicos (C-1433/00, C-1064/01 y C-1017/03), o ha extendido beneficios pensionales a ciertos grupos poblacionales, al considerar que la restricción desconocía el principio de igualdad (C-409/94), o ha prohibido la modificación de ciertas regulaciones pensionales, por considerar que afectaban derechos adquiridos de los trabajadores (C-754/04). Todas estas decisiones implicaron costos económicos y presupuestales muy importantes.

Finalmente, quizá en uno de los ejemplos más impactantes de esa judicialización de la política económica, la Corte Constitucional intervino muy activamente frente a la crisis de los deudores hipotecarios en el año 1999, ordenando que se expidiera en siete meses una nueva ley para la regulación de la financiación de vivienda. Dicha ley fue aprobada por el Congreso a fines de ese año, incorporando, entre otras cosas, alivios a los deudores por unos 1.200 millones de dólares y sujetando nuevamente la evolución de las deudas hipotecarias a la inflación.

Un fenómeno de judicialización política similar empezó a percibirse en Argentina unos años después, concretamente a partir de 2003, con la nueva integración de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Como sostiene Luis Arias,⁵ a través de la fuerza simbólica de sus decisiones, la Corte Suprema logró colocar en la agenda política cuestiones que eran desatendidas por los poderes Ejecutivo y Legislativo, tales como la limpieza del contaminado Riachuelo, la movilidad previsional o la

³ Rodrigo Uprimny Yepes, “La judicialización de la política en Colombia: casos, potencialidades y riesgos”, *Sur. Revista Internacional de Derechos Humanos*, núm. 6, año 4, 2007, pp. 58-60.

⁴ Así, a nivel general, las tutelas en donde se invocan formalmente los derechos a la salud o a la vida, en donde el peticionario reclama un tratamiento que considera necesario para preservar una vida digna, representaron en 1995 más o menos el 10% del total de tutelas presentadas y fueron aproximadamente unas 3.000. En el primer semestre de 1999, ese porcentaje se incrementó al 30% y el total de tutelas por ese concepto, en ese semestre, fue de casi 20.000, esto es, unas 40.000 al año.

⁵ Luis Federico Arias, “La justicia frente a la transformación social”, *Revista La Ley*, Suplemento Extraordinario Administrativo, núm. 1, 2010, p. 18.

problemática de los pueblos originarios, entre otras.⁶ A continuación revisaremos tres casos en los que el máximo tribunal argentino mostró una significativa apertura de la jurisdicción, subestimando reglas procesales formales, para requerir de los restantes poderes la atención de necesidades de los grupos más vulnerables.

Así, el 7 de marzo de 2006, la Corte se ocupó de los niños desnutridos de un barrio carenciado en la periferia de Buenos Aires, ordenando su inmediata asistencia, pese a considerarse procesalmente incompetente. Fue en las causas R. 1148. XLI (“Rodríguez, Karina”, del 7 de marzo de 2006) y E. 348. XLI (329:548, “Esquivel”, de la misma fecha), donde la Corte Suprema argentina emitió un pronunciamiento obligando a la provincia de Buenos Aires y a la municipalidad de Quilmes a que proveyeran alimentos para cubrir las necesidades nutricionales básicas y realizaran controles sobre la evolución de la salud de menores de edad, haciendo prevalecer la protección de los derechos fundamentales, frente a las reglas procesales de competencia.

Del mismo modo, en la causa L. 733. XLII (“Lavado”, del 13 de febrero de 2007), relativa a la situación carcelaria de la provincia de Mendoza, impuso urgentes medidas sobre la base de las decisiones provisionales adoptadas por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. En dicha oportunidad, señaló que “la gravedad” y reiteración de los hechos denunciados “exigen de la Corte el ejercicio del control encomendado a la justicia sobre las actividades de los otros poderes del Estado, más allá de la decisión que pueda recaer en el momento en que se expida sobre su competencia [...]. Ello es así, pues le corresponde al Poder Judicial de la Nación buscar los caminos que permitan garantizar la eficacia de los derechos, y evitar que éstos sean vulnerados”. Dicha doctrina fue reiterada en la causa D. 251. XLIII (“Defensor del Pueblo”, del 24 de abril de 2007), donde, al valorar “la gravedad de la situación”, la Corte condenó a la provincia de Buenos Aires a suministrar una droga oncológica sin considerar siquiera su competencia, como lo había hecho en “Lavado”.

⁶ Así, también en cuestiones relativas a la protección de la discapacidad (L. 1153. XXXVIII, Fallos 327:2413, “Lifschitz”, del 15 de junio de 2004; I. 248. XLI, Fallos 331:2135, “I., C. F”, del 30 de septiembre de 2008); de la niñez (G. 147. XLIV, Fallos 331:2691, “García Méndez”, del 02 de diciembre de 2008); de la salud (S. 730. XL, Fallos 327:1444, “Sánchez”, del 11 de mayo de 2004; R. 638. XL, Fallos 329:638, “Reynoso”, del 16 de mayo de 2006; F. 838. XLI, Fallos 329:2552, “Floreancig”, del 11 de julio de 2006); de la vivienda (R. 320. XLII, Fallos 330:855, “Rinaldi”, del 15 de marzo de 2007); y otras dictadas en materia provisional (I. 349. XXXIX, Fallos 328:566, “Itzcovich”, del 29 de marzo de 2005; S. 2758. XXXVIII, Fallos 328:1602, “Sánchez”, del 17 de mayo de 2005; W. 25. XLI, Fallos 328:3097, “Wittall”, del 16 de agosto de 2005; A. 465. XL, “Alvez”, Fallos 329:2158, del 30 de mayo de 2006; B. 675. XLI, Fallos 329:3089 y 330:4866, “Badaro”, del 08 de agosto de 2006 y 26 de noviembre de 2007, respectivamente); de empleo público (M. 1488. XXXVI, Fallos 330:1989, “Madorrán”, del 03 de mayo de 2007; R. 354. XLIV, “Ramos” y S. 2225. XLI, “Sánchez”, ambos del 06 de abril de 2010); laboral y sindical (C. 2605. XXXVIII, Fallos 327:3610, “Castillo”, del 07 de septiembre de 2004; A. 2652. XXXVIII, Fallos 327:3753, “Aquino”, del 21 de septiembre de 2004; M. 3724. XXXVIII, Fallos 327:4607, “Milone”, del 26 de octubre de 2004; A. 201. XL, Fallos 331:2499, “Asociación Trabajadores del Estado”, del 11 de noviembre de 2008), y medio ambiente (M. 1569. XL, “Mendoza”).

Finalmente, “la gravedad y la urgencia” también determinaron que la justicia pudiera llegar con premura a los habitantes aborígenes del Chaco, quienes se encontraban en situación de emergencia extrema, con sus necesidades más básicas y elementales insatisfechas, ante la inacción de los estados nacional y provincial. Estos últimos fueron condenados por la Corte Suprema a suministrar a las comunidades indígenas agua potable, alimentos y medios de transporte adecuados a sus necesidades (causa D. 587. XLIII, “Defensor del Pueblo”, del 18 de septiembre de 2007).

1.2. Las reformas constitucionales, institucionales y judiciales

En innegables conexiones con lo anterior (al extremo que muchas veces se confunden), Pilar Domingo sostiene que las múltiples reformas constitucionales e institucionales de los últimos 20 años en América Latina han transformado el lugar que ocupa el poder judicial en los sistemas políticos.⁷ Así, muchas de estas reformas han generado nuevas estructuras de oportunidad que han facilitado la judicialización y la ciudadanización de la política, en algunos casos contribuyendo a ciertas modificaciones en las estructuras de poder institucional, promoviendo una mayor independencia de los jueces y otorgándoles mayores facultades de control de constitucionalidad y convencionalidad, por ejemplo.

En primer lugar, se han dado muchos procesos de reforma y revisión constitucional que, por lo general, han llevado a la expansión de los derechos de la ciudadanía. Ya desde la Constitución de 1917 de México, que representó un texto particularmente moderno en cuanto a los derechos sociales y económicos, el constitucionalismo en la región ha tendido a ser, por lo general, innovador y vanguardista en cuanto a la redefinición del contrato social. En segundo lugar, a lo largo de los noventa y en lo que llevamos del siglo XXI, ha habido una serie de reformas al sistema de justicia que de manera muy concreta ha alterado las relaciones de fuerza entre los poderes del Estado en muchos países de la región, así como la accesibilidad de los ciudadanos a la administración de justicia.

Por una parte, una de las innovaciones institucionales más importantes ha sido la creación de tribunales o salas constitucionales en varios países. En algunos casos, estas nuevas instituciones han generado nuevas dinámicas entre poderes, como en Costa Rica y en Colombia. En este último país, como vimos en el punto precedente, el control constitucional ha dado paso a una nueva jurisprudencia, bastante innovadora y socialmente progresista, por ejemplo, con respecto a los derechos sociales y económicos, lo que ha incidido en las políticas públicas llevadas adelante por los gobiernos de turno.

⁷ Pilar Domingo, “Ciudadanía, derechos y justicia en América Latina. Ciudadanización-judicialización de la política”, *Revista Cidob d’afers Internacional*, núm. 85-86. Disponible en: www.raco.cat/index.php/revistacidob/article/viewFile/130881/180646.

Otra importante novedad institucional ha sido la creación de consejos de la judicatura o de la magistratura en casi toda la región, que se ocupan de la gestión del sistema de justicia, previéndose nuevos mecanismos de nombramiento y remoción de jueces, circunstancia que sin duda altera las relaciones entre el poder judicial y los restantes poderes, así como las que se presentan dentro de la propia organización de justicia. Sobre esta cuestión volveremos más adelante al tratar un relevante fallo de la Corte Suprema argentina.

Finalmente, acompañando a los procesos de integración regional que han tenido lugar en América Latina en los últimos años,⁸ se ha generado un nuevo discurso internacional de derechos humanos y promoción del Estado de derecho, apoyado por un creciente abanico de tratados e instrumentos jurisdiccionales. Esa expansión incluye la creación de marcos normativos internacionales concretos como, por ejemplo, los diversos convenios sobre los derechos de la mujer, de los indígenas y de la infancia. Particularmente importantes son los avances en el sistema interamericano de protección de los derechos humanos. En la medida en que ello se ha ido ampliando, y en un contexto en el que los Estados están más preocupados por ser aceptados en la comunidad de democracias avanzadas, no puede hacerse caso omiso de las recomendaciones o fallos de la Comisión o de la Corte Interamericana.⁹ De allí que la noción de control de convencionalidad sea también tan importante en los procesos democráticos modernos, y trascienda en sus consecuencias los espacios tradicionalmente judiciales.

Estas manifestaciones de la judicialización de la política nos conducen a reflexionar, entre otros posibles tópicos, sobre dos cuestiones importantes. Por un lado, ¿están legitimados los jueces para intervenir en asuntos que, a priori, debieran ser resueltos por la decisión del pueblo en nuestras democracias? Por el otro, ¿pueden y deben los jueces asumir posturas políticas? Si es así, ¿cuáles son los alcances de esa facultad-deber? ¿Cuáles sus límites? A continuación procuraremos responder esos interrogantes.

2. La legitimación democrática de los jueces

En una reciente investigación, entre los argumentos expuestos para sostener la necesidad de la participación del sector político en la designación de los magistrados judiciales, señalamos que el de mayor peso es la falta de legitimación democrática de estos o, en forma más genérica, el carácter contramayoritario del poder judicial.¹⁰ Más adelante nos ocuparemos de la cuestión de la designación de

⁸ Entre ellos puede citarse a la Comunidad Andina (CAN), al Mercado Común del Sur (MERCOSUR) y a la más reciente Unión de Naciones Suramericanas (UNASUR).

⁹ Domingo, *op. cit.*

¹⁰ Eduardo Richter, "Composición y nivel de selección de los consejos de la magistratura provinciales y de la ciudad autónoma de Buenos Aires", *30 años de democracia: la implemen-*

los jueces. Bástenos aquí con señalar que el mencionado carácter emerge cuando a los jueces se les atribuye la función de controlar la constitucionalidad de las leyes sancionadas por el poder legislativo, cuyos integrantes han sido ungidos por el sufragio universal. Así, se considera que los magistrados, que arribaron a sus cargos por elección indirecta, no pueden –por vía de interpretación– declarar la inconstitucionalidad de una ley, pues ello sería ir en contra de la voluntad general que solamente encarna el parlamento.

En tal sentido, siguiendo a Gargarella, podemos decir que buena parte de los constitucionalistas y politólogos contemporáneos reconocen, al menos, la tensión existente entre la organización democrática de la sociedad y la función judicial de revisión de las leyes. Desde hace varios años, muchos de ellos se dedican a estudiar este problema haciendo referencia a la “dificultad contramayoritaria” que aparece en estos casos. Esto es, la dificultad que surge cuando un órgano con menor legitimidad democrática, dentro de la división de poderes, impone su autoridad sobre los restantes.¹¹

Brevemente, digamos que este carácter emerge cuando a los jueces se les atribuye la función de controlar la constitucionalidad de las leyes sancionadas por el Poder Legislativo, cuyos integrantes han sido ungidos por el sufragio universal. Así, se considera que los magistrados, que arribaron a sus cargos por elección indirecta, no pueden –por vía de interpretación– declarar la inconstitucionalidad de una ley, pues ello sería ir en contra de la voluntad general que solamente encarna el parlamento.

En la práctica, este argumento es frecuentemente esgrimido por los sectores políticos de gobierno (oficialismo) para cuestionar decisiones judiciales que les resultan adversas. Así, en la Argentina por ejemplo, es común que se califique al Poder Judicial como una “corporación” o como el “partido judicial”. En el primer caso, vinculando a la justicia con los poderes fácticos o económicos más concentrados y conservadores; en el segundo, con los sectores políticos de oposición. En ambos, procurando el oficialismo generar en el pueblo el siguiente interrogante: ¿A estos jueces que resuelven en contra del pueblo (gobierno) quién los votó?

Se trata de una cuestión que, aun cuando suele ser planteada en el marco de la lucha política, debe ser abordada también por el propio poder judicial, por ser parte implicada en la controversia y, fundamentalmente, por contribuir ese debate a los procesos democráticos en curso. A continuación, aportaremos algunos argumentos en sustento de la legitimidad política de los jueces, en el afán de demostrar que esa legitimidad es también, y en última instancia, democrática.

tación de los consejos de la magistratura en Argentina, Buenos Aires, Editorial Jusbaire, 2015, p. 75.

¹¹ Roberto Gargarella, *La justicia frente al Gobierno. Sobre el carácter contramayoritario del poder judicial*, Quito, Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional, 2012, pp. 28 y 29.

2.1. El control constitucional: el nuevo control de convencionalidad

Es indudable que el análisis de la dificultad contramayoritaria no puede prescindir de la función que las propias organizaciones democráticas les asignan a los jueces, según las constituciones, esto es, mantener siempre su supremacía. El riesgo de olvidarnos de ello es muy grave pues, como Zaffaroni, pensamos que ante la falta de una jurisdicción que imponga mínimamente la supremacía constitucional y que opere con cierto grado de eficacia en la decisión y solución de conflictos, cada vez serán menos los obstáculos al ejercicio arbitrario del poder y los límites frente a las mayorías políticas coyunturales. “No habrá un acotado espacio de juego democrático, sino una selva de disputas con cualquier medio y a cualquier precio [...] y nuestras débiles democracias serán cada día más dictaduras en envase democrático”.¹²

La Constitución representa la intención de la sociedad de autolimitarse para proteger los valores que más desea. Como Ulises cuando resolvió sujetarse al mástil del navío que comandaba para no sucumbir a los cantos de las sirenas,¹³ las sociedades modernas atan sus manos para limitar su capacidad de autovulnerarse a través de la afectación de sus cimientos axiológicos. La experiencia histórica recuerda que las pasiones de un momento pueden llevar al pueblo a sacrificar los principios más elementales de libertad y justicia.

La supervivencia de la Constitución es una expectativa ampliamente deseada por todas las sociedades democráticas que siguen el cuño del constitucionalismo. Esa es la razón por la que está redactada en términos generales y abstractos que permiten la inclusión de todos los sectores de la sociedad, de las minorías también, y posibilita una interpretación flexible, en el sentido de variar de acuerdo con las necesidades de los tiempos. Como sostiene Sola:

[U]na Constitución supone en nuestra tradición la idea de un gobierno limitado por la división de poderes, el control judicial, las elecciones abiertas como forma de selección de los altos funcionarios y legisladores y la protección

¹² Eugenio Raúl Zaffaroni, “Dimensión política de un poder judicial democrático”, *Cuadernos de Derecho Penal - Revista del Instituto de D. Penal y Procesal Penal del C. A. y P. Neuquén*, año II, núm. 2, 2005, p. 19. Más adelante, el autor se refiere al supuesto “gobierno de los jueces”, posibilidad que desestima de plano en los países de nuestra región: “Se han extraído frases hechas y proverbios que, fuera de marco, no hacen otra cosa que introducir confusión. Entre estos, uno de los más ridículos es la famosa bandera de la dictadura de los jueces. Pocas frases son tan absurdas frente a la realidad latinoamericana, donde los jueces tienen poco poder, en razón de su escasisima y paupérrima independencia, que es ridículo que se pretenda teñir cualquier tentativa de reivindicación de la independencia judicial con la amenaza de una dictadura. Históricamente, además, no se conoce ningún caso de dictadura de los jueces” (p. 21).

¹³ La metáfora literaria pertenece a Juan Vicente Sola (“La Corte Suprema y el nuevo proceso constitucional”, *Revista La Ley*, 2013, p. 1217), autor al que seguimos en este tramo de la investigación.

de los derechos humanos. La existencia de una Constitución escrita que no puede ser reformada por el proceso legislativo ordinario, rige para los tiempos. Si las normas constitucionales pudieran reformarse con la sencillez de una ley, las constituciones serían funcionalmente leyes y probablemente los gobiernos no tendrían límite alguno.¹⁴

Es por ello que existen derechos básicos que se encuentran fuera del alcance del poder de las mayorías circunstanciales. Son los derechos constitucionales.

Quizá siga en pie la discusión de si es al poder judicial al que le corresponde velar por la supremacía constitucional, o si, como en varios países europeos, dicha función compete a tribunales constitucionales que integran el poder legislativo. Si bien ese debate excede el marco de este trabajo, señalemos que, según nuestro criterio, la primera posibilidad es la que mejor se compadece con el diseño constitucional republicano de los Estados latinoamericanos, al tiempo que presenta muy buenos resultados prácticos para la calidad democrática de nuestras sociedades, por lo visto y por lo que se indicará en el apartado siguiente.

Una cuestión final no menor. Cuando mencionamos las reformas de las constituciones latinoamericanas de los últimos 20 años, dimos cuenta de la incorporación de diversos tratados internacionales de derechos humanos a los textos constitucionales. Ello trajo como consecuencia la aparición de nuevos organismos jurisdiccionales, en este caso internacionales, para influir en las decisiones políticas mayoritarias de cada uno de nuestros Estados. Si bien la ratificación de esos tratados internacionales ha sido obra de los poderes legislativos, representados democráticamente, la aplicación de sus normas y su interpretación de los casos concretos ha sido encargada a los tribunales y cortes, guiadas por la jurisprudencia y los dictámenes de aquellos organismos internacionales.¹⁵

Con la descripción de esas circunstancias queremos señalar que las democracias latinoamericanas actuales no se “deben” sólo a sus constituciones (mucho menos a sus decisiones legislativas); son tributarias también de diversos tratados internacionales, en especial de derechos humanos, y deben dar respuesta frente a la comunidad internacional en casos de incumplimiento. Nuevamente, el último guardián para evitar esos incumplimientos, para afirmar la vigencia de los derechos humanos y contribuir de ese modo a la consolidación democrática, es el poder judicial a través del control de convencionalidad.

¹⁴ *Idem.*

¹⁵ Como sostiene Sagüés: “Todos los órganos de la administración deben hacer funcionar la normatividad que aplican, constitucional, legal y sublegal, en consonancia con el Pacto de San José de Costa Rica y la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, según la doctrina de la ‘interpretación conforme’” (Néstor Sagüés, “Notas sobre el control ejecutivo de convencionalidad”, en *Anuario de derecho constitucional latinoamericano*, año XXL, Bogotá, Fundación Konrad Adenauer, 2015, p. 146).

Esa vinculación entre democracia, magistratura y control de convencionalidad se patentiza en nuestra región al observar el carácter marcadamente presidencialista de los sistemas de gobierno, en los que en muchos casos el poder constituyente deriva de quien ejerce la presidencia, antes que del pueblo. Cuando ello ocurre, los controles tradicionales de legalidad y de constitucionalidad aparecen insuficientes para proteger los derechos humanos y la democracia.¹⁶ Esta última no se legitima sólo desde lo formal electoral. Su verdadera existencia se constata a cada momento, en tanto haya un derecho humano cuya vigencia práctica sea afirmada. Y cuando esto último no ocurre, compete al poder judicial efectuar el control de convencionalidad para ratificar esa vigencia y, en consecuencia, para consolidar materialmente la democracia.

2.2. La afirmación de los derechos económicos y sociales

En relación con lo anterior, y siguiendo otra obra de Gargarella, podemos afirmar que la revisión judicial en general, y el control constitucional en particular, pueden ser un instrumento crucial para enriquecer la deliberación pública respecto a los derechos sociales. Al mismo tiempo, como vimos en el apartado 1.1, el activismo judicial en el área de derechos sociales y económicos puede ser en especial relevante, dada la íntima relación que existe entre esos derechos y la participación política. Como sostenía Carlos Nino, una adecuada situación social y económica de los individuos, al igual que un adecuado nivel de educación, constituyen precondiciones para una participación libre e igualitaria en el proceso político.¹⁷ Es decir, que la ausencia de políticas públicas destinadas a poner en práctica los derechos sociales, dificulta el involucramiento político de las personas con más desventajas, y, por tanto, mina el valor total del proceso democrático.¹⁸

Nos parece que este es un argumento que no ha sido suficientemente valorado en el debate que estamos tratando. Lo que quiere expresarse es que una de las mayores contribuciones del poder judicial a nuestros procesos democráticos ha sido

¹⁶ En este sentido, se expresa: “Una anomalía de la región andina, hace que el poder constituyente realmente le pertenezca al Presidente de la República y no al Pueblo, en una situación en la que el control de legalidad y el control de constitucionalidad poco pueden. En sentido contrario, el control de convencionalidad aparece como una opción capaz de neutralizar la usurpación. Una buena evidencia de la insuficiencia de los controles de legalidad y constitucionalidad y la necesidad de otro control más fuerte, la ofrecen el caso peruano en la manera como se estableció allí la Constitución de 1993, así como el caso colombiano, en relación con el modo como se adelantan las sucesivas reformas a la Constitución de 1991” (Manuel Fernando Quinche Ramírez, “El presidencialismo, el control de convencionalidad y la democracia en los países andinos”, *Revista Co-herencia*, vol. 10, núm. 19, 2013, p. 197).

¹⁷ Carlos Nino, *The Constitution of Deliberative Democracy*, New Haven, Yale University Press, 1996, p. 201.

¹⁸ Roberto Gargarella, ¿Democracia deliberativa y judicialización de los derechos sociales?, *Perfiles Latinoamericanos*, núm. 28, julio-diciembre de 2006, p. 22.

la afirmación concreta de la vigencia de los derechos económicos y sociales, como presupuesto de la existencia misma de las democracias participativas y, por ello también, como elemento de justificación democrática de los jueces. En este caso, la referencia a las constituciones, a su supremacía, es indirecta; no se trata de postular la incuestionable supremacía teórica de la Constitución, antes bien se trata de señalar que los derechos económicos en ella reconocidos son condiciones necesarias para el debate democrático.

La idea que subyace, como concluye Gargarella, es que para afirmar los valores que los demócratas populistas desean respetar (por ejemplo, el valor de la participación pública en política, el valor de contar con un proceso genuinamente colectivo de toma de decisiones), se necesita asegurar la existencia y operatividad de ciertos derechos sociales y económicos básicos.¹⁹ Fallos judiciales sobre la movilidad jubilatoria, sobre los seguros sociales y la salud, sobre el acceso a los bienes más elementales (agua, vivienda, etc.), sobre el medio ambiente, se transforman así en presupuestos de la existencia de la democracia participativa. Y, por ello mismo e indirectamente, en motivos de la justificación democrática de los jueces.

3. Los jueces y la política

Lo anterior da cuenta del activo rol de los jueces en la democracia, afirmado lo cual corresponde preguntarnos cuál es la relación que deben tener los magistrados con la política o, más concretamente, cuál es el modelo de juez que conviene postular para la consolidación democrática latinoamericana.

Para introducirnos en el estudio de esta controvertida y apasionante cuestión, tomemos prestadas algunas ideas de Luis Aguiar,²⁰ quien, a partir de un desarrollo histórico similar al trazado por De Sousa Santos, plantea que con el incipiente constitucionalismo que se produjo en el mundo occidental a finales del siglo XVIII y principios del XIX, a resultas de la culminación de las grandes revoluciones liberales, el modelo de separación de poderes que allí se reflejaba contemplaba un poder judicial carente de relevancia tanto para la configuración del orden político como para contribuir a la conformación del orden social. En ese contexto se inserta el modelo de juez que el autor cuestiona para estos tiempos²¹ y que califica como

¹⁹ *Ibid.*, pp. 18-19.

²⁰ Luis Aguiar, “¿Puede el juez ser partícipe de los procesos de cambio social? Del juez monje al juez constitucionalmente comprometido”, en Laurence Burgorgue-Larsen, Antonio Maués y Beatriz Eugenia Sánchez Mojica (coords.), *Derechos humanos y políticas públicas*, vol. 3, Red de Derechos Humanos y Educación Superior, 2014. Disponible en: https://www.upf.edu/dhes-alfa/.../res/.../DHPP_Manual_v3.345-362.pdf.

²¹ Aunque poniendo de manifiesto sus valores positivos: “Vocación y entrega a la Justicia, independencia y moderada imparcialidad en la impartición de ésta, sumisión exclusiva a la ley tanto en su actividad profesional como en su vida personal, etc. Y modelo que, en la

“juez monje”, aislado de la realidad social en la que vive, de los problemas que acosan a los ciudadanos que juzga y del marco socioeconómico y político en que estos desenvuelven su vida cotidiana.

Por el contrario, el autor citado ensalza para la actualidad, con proyección futura y en opinión que compartimos, el modelo de un “juez constitucionalmente comprometido”, cuya labor se ha visto redimensionada por: a) la ampliación del margen de disponibilidad en el proceso de selección de la norma a aplicar en los conflictos y litigios que se someten a su consideración; b) la ampliación de los métodos de interpretación jurídica, ponderando como criterio preferente el contenido de los enunciados constitucionales, con frecuencia breves y siempre generales y densos en valores; y c) el incremento de los contenidos prestacionales que registran los actuales textos constitucionales, cuya determinación en las controversias judiciales se atribuye al juez, dotando a su labor de un fuerte carácter creativo,²² cuestión que hemos abordado al tratar los derechos económicos y sociales.

Desde otra perspectiva, podemos afirmar que este nuevo modelo que postulamos para nuestra magistratura latinoamericana rechaza la idea de neutralidad ideológica, argumentando que, tras esa pretendida asepsia, lo que en realidad se esconde es otra cosa: “Camuflada como no ideología se oculta una verdadera y auténtica ideología –en este caso la ideología conservadora–, uno de cuyos ‘dogmas’ fundamentales consiste, precisamente, en defender un modelo de Juez alejado lo más posible de cualquier contaminación proveniente del mundo de la política”.²³ Esto es, el modelo de juez monje que Aguiar sitúa en la historia. Por el contrario, participamos de la opinión que sostiene que es imposible que un juez tome decisiones sin implicarse subjetivamente.

Se trata de no engañarse con respecto a las posibilidades de una justicia “químicamente” pura, administrada por sujetos igualmente puros e incontaminados. En otros términos, y como sostiene Brey Blanco, no existe ningún “lugar cognoscitivo” apolítico ni conciencia subjetiva alguna que no se encuentre marcada por ideologías o intereses sociopolíticos y económicos. Este axioma, aplicado al juez, daría como resultado la conclusión siguiente: ningún juez puede pretender ser tan distinto de los demás seres humanos como para pensar que puede resolver un caso sin verse afectado por un motivo o intención que no sea sino el ideal de “la” justicia

medida en que sitúa como principio estructural vertebrador de todo Poder Judicial y de toda actividad jurisdiccional la idea de ‘independencia’ del Juez para que su labor de mediación entre norma aplicación solo impere su exclusiva vinculación a la ley, es irreprochable” (Aguiar, *ibid.*, p. 350).

²² *Ibid.*, pp. 355-356.

²³ José Luis Brey Blanco, “Los jueces y la política: ¿Imparcialidad/neutralidad versus compromiso democrático?”, *Foro, Nueva época*, núm. 00/2004, p. 39. Disponible en: <https://revistas.ucm.es/index.php/FORO/article/download/.../13883>.

objetiva.²⁴ No debe confundirse esto con la imparcialidad, que es la posición que la magistratura debe adoptar respecto de las partes que convocan su intervención.²⁵

Ahora bien, ¿cuál es el límite, si es que lo hay, para esa actuación política de los jueces? Adelantemos que, de acuerdo con nuestro criterio, existe ese límite; la dificultad de definirlo desde la teoría no debe hacernos abdicar del análisis.

3.1. La independencia judicial

Un concepto clave en este caso es el de independencia judicial, tan caro a nuestra teórica tradición constitucional latinoamericana, pero tan vapuleado en la práctica por las más diversas formas de gobierno (desde autoritarismos militares hasta débiles democracias de transición, desde acérrimos conservadores nacionalistas hasta defensores del liberalismo a ultranza). Entre las ideas extremas de un juez apolítico (“monje”) y de uno completamente político (“politizado” o, mejor, “partidizado”), el modelo de juez constitucionalmente comprometido y políticamente independiente parece ser el más adecuado para la profundización de nuestros procesos democráticos. Así, si la neutralidad política de la justicia es mala (por esconder muchas veces una ideología conservadora funcional a quienes ejercen el poder, político y/o económico, formal y/o real), también lo es una administración judicial que esté políticamente “partidizada” y que no pueda desprenderse de la lucha por el poder.

De ese modo queda claro que la independencia política de los jueces no equivale a neutralidad o a falta de ideología, por el contrario, presupone a una persona que con todos los condicionamientos que su existencia y su medio le imponen, consciente de esa circunstancia, interviene en un conflicto procurando resolverlo sin hacer valer sus concepciones en el momento de decidir.

La consecuencia de esa intervención sí es política, en el sentido de defender derechos fundamentales que se consideran básicos y presupuestos de la democracia. Sostiene Jiménez Villarejo:

Política es también [...] la misión de pacificar y componer que se pone en manos del juez en una sociedad siempre conflictiva y que se ejercerá de modo distinto según la visión que el mismo tenga del hecho social del conflicto

²⁴ *Ibid.*, p. 41.

²⁵ “Es importante subrayar esto, aun cuando pueda parecer obvio, porque con frecuencia el mandato de imparcialidad suele entenderse como mandato de neutralidad general, política sobre todo, que sólo podría realizarse en un juez de naturaleza cuasidivina. Que los individuos que ostentan la cualidad de juez no están obligados a ser apolíticos ni cosa semejante es algo perfectamente obvio: ni la Constitución impone tal exigencia ni la circunstancia de que un juez tenga convicciones políticas tiene por qué afectar a su independencia e imparcialidad” (Ignacio de Otto, *Estudios sobre el Poder Judicial*, Madrid, Ministerio de Justicia, 1989, p. 63, citado en *ibid.*, pp. 41-42).

[...]. Política es igualmente, en sí misma y en sus consecuencias, la opción que frecuentemente ha de hacer el juez en el momento decisivo de responder jurídicamente, mediante la norma particular que es la sentencia, al conflicto que se le somete [...] y la posible identificación de lo justo con las pautas de distribución vigentes en toda sociedad estratificada.²⁶

4. Un caso paradigmático: el fallo “Rizzo” de la Corte Suprema argentina

Quizá, la exposición y el análisis de un resonante precedente judicial de la Argentina pueda aportar mayor claridad a la definición de cuáles deben ser esos límites de la actuación política de los jueces y, en forma general, de cómo puede resolverse la tensión que existe entre la democracia y el poder judicial.

4. 1. Los antecedentes del caso

Hasta el año 1994, la designación y destitución de los jueces de la Argentina era resorte exclusivo de los poderes políticos. Al reformarse la Constitución en ese año, se introdujo el Consejo de la Magistratura con el objeto de limitar la discrecionalidad y arbitrariedad que había caracterizado al poder público en la selección de magistrados y de dotar de un mecanismo despolitizado y más técnico para su remoción, estableciendo que el Consejo cumpliría el antiguo rol de la Cámara de Diputados como cámara acusadora en los juicios políticos y creando un Jurado de Enjuiciamiento de Magistrados que asumiría el rol del Senado como cámara juzgadora.

La norma constitucional, en su parte pertinente, establecía y establece:

El Consejo de la Magistratura, regulado por una ley especial sancionada por la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cada Cámara, tendrá a su cargo la selección de los magistrados y la administración del Poder Judicial. El Consejo será integrado periódicamente de modo que se procure el equilibrio entre la representación de los órganos políticos resultantes de la elección popular, de los jueces de todas las instancias y de los abogados de la matrícula federal. Será integrado, asimismo, por otras personas del ámbito académico y científico, en el número y la forma que indique la ley.

Posteriormente, en ejercicio de las facultades conferidas por ese artículo, el Congreso de la Nación sancionó las leyes 24.937 (de 1994) y 26.080 (de 2006), a

²⁶ Citado en Brey Blanco, *op. cit.*, p. 50.

través de las cuales se disponía que la designación de los consejeros fuera realizada en elecciones directas organizadas por el propio Consejo de la Magistratura entre los jueces, por un lado, y los abogados de la matrícula federal, por otro, y gestionadas por juntas electorales designadas por la Asociación de Magistrados y Funcionarios de la Justicia Nacional, en un caso, y por el Consejo Directivo del Colegio Público de Abogados de la Capital Federal y la Federación Argentina de Colegios de Abogados, en el otro. Por su parte, en ese régimen, la representación del ámbito académico y científico dependía de la elección directa de profesores titulares de facultades y escuelas de derecho de las universidades nacionales, organizada por el Comité Ejecutivo del Consejo Interuniversitario Nacional.

En el año 2013, y bajo el pretexto de que el funcionamiento del Consejo de la Magistratura no había logrado satisfacer las expectativas sociales que llevaron a su creación (pues no se había agilizado ni transparentado la selección de jueces, ni se habían adoptado procedimientos más eficaces para su control y remoción), a instancias del Poder Ejecutivo, el Congreso dictó la Ley 26.855. Allí se introdujo una reforma sustancial al régimen imperante hasta entonces, incorporando la elección popular de jueces, abogados, académicos y científicos para ejercer funciones dentro del Consejo de la Magistratura. La norma disponía que la elección de las personas pertenecientes a esos ámbitos fuera realizada por sufragio universal junto con las elecciones nacionales –presidenciales o legislativas– y que la postulación de esos candidatos se efectivizara a través de agrupaciones políticas nacionales.

En ese contexto, el apoderado²⁷ de una agrupación de abogados que compitió en elecciones desde el año 2006, postulando candidatos al Consejo de la Magistratura, promovió una acción de amparo ante el juez federal con competencia electoral, persiguiendo la declaración de inconstitucionalidad de algunos artículos de la Ley 26.855, por comportar “una inexcusable violación del orden jurídico constitucional, vulnerando lo dispuesto por los artículos 114 y 115 de la Constitución Nacional”. El apoderado solicitó, asimismo, una medida cautelar tendiente a la suspensión de las elecciones para la categoría de consejeros, argumentando una ostentosa violación constitucional por parte de las normas impugnadas.²⁸

Al resolver el caso, la jueza de primera instancia difirió el tratamiento de la medida cautelar y dictó sentencia haciendo lugar a la acción, declaró la inconstitucionalidad de las normas impugnadas y anuló el llamado a elecciones para la categoría de consejeros. El Estado Nacional apeló la decisión directamente ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación, interponiendo recurso extraordinario por salto de instancia, el cual fue admitido.

²⁷ De apellido Rizzo, de ahí es que este caso judicial se conoce en Argentina como el “fallo Rizzo”.

²⁸ Ver texto completo de la acción de amparo deducida. Disponible en: http://www.genederecho.com/index_files/CMN_GDD.pdf.

4.2. El análisis del fallo de la Corte Suprema

Por seis votos contra uno, la Corte argentina confirmó la decisión de primera instancia y, como punto resolutivo más destacado, declaró la inconstitucionalidad de varios de los artículos de la Ley 26.855.

El voto mayoritario se apoyó en cuatro argumentos; sostuvo que el ordenamiento cuestionado: 1. rompe el equilibrio, al disponer que la totalidad de los miembros del Consejo resulte directa o indirectamente emergente del sistema político partidario; 2. desconoce el principio de representación de los estamentos técnicos, al establecer la elección directa de jueces, abogados, académicos y científicos; 3. compromete la independencia judicial, al obligar a los jueces a intervenir en la lucha partidaria; y 4. vulnera el ejercicio de los derechos de los ciudadanos, al distorsionar el sistema electoral.

Como puede verse, las razones que se exponen en las tres primeras líneas argumentales de la sentencia analizada guardan estrecha relación con la cuestión de la política partidaria, pronunciándose la Corte en contra de la politización de la justicia. El argumento que subyace es que la elección popular de todos los miembros del Consejo de la Magistratura, propuestos como candidatos por los partidos políticos, afecta la independencia del Poder Judicial. Sobre el particular debemos resaltar que el tribunal argentino no ingresa en el tratamiento en general de la elección directa de los jueces, pues se trata de una posibilidad vedada por la propia Constitución; sólo resuelve que la ley cuestionada es inconstitucional por la forma en que está prevista la elección de los consejeros, esto es, a través de listas que integran agrupaciones políticas.

Hasta aquí concordamos con los argumentos de la Corte Suprema argentina. Sin embargo, entendemos que hay dos aspectos en cuyo tratamiento el tribunal no ingresa por limitaciones constitucionales (y también procesales, pues resuelve en congruencia a lo planteado en el caso) y que merecen un mayor análisis. Nos referimos a la elección popular de los jueces y, más concretamente, de todos los integrantes del Consejo de la Magistratura. El tratamiento del primer tópico excede el objeto de esta investigación, pues supone aristas de la más diversa índole, tal como lo ha demostrado el proceso de reforma constitucional boliviano y sus posteriores consecuencias.²⁹ Pretender sintetizarlo seriamente en estas líneas es imposible. Por

²⁹ La reforma de la Constitución de Bolivia en el año 2008 dispuso (en lo que aquí nos interesa) la elección popular de las máximas autoridades judiciales (arts. 182, 183, 188, 194, 198 y 200). Tanto la reforma como las elecciones populares que tuvieron lugar en consecuencia fueron muy criticadas. La primera, aduciéndose que la modalidad adoptada por el constituyente no había reconocido plenamente a los ciudadanos el derecho de definir qué profesionales asumirían las funciones de magistrados de los altos tribunales de justicia, sino que los relegaba a la función de meros votantes, pues, en definitiva, los candidatos serían seleccionados por una instancia política, la Asamblea Legislativa Plurinacional. En cuanto a las elecciones populares consecuentes, se celebraron el 16 de octubre de 2011 para designar a los integrantes

el contrario, sí haremos unas breves reflexiones sobre la elección popular de todos los integrantes del Consejo de la Magistratura.

Como señalamos en otra oportunidad, este tema guarda relación con la composición de ese organismo, con el sector que representa cada uno de sus integrantes y con la proporción entre sectores que debe verificarse en su seno. Agregamos aquí que lo que debe buscarse es evitar la politización partidaria de ese cuerpo colegiado, pero también su corporativización, lo que en forma indirecta puede conducirnos a jueces politizados o al modelo de juez “monje”, respectivamente.

En otros términos, si la integración marcadamente política de los consejos de la magistratura conspira contra la independencia de los jueces que se designan, su conformación corporativa es funcional a la promoción de magistrados conservadores. En el primer caso, el Poder Judicial se subordina al poder político, afectándose seriamente la independencia externa de los jueces. En el segundo, la misma independencia puede verse transgredida, de manera más sutil seguramente, por la sujeción de los magistrados a los poderes económicos más concentrados (independencia externa), o a otros jueces que se encuentran en un orden jerárquico superior (independencia interna). En todos esos supuestos lo que se resiente es la legitimidad democrática de la magistratura.³⁰

En esa línea de pensamiento, no estamos de acuerdo con la defensa que la Corte Suprema argentina hace de la representación marcadamente estamentaria del Consejo de la Magistratura. A esa postura pueden oponerse válidamente los argumentos “contramayoritarios” que ya analizamos, en tanto no deja lugar a la participación popular. Limitar la integración del cuerpo a representantes de los partidos políticos, a magistrados, abogados y académicos, elegidos *todos* por un número reducido de personas puede ser antidemocrático, aun cuando estas constituyan la totalidad del sector que se pretende representar. Para decirlo con claridad: los jueces no representan sectores, no se deben a otros jueces, a agrupaciones políticas o a facciones corporativas, ni son un Estado dentro del Estado.

No perdemos de vista que la Corte efectúa esa interpretación por considerarla acorde con el texto constitucional argentino. Sin embargo (y quizá esto sea una humilde sugerencia de reforma de esa Constitución y una modesta propuesta para ser

del Tribunal Supremo de Justicia, el Tribunal Constitucional Plurinacional, el Tribunal Agroambiental y el Consejo de la Magistratura. En la oportunidad fueron consideradas un “error” y un “fracaso”, incluso por las mismas autoridades gubernamentales que habían promovido la reforma constitucional, teniendo en cuenta el significativo abstencionismo electoral (cfr. Luis Pásara, *Elecciones judiciales en Bolivia. Una experiencia inédita*, La Paz, Fundación para el Debido Proceso, 2014, pp. 15 y 71).

³⁰ En el trabajo ya citado sostuvimos que “la condición plural de un órgano colegiado sin duda lo enriquece, le confiere mayor legitimidad a las decisiones que adopta, pues estas terminan siendo la síntesis de la confrontación dialéctica entre diferentes puntos de vista. La disparidad de ideas, el debate interno, las tensiones propias de los diferentes modos de concebir al mundo y al derecho son esenciales para el ejercicio democrático” (Richter, *op. cit.*, p. 73).

analizada en cada país latinoamericano donde funcionan consejos de magistratura o de judicatura), nos parece que siempre debe preverse una significativa participación del pueblo, del electorado general, en la elección de los integrantes de esos organismos, si se aspira a aportarles mayor legitimidad democrática a los jueces que están llamados a designar.

En tal sentido, debe recordarse que Argentina, al igual que la gran mayoría de las naciones latinoamericanas, ha adoptado la forma republicana de gobierno. Ese sistema implica la separación de los poderes y, como presupuesto del Estado de derecho, la independencia del Judicial. Pero también implica el principio democrático de soberanía popular. Y si bien es cierto que el pueblo no gobierna directamente, también lo es que ejerce su soberanía a través de las autoridades que elige y que lo representan. Sostener que los jueces integran ese tipo de autoridades y deben ser elegidos por voto popular directo nos parece teóricamente desacertado. Postular el extremo contrario (esto es, que en la elección de los magistrados no debe participar, siquiera mediatamente, el pueblo), también.

Entre ambos términos debemos encontrar el punto de equilibrio: será, a nuestro criterio, el que prevea la elección mayoritariamente popular de los miembros del Consejo de la Magistratura. Claro que proscribiendo cualquier tipo de identificación político-partidaria de los consejeros,³¹ tanto en el momento de la elección como en el del efectivo cumplimiento de funciones.

5. Conclusiones

Quizá de un modo no confesado, en las líneas que preceden intentamos establecer algunos puentes teórico-prácticos entre la política y la justicia, en el enten-

³¹ Refiriendo a los consejos de las provincias argentinas, hace poco más de un año sosteníamos: “Una muy buena forma de componer el Consejo es la que prevé la ley 9996 de la Provincia de Entre Ríos. Sólo la modificaríamos, suprimiendo la representación del Poder Ejecutivo y sustituyendo la de las organizaciones sociales, profesionales o sindicales –cuya amplitud nos parece que puede dar espacio a la participación política– por las directamente populares (como ocurre en Chubut, aunque prefiriendo que el acto eleccionario no coincida con el de cargos ejecutivos o legislativos). De ese modo el Consejo de la Magistratura se conformaría con: dos representantes de los magistrados y funcionarios judiciales, dos de los abogados, y dos de los empleados del Poder Judicial (elegidos todos por el voto directo de los representados), dos profesores de universidades que otorguen el título de abogado (elegidos por el voto de sus pares) y cinco representantes del pueblo (elegidos directamente por éste). Creemos que una composición como la propuesta, aporta legitimidad democrática y pluralidad al cuerpo, al tiempo que permite la proporcionada y equilibrada participación de los sectores más vinculados con la administración de justicia, impidiendo la imposición de cualquiera de ellos sin el consenso de los otros” (*ibid.*, pp. 79-80). Por supuesto que se trata de una propuesta que debe ser debatida y puede, sin duda, ser mejorada (creyendo hoy necesario, por ejemplo, ampliar el número de representantes populares). La citamos aquí también como disparador.

dimiento de que sin una adecuada interacción entre ellas no es posible seguir consolidando los procesos democráticos en curso en nuestra América Latina. Procuramos demostrar que, bien entendida, la justicia no deja de ser política cuando resuelve, y que la legitimidad de esa consecuencia es aportada por las constituciones, pero también por los propios sistemas democráticos de gobierno. Sin embargo, pretendimos identificar algunos límites infranqueables³² en esa relación, dados por la independencia judicial, fundamentalmente, y por la democratización de la justicia, en menor medida.

No se nos escapa que en todo lo que ha sido intención de precisar conceptos, de llenar de contenido a expresiones teóricas –tales como independencia o politización–, cuya integración suele quedar a merced de quien las enuncia (en el mejor de los casos condicionado por una ideología y por escalas de valores, en el peor, por especulaciones coyunturales), esta investigación ha sido más un humilde aporte al debate que una obra acabada. En este último sentido, no nos gustaría finalizar sin expresar con más contundencia nuestros puntos de vista, para dejar en claro desde qué posición ideológica pretendemos intervenir en esta importante discusión.

La justicia no es “químicamente pura” ni apolítica. Nunca lo ha sido ni debe serlo. Cuando de ella se han predicado esas características, es porque ha sido funcional al poder político y económico, sosteniendo una ideología conservadora. Un poder judicial encerrado en sí mismo, en tiempos de ampliación de derechos –de “ciudadanización del discurso jurídico-político” en el lúcido lenguaje de Pilar Domingo– es un peligroso anacronismo. Los procesos democráticos latinoamericanos exigen un juez constitucionalmente comprometido, en los términos acuñados por Luis Aguiar.

No se trata de confundir la falta de neutralidad con la dependencia o la parcialidad. Son conceptos bien distintos, cuya asimilación, como sostienen Blanco y Gatti, es una de las tantas ficciones sobre las que se continúa edificando el sistema jurídico en su conjunto y que esconde la protección de intereses contrarios al desarrollo socioeconómico de nuestros pueblos. Como personas de derecho, creemos que lo que sí debe garantizar la justicia es la existencia de un órgano jurisdiccional que no sea parte, que sea un tercero. “Sin imparcialidad no hay jurisdicción. Sin embargo, imparcialidad no puede confundirse con ‘neutralidad’: el juez no es neutral porque no existe neutralidad ideológica y por tanto no existe un juez ‘aséptico’ y ‘desideologizado’”.³³ Como hemos pretendido señalar en esta investigación, el juez es

³² “Injerencias indebidas”, en los términos empleados en la presentación del *Anuario de derecho constitucional latinoamericano* (año XXI, Bogotá, Fundación Konrad Adenauer, 2015, p. 11).

³³ Oscar Blanco y Franco Gatti, “El poder judicial y la tensión entre independencia, democracia y mayorías”, *Revista Electrónica Microjuris*. Disponible en: <https://aldiaargentina.microjuris.com/2013/05/27/el-poder-judicial-y-la-tension-entre-independencia-democracia-y-mayorias/>. Con cita de Ross, allí también puede leerse: “El juez es un ser humano. Detrás de la decisión que adopta se encuentra toda su personalidad. Aun cuando la obediencia al derecho esté profundamente arraigada en el espíritu del juez, como actitud moral y profesional, ver

también un ciudadano que participa en un mundo de ideas, creencias, comprensión y visión de la realidad.

Claro que el límite a esa participación política, tanto en lo que atraviesa existencialmente al juez como en lo que decide y en sus consecuencias, es su partidización, pues aquí sí podemos estar en presencia de falta de independencia. El riesgo es muy grande pues sólo la jurisdicción independiente que, consciente del medio en el que actúa, se motiva en mantener de modo irrestricto la supremacía constitucional (y convencional), es el tipo de justicia que políticamente contribuye a la consolidación democrática.

Como vimos al analizar el fallo Rizzo, la tensión entre esa necesaria independencia y el supuesto origen antidemocrático de los jueces puede resolverse acudiendo a organismos como los consejos de la judicatura o de la magistratura. Estos, consagrados a la tarea fundamental de nombramiento y remoción de los jueces, deben integrarse de un modo que exprese democráticamente la pluralidad de nuestras complejas sociedades, sin participación político-partidaria y con pocos representantes de los estamentos vinculados con el derecho y la administración de justicia (magistrados, abogados, académicos, etc.). Se trata en definitiva, y en nuestro humilde criterio, de una herramienta adecuada para que la justicia contribuya a conformar sociedades más justas.

Bibliografía

- AGUIAR, Luis, “¿Puede el juez ser partícipe de los procesos de cambio social? Del juez monje al juez constitucionalmente comprometido”, en Laurence BURGORGUE-LARSEN, Antonio MAUÉS y Beatriz Eugenia SÁNCHEZ MOJICA (coords.), *Derechos humanos y políticas públicas*, vol. 3, Red de Derechos Humanos y Educación Superior, 2014. Disponible en: https://www.upf.edu/dhes-alfa/.../res/.../DHPP_Manual_v3.345-362.pdf.
- ARIAS, Luis Federico, “La justicia frente a la transformación social”, *Revista La Ley*, Suplemento Extraordinario Administrativo, núm. 1, 2010, pp. 18-27.
- BLANCO, Oscar y Franco GATTI, “El poder judicial y la tensión entre independencia, democracia y mayorías”, *Revista Electrónica Microjuris*. Disponible en: <https://aldiaargentina.microjuris.com/2013/05/27/el-poder-judicial-y-la-tension-entre-independencia-democracia-y-mayorias/>.
- BREY BLANCO, José Luis, “Los jueces y la política: ¿Imparcialidad/neutralidad versus compromiso democrático?”, *Foro, Nueva época*, núm. 00/2004. Disponible en: <https://revistas.ucm.es/index.php/FORO/article/download/.../13883>.

en ella el único móvil o factor es aceptar una ficción. El juez no es un autómatas que en forma mecánica transforma hechos, reglas y normas en decisiones” (Alf Ross, *Sobre el derecho y la justicia*, Buenos Aires, Eudeba, 1994, p. 174).

- DE SOUSA SANTOS, Boaventura, *Sociología jurídica crítica para un nuevo sentido común en el derecho*, Bogotá, ILSA, 2009.
- DOMINGO, Pilar, “Ciudadanía, derechos y justicia en América a Latina. Ciudadanización-judicialización de la política”, *Revista Cidob d’afers Internacional*, núm. 85-86. Disponible en: www.raco.cat/index.php/revistacidob/article/viewFile/130881/180646.
- GARGARELLA, Roberto, “¿Democracia deliberativa y judicialización de los derechos sociales?”, *Perfiles Latinoamericanos*, núm. 28, julio-diciembre de 2006, pp. 9-32.
- _____, *La justicia frente al Gobierno. Sobre el carácter contramayoritario del poder judicial*, Quito, Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional, 2012.
- NINO, Carlos, *The Constitution of Deliberative Democracy*, New Haven, Yale University Press, 1996.
- PÁSARA, Luis, *Elecciones judiciales en Bolivia. Una experiencia inédita*, La Paz, Fundación para el Debido Proceso, 2014.
- QUINCHE RAMÍREZ, Manuel Fernando, “El presidencialismo, el control de convencionalidad y la democracia en los países andinos”, *Revista Co-herencia*, vol. 10, núm. 19, 2013, pp. 167-206.
- RICHTER, Eduardo, “Composición y nivel de selección de los consejos de la magistratura provinciales y de la ciudad autónoma de Buenos Aires”, *30 años de democracia: la implementación de los consejos de la magistratura en Argentina*, Buenos Aires, Editorial Jusbaire, 2015.
- RIVERA, Ginna y Christian STEINER, “Presentación”, *Anuario de derecho constitucional latinoamericano*, año XXI, Bogotá, Fundación Konrad Adenauer, 2015, pp. 9-12.
- SAGÜÉS, Néstor, “Notas sobre el control ejecutivo de convencionalidad”, *Anuario de derecho constitucional latinoamericano*, año XXI, Bogotá, Fundación Konrad Adenauer, 2015, pp. 141-149.
- SOLA, Juan Vicente, “La Corte Suprema y el nuevo proceso constitucional”, *Revista La Ley*, 2013.
- UPRIMNY YEPES, Rodrigo, “La judicialización de la política en Colombia: casos, potencialidades y riesgos”, *Sur - Revista Internacional de Derechos Humanos*, núm. 6, año 4, 2007, pp. 52-69.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl, “Dimensión política de un poder judicial democrático”, *Cuadernos de Derecho Penal - Revista del Instituto de D. Penal y Procesal Penal del C. A. y P. Neuquén*, año II, núm. 2, 2005, pp. 15-53.

VOLVER A LA TABLA DE CONTENIDO

Maitê Damé Teixeira Lemos (Brasil)*

Mônia Clarissa Hennig Leal (Brasil)**

Os fenômenos da judicialização da política e da politização do judiciário: uma abordagem a partir da relação entre direito e política¹

RESUMO

O presente artigo pretende analisar o fenômeno da judicialização da Política a partir de uma abordagem histórica da relação existente entre Direito e Política. Busca-se demonstrar, nesse sentido, que a atuação do Judiciário, nesta seara, não se constitui em uma violação do princípio da separação de Poderes, mas em parte do exercício

* Doutora em Direito; pesquisadora do grupo de pesquisa “Jurisdição Constitucional Aberta”, coordenado pela Profa. Dra. Mônia Clarissa Hennig Leal. Professora da Universidade de Santa Cruz do Sul – Unisc. Advogada. maite.dtl@hotmail.com.

** Doutora em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos – Unisinos, com estágio pós-doutoral pela Ruprecht-Karls Universität Heidelberg, Alemanha. Professora e Coordenadora Adjunta do Programa de Pós-Graduação em Direito (Mestrado e Doutorado) da Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC (Capes 5). moniah@unisc.br.

¹ Este artigo é fruto das pesquisas realizadas pela primeira autora, sob a orientação da segunda, no âmbito do grupo de estudos “Jurisdição Constitucional Aberta” e do Programa de Pós-Graduação em Direito – Doutorado, da Universidade de Santa Cruz do Sul, com bolsa da Capes, para realização de Doutorado Sanduíche, BEX n.º 8812/13-6. Também está inserido no âmbito do projeto “Dever de proteção (Schutzpflicht) e proibição de proteção insuficiente (Untermassverbot) como critérios para o controle jurisdicional (qualitativo) de Políticas Públicas: possibilidades teóricas e análise crítica de sua utilização pelo Supremo Tribunal Federal e pela Corte Interamericana de Direitos Humanos”, financiado pelo CNPq (Edital Universal – Edital 14/2014 – Processo 454740/2014-0) e pela FAPERGS (Programa Pesquisador Gaúcho – Edital 02/2014 – Processo 2351-2551/14-5), onde as autoras atuam na condição de participante e de coordenadora, respectivamente. A pesquisa é vinculada ao Grupo de Pesquisa “Jurisdição Constitucional aberta” (CNPq) e desenvolvida junto ao Centro Integrado de Estudos e Pesquisas em Políticas Públicas – CIEPPP (financiado pelo FINEP) e ao Observatório da Jurisdição Constitucional Latino-Americana (financiado pelo FINEP), ligados ao Programa de Pós-Graduação em Direito – Mestrado e Doutorado da Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC.

de suas próprias funções, enquanto guardião da Constituição, e que a relação entre os Poderes deve dar-se numa perspectiva cooperativa, voltada à concretização dos direitos fundamentais.

Palavras-chave: judicialização da Política; relação entre Poderes; cooperação.

ZUSAMMENFASSUNG:

Ausgehend von einer historischen Betrachtung des Verhältnisses von Recht und Politik untersucht der vorliegende Beitrag das Phänomen der Judizialisierung der Politik. Dabei soll aufgezeigt werden, dass das Vorgehen der Justiz auf diesem Gebiet keine Verletzung des Gewaltenteilungsprinzips darstellt, sondern Teil der Ausübung ihrer Tätigkeit als Hüterin der Verfassung ist, und dass das Verhältnis zwischen den Gewalten einer Perspektive der Kooperation unterliegen muss, deren Ziel die Umsetzung der Grundrechte ist.

Schlagwörter: Judizialisierung der Politik; Verhältnis der Gewalten zueinander; Kooperation.

ABSTRACT

This article attempts at analyzing the phenomenon of judicialization of politics based on a historical approach on the 'law-politics' relationship. In this sense, the purpose is to prove that the role of the Judiciary does not constitute a breach of the principle of separation of powers, since it is, in part, an exercise of its own functions, to the extent that it is a guardian of the Constitution, and that the relationship among the powers must occur within a cooperative framework, focused on the fulfillment of the fundamental rights.

Keywords: Judicialization of powers; relationship among powers; cooperation.

Introdução

Muito se tem referido, no cenário constitucional atual, o fenômeno da judicialização da Política, caracterizado como uma certa “invasão” da Política pelo Direito. Na maioria das vezes a controvérsia remete à questão de uma possível violação ao princípio da separação de poderes, argumento geralmente utilizado para sustentar as posições contrárias à realização dessa atuação por parte do Poder Judiciário. Essa noção precisa, contudo, ser analisada e (re)lida a partir do contexto do Estado Democrático de Direito, pois a própria noção de Estado que se tem atualmente é diferente daquela existente quando da fundação desta teoria, enquanto conformadora da lógica de funcionamento do Estado no período liberal.

A partir daí o presente artigo pretende analisar o fenômeno da judicialização da Política a partir de uma abordagem histórica da relação existente entre Direito e Política, e dos espaços de sua realização — em sua concepção tradicional — em

que os Poderes Executivo e Legislativo são compreendidos como espaços de atuação da Política, enquanto que o Judiciário é caracterizado como o espaço de atuação do Direito. Busca-se demonstrar, nesse sentido, que a atuação do Judiciário, nesta seara, não se constitui em uma violação do princípio da separação de Poderes, mas em parte do exercício de suas próprias funções enquanto guardião da Constituição, e que a relação entre os Poderes deve dar-se numa perspectiva cooperativa, voltada à concretização dos direitos fundamentais.

1. Momentos e/ou fatores que alteram a (inter)relação de coexistência, de influência e de supremacia cambiante e recíproca entre Direito e Política

A relação entre Direito e Política é complexa e é desenvolvida a partir de um processo de evidência, realce e superioridade que é variável. Existem permanentes intersecções entre estes dois âmbitos, podendo-se tratar a relação a partir da coexistência e influência recíprocas, pois, conforme se verificará, a Política cria o Direito e este limita a primeira; a Política modifica o Direito e este legitima a primeira.

A pretensão que se tem aqui é demonstrar momentos e fatos importantes que alteraram, em momentos históricos específicos, a relação entre Direito e Política, a fim de que se possa compreender mais adequadamente o fenômeno de judicialização da Política que será abordado na sequência.

Sendo assim, nas sociedades antigas (Roma e Atenas, por exemplo), o Direito, por ser considerado uma criação divina, tinha uma compreensão de imutabilidade, não podendo ser modificado, mas tão somente concretizado e complementado. Além disto, neste período a autoridade soberana tinha origem divina, havendo uma confusão – necessária – entre o poder político e o religioso, de forma a alcançar a obediência do homem. Assim, a lei (o Direito) era criação divina.²

Com isto, a primeira relação estabelecida foi de vinculação da Política ao Direito, pois a função dela era a imposição do Direito e, para tanto, era munida de poder. O Direito, então, só poderia ser aplicado por quem tivesse conhecimento e virtude, pois considerado como algo sagrado, passado hereditariamente de Pai para Filho.³ Considerando-se a inexistência de diferenciações funcionais das sociedades mais antigas, que se dividiam em pequenas áreas, quase sem mobilidade, difícil se entender a existência da Política. Os poucos direitos políticos existentes eram titularizados por grupos determinados, fazendo parte de um *status* social. Ademais, como a evolução das sociedades pré-modernas era muito lenta, não havia necessidade de

² Numa Denis Fustel de Coulanges, “A cidade antiga: estudo sobre o culto, o direito e as instituições da Grécia e de Roma”, Tradução de J. Cretella e Agnes Cretella, 2, ed, São Paulo, *Revista dos Tribunais*, 2011.

³ *Id.*, p. 244-245

modificação do Direito para acompanhá-las, bastando a concretização e complementação do mesmo, carecendo, portanto, de decisão política.⁴

Contudo, apesar de ter durado muitos séculos, esta relação entre Direito e Política, com a vinculação desta última ao primeiro, mudanças sociais passaram a ocorrer e o Direito vigente não mais correspondia à realidade vivida. Apesar do transcurso do tempo e das modificações sociais, não houve “uma renúncia à convicção fundamental da origem divina e à imutabilidade da ordem jurídica nela baseada”⁵ O problema é que esta perda da capacidade de obrigar exercida pelo Direito é reflexo da descrença na religião (ou na perda de sua força vinculante). Assim, algumas leis passaram a ser criadas pelo homem, mas sem deixar de estarem vinculadas a uma lei superior, divina.⁶

Exemplos dessas mudanças (que alteraram, gradualmente, a concepção de Direito imutável) foram, na Grécia, o Código de Sólon (século VI a.C.), e, em Roma, a Lei das XII Tábuas (século V a.C.). Desse modo, a lei não é mais uma criação sagrada, passando a ser criada pelo homem. Mais do que isto: não é mais propriedade da religião, passando a ser propriedade comum de todos os homens.⁷

Com o surgimento de novas crenças, de um pensamento mais mundano e intelectual, com o cristianismo e sua aspiração à universalidade (os homens sendo vistos como iguais), por sua vez acaba por ocorrer uma mudança na natureza do Direito. Diante dessas e de outras mudanças sociais, religiosas e jurídicas passou-se a observar o aparecimento de dois poderes (ou dois direitos): o poder espiritual (proveniente do cristianismo) e o poder temporal (criado pelo homem).⁸ O cristianismo consegue estabelecer, com isto, a separação entre Deus e Estado. Por consequência disto há uma liberação da Política das regras religiosas e o Direito se torna independente, passando a buscar regras na natureza e na consciência do homem, de forma que teve condições de se desenvolver, de melhorar, de atender às necessidades sociais, adaptando-se aos interesses e ao progresso.⁹ Some-se a isto a questão da crise religiosa, vivenciada pela Igreja Católica, associada ao cisma religioso promovido pela Reforma Protestante, contexto em que a fé religiosa é colocada em xeque, não havendo certeza sobre o conteúdo da vontade de Deus.¹⁰

Como forma de superação da crise grandes mudanças jurídicas se fazem necessárias, estabelecendo-se, então, a noção de soberania dos Estados Nacionais, que surgem como uma “terceira via” em meio a uma fé religiosa fragmentada, apresen-

⁴ Dieter Grimm, “Constituição e política”, Tradução de Geraldo de Carvalho, Belo Horizonte, Del Rey, 2006, p. 5.

⁵ *Id.*, p.6

⁶ Numa Denis Fustel de Coulanges, *op. cit.*, p. 515.

⁷ *Id.*, pp. 411-421.

⁸ Rogério Gesta Leal, “Teoria do Estado: cidadania e poder político na modernidade”, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 1997, p. 46.

⁹ Numa Denis Fustel de Coulanges, *op. cit.*, pp. 520-522

¹⁰ Dieter Grimm, *op. cit.*, p. 6.

tando-se como uma alternativa de poder totalizante, capaz de promover a unificação que a Religião não era mais capaz de propiciar. Logo, o Estado é dotado de um poder legiferante,¹¹ advindo, daí, um processo de politização do Direito, cujo conteúdo é determinado pela vontade do rei.

Essa característica da soberania marca um novo modelo de Estado: o Moderno, que tem como sua primeira formação o Estado Absolutista, caracterizado pelo monopólio do poder político e da força, personificados na figura do Rei, que representa uma instância superior, dotada de soberania, não reconhecendo nenhuma outra autoridade, nem interna nem externamente.¹² O Estado, através do Monarca, passou a titularizar o poder de criação das leis e, com isto, houve uma alteração na relação entre Direito e Política: a Política passa a estar acima do Direito, conferindo-lhe conteúdo e validade.¹³ Com isto, inverte-se a proeminência até então existente.

Este modelo de Estado, em que o soberano concentrava todos os poderes em suas mãos, com o passar do tempo, passou a desagradar uma categoria social em ascendência: a burguesia. O poder político passou a ser disputado por vários setores sociais que, organizados, fizeram eclodir as Revoluções Liberais.¹⁴ Essas Revoluções visavam a limitação do poder do soberano, contexto em que a noção de legalidade passa a surgir vinculada à noção de soberania da lei, em substituição à soberania do rei¹⁵.

A essa nova formatação se dá o nome de Estado de Direito, marcado pelo império da lei e da Constituição, que visa a eliminação da arbitrariedade pública e privada, garantindo o respeito à lei e envolvendo, inclusive, uma modificação: uma inversão na relação entre poder e Direito.¹⁶ Com isso, a Política passa a ser limitada pelo direito constitucional e a submeter-se às suas condições (ideia de legalidade e de constitucionalidade da atuação).¹⁷ Mas a Constituição não elimina a Política, pois ela concede validade e efetividade às normas jurídicas, ao mesmo tempo em que o Direito lhe confere legitimidade. A Constituição pode ser alterada pela Política,

¹¹ Daniel Giotti de Paula, “Ainda existe separação de poderes? A invasão da política pelo direito no contexto do ativismo judicial e da judicialização da política”, Em: Fellet, A. L. F.; Paula, D. G.; Novelino, M. (Org.), *As novas faces do ativismo judicial*, Salvador, JusPodivm, 2011, p. 297.

¹² Nicola Mateucci, “Organización del poder y libertad, Historia del constitucionalismo moderno”, Tradução de Francisco Javier Ansuátegui Roig e Manuel Martínez Neira, *Madri, Trotta, 1988, p. 29.*

¹³ Dieter Grimm, *op. cit.*, p. 8.

¹⁴ L. L. Streck; J. L. B. Morais, “*Ciência política e teoria do estado*”, 5, ed, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2006, pp. 51-54.

¹⁵ Eduardo García de Enterría; Aurelio Menéndez Menéndez, “El derecho, la Ley y el Juez”, *Dos estudios*, Madri, Cuadernos Civitas, 1997, pp. 38-39

¹⁶ Gustavo Zagrebelsky, “*El derecho dúctil, Ley, derechos, justicia*”, Tradução de Marina Gacón, 5, ed, Madri, Trotta, 2002, p. 21-23.

¹⁷ Dieter Grimm, *op. cit.*, pp. 9-10.

porém isto ocorre através de procedimento pré-estabelecido, de maneira que são postos limites e condições para as decisões políticas.¹⁸

O Estado Liberal acabou, contudo, por causar uma série de prejuízos e desigualdades sociais. Com isto, em meados do século XX se inicia-se processo de transformação do modelo estatal, que precisa assumir uma postura mais ativa, responsabilizando-se por assegurar condições mínimas de direitos sociais e prestacionais. Com isto, as Constituições também se modificam e passam a ter conteúdo – e adotar um papel – mais amplo: abarcam as (inter)relações entre Estado, sociedade e indivíduo. A Constituição, a qual no Estado Liberal era eminentemente jurídica (isto é, voltada à organização do Estado), passa a ter, por isso, um caráter político. Com isto, a Política se insere no Direito. Isto ocorre em razão da atuação positiva atribuída ao Estado em face dos direitos sociais, de modo que a decisão acerca de sua realização se insere na esfera da Política. Não se pode olvidar que estes dispositivos sociais contidos nas Constituições não são propriamente dotados de normatividade (normas programáticas), sendo as “tarefas” de concretização destes direitos, essencialmente, tarefas “políticas”, inseridas na esfera de discricionariedade dos Poderes Políticos.¹⁹

Em razão da necessidade de se valorizarem os direitos violados no período da Segunda Guerra Mundial, contudo, apesar de não ter havido transformações estatais e/ou sociais de grande significado, estabeleceu-se um *plus normativo*, com o crescimento do rol de direitos previsto nas Constituições.²⁰ Este instrumento jurídico passa a ser a fonte de valorização e garantia dos direitos fundamentais e da dignidade humana, expressão dos valores supremos eleitos pela sociedade.²¹ Nesse sentido, os direitos fundamentais devem ser protegidos, não por questões de convicção, mas em razão de serem considerados como trunfos contra as decisões políticas. A partir daí, para não deixar a tarefa de concretizar a Constituição nas mãos da discricionariedade legislativa, a teoria da Constituição acaba por deixar nas mãos do Judiciário a decisão sobre essas questões constitucionais,

[...] especialmente porque o ponto central e nuclear desta nova ordem jurídica reside na concretização desses direitos, fazendo com que o papel dos órgãos jurisdicionais de controle de constitucionalidade passe a ser fundamental, ou seja, a Constituição passa a depender, essencialmente, de mecanismos que assegurem as condições de possibilidade para a implementação de seu texto.²²

¹⁸ Dieter Grimm, *op. cit.*, p. 10.

¹⁹ Mauro Cappelletti, “*Juízes legisladores?*”, Tradução de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira, Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris, 1993, p. 46.

²⁰ Lênio Luiz Streck, “*Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito?*”, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2002, p. 19.

²¹ Mônia Clarissa Hennig Leal, “*A Constituição como princípio: os limites da jurisdição constitucional brasileira?*”, Barueri, SP, Manole, 2003, pp. 23.24.

²² *Id.* p. 40

Com isto, a tensão entre os poderes volta-se para o Judiciário e para os procedimentos judiciais, já que, tanto no âmbito político, quanto no âmbito jurídico, este se torna um Poder com maior presença, em razão da proteção e garantia dos direitos fundamentais, constatando-se, a partir daí, que a dicotomia Direito e Política não pode ser suprimida. No nível da legislação, Direito e Política são inseparáveis:²³ a Política fornece ao Direito o norte para a decisão, bem como os instrumentos e formas de coerção para que a Justiça possa ser ativada, ou seja: a produção da lei e o monopólio legítimo da força e da coerção, respectivamente.²⁴ Com isto, pode-se dizer que a primeira relação entre Direito e Política é a de subordinação, uma vez que esta última fica subordinada à lei (Direito) que ela própria (Política) criou, de forma que o “Direito é, na verdade, um dos principais produtos da Política”.²⁵ Ademais, ambos estão vinculados à lei e derivam da Constituição, que é responsável por instituir os Poderes (tanto políticos quanto jurídicos) e distribuir-lhes as competências.²⁶

É preciso que se perceba que o Estado, enquanto detentor do monopólio da violência simbólica, é responsável pela imposição da aplicação do Direito. Mas o que vem a justificar esta atuação do poder político é justamente o Direito, que lhe dá a legitimidade de atuação. Neste sentido, o poder político é um poder legítimo, pois fundamentado em um justo título, ou seja: autorizado por uma norma (ou conjunto de normas) que estabelece quem “tem o direito de comandar e de ter seus comandos obedecidos”.²⁷ Esta transformação do poder político em poder legítimo, dada pelo Direito, ocorre em razão do desenvolvimento das atividades dentro dos limites legais, ou seja: deve-se perceber que o Direito, enquanto fundamentador e legitimador do exercício da função política, também limita sua atuação, tornando-a legal, isto é: a Política deve exercer suas funções dentro do limite do Direito.

Então, a discussão sobre a relação entre Direito e Política deve ser percebida, não sob a ótica do afastamento, mas na perspectiva de uma interrelação, de forma que haja uma adaptação desses dois campos por meio da divisão e compartilhamento de tarefas, e da delegação de competências, a fim de atender as complexas exigências sociais.²⁸ Mais do que isso, é sadio para a própria manutenção da democracia que haja uma discussão mais ampla das questões de natureza política. Sendo assim, quanto mais atores sociais participarem da discussão – sociedade, políticos e mes-

²³ Dieter Grimm, *op. cit.*, p. 11.

²⁴ Celso Fernandes Campilongo, “*Política, sistema jurídico e decisão judicial*”, São Paulo, Max Limonad, 2002, p. 93.

²⁵ Luís Roberto Barroso, “Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo”, Em: Fellet, A. L. F.; Paula D. G.; Novelino, M. (Org.), *As novas faces do ativismo judicial*, Salvador, JusPodivm, 2011, p. 239.

²⁶ Id. p. 241

²⁷ Norberto Bobbio, “*Teoria geral da política: a filosofia política e as lições dos clássicos*”, Tradução de Daniela Beccaccia Versiani, Rio de Janeiro, Campus, 2000, p. 235.

²⁸ Günther Frankenberg, “*A gramática da Constituição e do Direito*”, Tradução de Elisete Antoniuk, Belo Horizonte, Del Rey, 2007, p. 29

mo o Poder Judiciário –, melhor e mais representativa dos interesses da sociedade será a atuação política.

Se no nível da legislação Direito e Política são inseparáveis, no âmbito da aplicação do Direito esta separação, contudo, é possível e desejada, a fim de se evitar a ingerência do poder político sobre a jurisdição.²⁹ Embora a criação do Direito ocorra através da Política, a interpretação e aplicação do Direito faz parte das atividades jurídicas. Esta separação, no âmbito da aplicação, só passou a ocorrer com o Estado de Direito – pois no Estado Absolutista o monarca concentrava todas as atividades: criação e aplicação da lei, julgamento de conflitos, etc. – e, de certa forma, é representada, no âmbito do direito constitucional, pelo princípio da independência do Judiciário.³⁰ Essa separação é importante. Se de um lado a Política se vincula às noções de soberania, princípio majoritário e escolhas públicas, de outro o Direito se vincula à lei e ao respeito aos direitos fundamentais.³¹ Esta separação permite, principalmente, que haja uma atuação jurisdicional sem influências políticas e isto se reflete em uma separação institucional.³²

Mas esta relação também se reveste de interdependência. Conforme salienta Campilongo,³³ essa interdependência deve ser percebida não apenas como dependência recíproca, mas como dupla interdependência, pois, como afirma Häberle,³⁴ não há uma contraposição entre esses elementos no Estado Democrático de Direito, pois são aspectos parciais, funções parciais da coisa pública em seu conjunto. Isto porque,

[...] no plano das premissas decisórias, o sistema político controla a introdução de leis no sistema jurídico. Ainda nesse plano, o sistema jurídico recebe essas premissas (leis), que são fundamentais para a legitimação de seu agir e, por outro lado, implementa judicialmente os programas fiados pelo sistema político. Noutra nível, isto é, no plano das decisões judiciais propriamente ditas, o sistema jurídico toma decisões que vinculam também o sistema político e que por este podem ser implementadas em termos de uso da força física.³⁵ (Campilongo, 2002, p. 94).

Verifica-se, então, que essa relação entre Direito e Política é necessária, de forma que não há como se imaginar um Judiciário “apolítico”, embora não se admita

²⁹ Luís Roberto Barroso, *op. cit.*, p. 240.

³⁰ Dieter Grimm, *op. cit.*, pp. 12-13.

³¹ Luís Roberto Barroso, *op. cit.*, p. 239.

³² Dieter Grimm, *op. cit.*, pp. 13-14.

³³ Celso Fernandes Campilongo, *op. cit.*, p. 94.

³⁴ Peter Häberle, “El tribunal constitucional como poder político”, *Revista de Estudios Políticos*, Madri, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, núm. 125, p. 9-37, jul./set. 2004, p. 17.

³⁵ Celso Fernandes Campilongo, *op. cit.*, p. 94.

filiação ou atuação político-partidária por parte dos juízes. Trata-se da politização da função jurisdicional, de forma que “toda aplicación, toda interpretación de las leyes suponen implícitamente, por el grado de apertura que la relativa densidad de las normas permite, una elección que es política *lato sensu* entendida”.³⁶ Mas esta decisão é, sobretudo, jurisdicional e, portanto, deve possuir fundamento jurídico, e não político. A fronteira entre o Direito e a Política está, pois, no nível de fundamentação da decisão.³⁷

Pode-se, assim, perceber que não é possível uma separação clara entre Direito e Política. Existe uma permanente (inter)relação entre esses dois âmbitos, que, conforme o momento histórico ou fatores importantes, se modifica, ora com a supremacia de um, ora com a de outro, ora com interdependência de ambos.

2. Os Poderes do Estado e suas funções: a Política como locus do Legislativo e do Executivo, e o Direito como locus do Judiciário?

Entre Direito e Política existe uma separação institucional, com formas de atuação diferentes, o que conduz a uma pouca comunicação entre estes sistemas. Neste sentido, entende-se que para se alcançar uma maior efetividade na relação entre os Poderes deve haver um compartilhamento e uma cooperação no exercício das atividades e funções do Executivo, Legislativo e Judiciário. Essa lógica de cooperação é uma visão contemporânea, que combina com o modelo de Estado Democrático. Contudo, o “modelo” de especialização de funções entre os três Poderes tem sua afirmação na época do Estado Liberal, onde vigorava o princípio da separação (ou divisão) de poderes. Neste contexto, o desempenho das funções estatais ocorria através de órgãos distintos, objetivando não concentrar o poder nas mãos de um único órgão ou pessoa.³⁸

A construção teórica desta concepção remonta a Montesquieu,³⁹ para quem cada poder seria exercido por um órgão com a função de desenvolver suas atividades de forma autônoma e independente. Então, um poder não pode intervir na esfera

³⁶ Gregorio Cámara Villar, “Justicia y política en la España democrática: una reflexión a propósito de los llamados “jueces estrella” y la judicialización de la política”, *Revista de Derecho Político*, Madri, UNED, núm. 7, p. 27-52, 2000, p. 40.

³⁷ *Id.*, p. 41.

³⁸ Juan Francisco Sánchez Barrilao, “*Las funciones no jurisdiccionales de los jueces en garantía de derechos*”, Madri, Civitas, 2002, p. 31

³⁹ No caso do Brasil, esta teoria se encontra inscrita no artigo 2.º da Constituição Federal, prevendo que o Legislativo, o Executivo e o Judiciário são Poderes da União, independentes e harmônicos entre si (BRASIL, 1988, <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>).

reservada ao outro, de forma que a separação dos poderes é a garantia da liberdade política.⁴⁰

A partir daí, houve a divisão do poder em três órgãos distintos, autônomos e independentes: Legislativo, com a função de determinar as escolhas públicas, criação e modificação de leis, além de controle político e orçamentário do Executivo; Executivo, com a função administrativa, de chefia de Estado e governo, além da de satisfazer as necessidades coletivas e de prestação de serviços; e Judiciário, com a função de declaração do Direito e de decisão das demandas. Canotilho⁴¹ refere que a atribuição de funções a órgãos distintos exige uma ordenação de competências funcionalmente orientadas, onde a Política, relacionada com a representatividade popular, é exercida pelos Poderes Executivo e Legislativo, ao passo que o Direito, com funções técnicas e jurídicas, é exercido, exclusivamente, pelo Judiciário. Isto é necessário para que um Poder não interfira nos demais nem os domine.

Considerando-se estas funções, como ao Judiciário caberia a função de julgamento de controvérsias e de aplicação de punição aos praticantes de delitos, este Poder deveria ser “apolítico” e sujeito à lei,⁴² ou seja, estar separado dos demais e sem influências, não tendo, portanto, qualquer poder de interpretação ou de criação do Direito.⁴³

Tem-se, por sua vez, que a teoria da separação de poderes está associada ao liberalismo e, em razão do atual modelo de Estado – Democrático de Direito –, não se pode pretender interpretá-la tal como originariamente foi criada. Embora atualmente se perceba um certo protagonismo judicial,⁴⁴ é preciso perceber-se que a relação entre os Poderes e as demandas em relação à sua atuação se modificaram ao longo do tempo. Em realidade, o princípio da separação dos poderes jamais foi concebido como uma estrita separação, especialmente pela existência do controle recíproco (freios e contrapesos). Deve-se ter em mente que a expressão divisão significa não confusão de Poderes, ainda que se perceba que eles têm assumido, cada vez mais, outras funções que não aquelas que lhes são típicas.⁴⁵

⁴⁰ Charles de Secondat Montesquieu, “*O Espírito das Leis*”, Tradução de Cristina Murachco, São Paulo, Martins Fontes, 1996, p. 168.

⁴¹ José Joaquim Gomes Canotilho, “*Direito Constitucional e Teoria da Constituição*”, 4, ed, Coimbra, Almedina, 2000, p. 542

⁴² Juan Francisco Sánchez Barrilao, *op. cit.*, p. 39.

⁴³ Eduardo García de Enterría; Aurelio Menéndez Menéndez, *op. cit.*, p. 43

⁴⁴ Tome-se como exemplo os fatos jurídico-políticos ocorridos nos últimos meses no Brasil, onde, nas investigações da “operação lava-jato”, tem-se percebido que o Judiciário está ultrapassando os poderes que a Constituição Federal lhe conferiu, relativizando a presunção de inocência, determinando a condução coercitiva de investigados, etc. Embora se compreenda que é necessário um efetivo combate à corrupção na política, percebe-se um excessivo esvaziamento dos direitos individuais em nome, teoricamente, do alcance deste objetivo.

⁴⁵ Javier García Roca, “Del principio de la división de poderes”, *Revista de Estudios Políticos*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, núm. 108, pp. 41-75, abr./jun. 2000, p. 60.

Isto porque a noção de Estado se modificou. Com a supremacia dos direitos fundamentais na ordem jurídica, todos os Poderes (e cada um deles) estão vinculados a esses direitos, tendo o dever de protegê-los e concretizá-los, especialmente pelo fato de que surge uma justiça constitucional com o dever de garantir a normatividade desses direitos e da Constituição, o que faz com que surja a necessidade de uma nova forma de se interpretar a divisão de poderes e o próprio Poder Judiciário.⁴⁶ Assim, pode-se dizer que, atualmente, a separação dos Poderes, em razão de uma série de complexidades sociais que levaram à modificação das clássicas funções por eles exercidas, se apresenta de forma diferente, ao ponto de se afirmar que as ideias de cooperação e de interdependência são, hoje, irrefutáveis.⁴⁷ Ferrajoli⁴⁸ e Garín⁴⁹ possuem o mesmo posicionamento, entendendo que a forma clássica da teoria da separação de poderes é inadequada para as complexidades atuais. Assim, entende-se necessário o avanço no sentido da cooperação, em que os Poderes, além da função de *check and balances*, devem colaborar e cooperar entre si, objetivando a garantia dos direitos dos indivíduos e o cumprimento das funções designadas pela Constituição.⁵⁰

A ideia é que, a partir da teoria original, se tenha uma nova forma de interpretar a relação entre os Poderes, bem como as acepções de harmonia e de independência, ou seja: que se perceba estes conceitos a partir de uma lógica de cooperação, de compartilhamento de funções, onde cada Poder – de forma isolada, na execução de suas competências, e em conjunto – é responsável por consolidar os ditames constitucionais, especialmente a realização dos direitos fundamentais.

Com isto, “un Poder puede ejercer en determinadas parcelas funciones de los otros, pero sin que llegue a desnaturalizar la función propia de cada uno”, pois a cada “Poder se reserva la esencia o núcleo de su concreta y prevalente función”.⁵¹

É preciso ter-se em conta que essa relação se torna mais evidente na jurisdição constitucional, em razão da interpretação de normas constitucionais de caráter mais aberto e principiológico, além de que o seu objeto é a própria Política,⁵² já que a Constituição possui uma dimensão notadamente política. Assim, a “política deixa de ser concebida como um domínio juridicamente livre e constitucionalmente desvinculado”, de forma que os “domínios da política passam a sofrer limites, mas

⁴⁶ Juan Francisco Sánchez Barrilao, *op. cit.*, p. 43.

⁴⁷ Javier García Roca, *op. cit.*, p. 48.

⁴⁸ Luigi Ferrajoli, “La esfera de lo indecible y la división de poderes”, *Estudios constitucionales*, Chile, Centro de Estudios Constitucionales, v. 6, núm. 1, p. 337-343, 2008, p. 340.

⁴⁹ Andrea Lucas Garín “Nuevas dimensiones del principio de división de poderes en un mundo globalizado”, *Estudios constitucionales*, Chile, Centro de Estudios Constitucionales, v. 7, núm. 2, p. 241-253, 2009, p. 243.

⁵⁰ Andrea Lucas Garín, *id.*, p. 244.

⁵¹ Juan Francisco Sánchez Barrilao, *op. cit.*, p. 45.

⁵² Dieter Grimm, *op. cit.*, p. 16.

também imposições, por meio de um projeto material vinculativo”,⁵³ operando-se, então, um “deslocamento” do polo de tensão entre Direito e Política para o Judiciário.

O que se percebe, então, é que, nestes casos, o Judiciário acaba por tomar decisões com repercussões políticas, porém com base em fundamentos jurídicos. E é neste aspecto que reside a grande controvérsia da atuação jurisdicional, que estaria violando a configuração tradicional do princípio da separação de Poderes, onde ao Judiciário não caberiam decisões políticas, que competiriam aos Poderes tradicionalmente tidos como políticos: Executivo e Legislativo.

De tudo isto, o que se percebe, contudo, é que a relação entre Direito e Política (bem como entre os Poderes que atuam nestas searas) não pode ser de afastamento ou de separação, mas de interdependência e cooperação permanentes. Deve haver uma intensificação desta relação, cuja aproximação tem como um dos fatores preponderantes a concretização dos direitos fundamentais constitucionalmente garantidos. Isto porque, quando os Poderes Públicos (âmbito da Política) não se concretizam ou quando sua atuação é ineficiente, o Judiciário (âmbito do Direito) acaba por intervir a fim de preservar os direitos fundamentais e a própria Constituição. Assim é que, na sequência, passa-se a abordar o fenômeno da judicialização da política, buscando-se demonstrar que não se trata de uma “invasão” do Judiciário nas funções dos demais Poderes, mas de algo que faz parte do cumprimento das suas funções, ou seja: garantir e dar vida à Constituição.

3. Judicialização da Política e a politização do Judiciário: (inter)relação entre Direito e Política?

No contexto dessas transformações na atuação do Judiciário e das respectivas discussões acerca da legitimidade de sua atuação, é frequente o uso de expressões como “judicialização da política”, “politização da justiça” e “ativismo judicial”, muitas vezes tomadas como sinônimos, ainda que não o sejam, fazendo-se necessária, assim, primeiramente, uma diferenciação entre os termos.

O termo judicialização da política é utilizado para os casos em que questões de grande repercussão, de ordem política ou social, passam a ser decididas pelo Judiciário, de forma que sua atuação afeta os Poderes políticos. Este processo é consequência de alguns fatores e elementos: o processo de redemocratização do Brasil, com a promulgação da Constituição Federal de 1988 e o alargamento das funções jurisdicionais; o processo de constitucionalização abrangente, com a previsão de conteúdos que antes eram reservados ao âmbito político, como, por exemplo, os direitos fundamentais, que vinculam não só os particulares, mas também os Pode-

⁵³ Flávia Piovesan, “Justiciabilidade dos direitos sociais e econômicos: desafios e perspectivas”, em Canotilho, J. J. G.; Correia, M. O. G.; Correia, E. P. B, *Direitos Fundamentais Sociais*, São Paulo, Saraiva, 2010, p. 56.

res Públicos; e, por fim, o sistema de controle de constitucionalidade que, no caso brasileiro, ocorre tanto no âmbito abstrato quanto no âmbito difuso, fazendo com que as leis políticas sejam controladas pelo Judiciário.⁵⁴

Com isso, na concepção contemporânea do direito constitucional, uma vez mais fica evidente que a relação entre Direito e Política é de aproximação e de complementariedade, já que o Judiciário, enquanto guardião da Constituição e dos direitos fundamentais, acaba por intervir na esfera Política,⁵⁵ e a judicialização da política visa a garantia desses direitos quando os Poderes Públicos não cumprem adequadamente com sua função.

Muitas críticas advêm desta atuação mais proativa, sendo a mais recorrente delas a falta de legitimidade do Judiciário para as questões políticas. Em texto que aborda a atuação dos juízes no âmbito da democracia espanhola, Enterría e Menéndez⁵⁶ afirmam que as decisões normativas e de organização do sistema devem ser exercidas pelo legislador, de forma indeclinável, já que é este Poder (o Legislativo) que representa a vontade popular. Segundo os autores, a alternativa reside sempre na vinculação à lei e à Constituição e, neste caso, o papel – mais realçado – do juiz deve seguir sendo o de um “servidor da Constituição”.⁵⁷ Com isso, a legitimidade do Judiciário se encontraria na própria Constituição.

É preciso ter-se presente, contudo, que a atuação jurisdicional possui uma função contramajoritária, permitindo que aqueles que não possuem representação política possam ter acesso a seus direitos e garantia deles. Assim, uma das causas da judicialização reside, justamente, na questão dos direitos fundamentais, pois, em razão da falta de legislação para determinadas situações, muitas vezes se recorre ao Judiciário buscando-se a sua aplicação direta e efetividade no caso concreto.⁵⁸ Como exemplo, pode-se citar a questão dos pedidos de reconhecimento de uniões homoafetivas, baseadas no princípio/direito fundamental à igualdade.

Por certo que não se pretende constituir o Judiciário como um poder absoluto e superior aos demais. Entretanto, também não se pode conceber que, em razão de

⁵⁴ Mônia Clarissa Hennig Leal, “La jurisdicción constitucional entre judicialización y activismo judicial: ¿Existe realmente ‘un activismo’ o ‘el activismo?’”, *Estudios Constitucionales*, Santiago, Centro de Estudios Constitucionales de Chile, v. 10, núm. 2, p. 429-453, 2012, pp. 434-437.

⁵⁵ Luís Roberto Barroso, *op. cit.*, p. 231.

⁵⁶ Eduardo García de Enterría; Aurelio Menéndez Menéndez, *op. cit.*, pp. 54-57

⁵⁷ Deve-se destacar, a título de contraponto, que Böckenförde afirma que o Judiciário (no caso, os Tribunais Constitucionais) pode ter sua função de “guardião da Constituição” transformada em “senhor da Constituição” pelo fato de que, em última instância, ele próprio é que define o que é e o que não é constitucional, onde o Judiciário (ou Tribunal) “busca, em sua própria leitura e compreensão acerca do texto constitucional, a base para suas interpretações e aplicações com relação ao mesmo” (Mônia Clarissa Hennig Leal, “*Jurisdição Constitucional Aberta. Reflexões sobre a legitimidade e os limites da Jurisdição Constitucional na ordem democrática*”, Rio de Janeiro, Lumen Júris, 2007, p. 101).

⁵⁸ Mônia Clarissa Hennig Leal, *op. cit.* p. 58.

uma opção política, a democracia seja reduzida a despotismo eletivo⁵⁹ e, em decorrência, direitos constitucionalmente previstos sejam violados e/ou não concretizados. Nesse sentido, pode-se falar, conforme Ruiz,⁶⁰ que essa criatividade por parte do Judiciário, bem como o papel político que possui, é uma derivação de um processo de delegação direta ou indireta dos representantes da comunidade política, pois a atuação da jurisdição se dá quando o legislador cria uma lei lacunosa ou quando não cria leis, deixando determinada demanda sem disciplina legal.

Além disso, em razão da complexidade da sociedade, a criação de normas tem tomado o caminho de uma normatividade mais aberta, principiológica, de forma a “prescrever às instâncias aplicadoras do direito, no modo de um programa final, o objetivo de sua atividade e citar vários aspectos que devem ser considerados na perseguição do objetivo”.⁶¹ A relação Direito e Política acaba, por sua vez, sofrendo os influxos desta situação, porquanto a instância de aplicação do Direito se torna, também, responsável por sua criação:

A tarefa política da decisão programadora passa para instâncias que devem tomar decisões programadas e que somente para tanto estão legitimadas e aparelhadas. Isso não atinge apenas a vinculação legal da administração. Onde faltam critérios legais que determinem a conduta dos destinatários da norma de forma suficiente, a jurisdição também não pode fiscalizar se os destinatários se comportaram legalmente ou não. Porém, se ela aceitar sua missão de fiscalização, ela não vai mais utilizar critérios preestabelecidos, mas impor suas próprias noções de exatidão. Dessa maneira, ela se transforma, em escala intensificada, em poder político que, ele mesmo, assume funções de legislação. Então, a decisão política migra para onde ela não tem que ser responsabilizada politicamente, enquanto que à responsabilidade política não corresponde mais nenhuma possibilidade decisória. Nesse ponto, no nível de aplicação do direito, para a ameaça de uma nova mistura das esferas funcionais de direito e política, para a qual ainda não são visíveis soluções convincentes nos dias de hoje.⁶²

Deve-se observar, contudo, que esta atuação do Judiciário não ocorre de ofício, mas mediante provocação, do que resulta que ela é resultante, em certa medida, do próprio modelo de Estado Democrático. Tal aspecto não pode, contudo, ser confundido com a forma como este Poder decide sobre estas questões políticas, pois a

⁵⁹ Eduardo García de Enterría; Aurelio Menéndez Menéndez, *op. cit.*, p. 58

⁶⁰ Juan Cámara Ruiz, “Judicialización y activismo judicial en España”, em: Leal, R.G.; Leal, M.C.H. (Org), *Ativismo judicial e déficits democráticos: algumas experiências latino-americanas e europeias*, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2010, p. 93.

⁶¹ Dieter Grimm, *op. cit.*, p. 19.

⁶² Dieter Grimm, *id.* pp. 19-20.

atuação jurisdicional não pode se valer dos princípios constitucionais no sentido de usá-los como forma de exceção ou de ruptura do sistema normativo.⁶³

De fato, a judicialização é um fenômeno derivado de situações e características externas, do próprio ordenamento jurídico, quando o legislador cria um espaço maior para atuação do Judiciário, como, por exemplo, no aumento das ações constitucionais e no aumento dos legitimados ativos para propô-las. Essa atuação do Legislativo acaba por levar ao incremento da atividade jurisdicional, mas que se relaciona a fatores externos como a constitucionalização do direito, os direitos fundamentais, o caráter principiológico da Constituição, etc. Deve-se sempre ter em mente que não foi o Judiciário quem incluiu os direitos fundamentais na Constituição Federal, dotados de um caráter principiológico e necessitando de uma interpretação diferenciada (não se pode olvidar que há uma grande parcela de “culpa” da teoria constitucional e da dogmática dos direitos fundamentais neste processo), de forma que se entende que muitas críticas formuladas ao Judiciário na sua atuação proativa não merecem prosperar, em razão de que, na maioria das vezes, a atuação de forma mais ativa se dá em razão de cumprir suas funções constitucionais.

O problema maior que se enfrenta na atualidade, quando se fala em judicialização, é o fato de que essa atuação do Judiciário na Política é associada, muitas vezes (e erroneamente), ao chamado ativismo judicial,⁶⁴ que (ao contrário da judicialização, que se vincula a um fator externo ao Judiciário) está relacionado a uma perspectiva interna, “vinculada a la actuación del Poder Judicial en el desempeño de sus competencias, [...] siendo identificado, la mayoría de las veces, con una postura proactiva del juzgador”.⁶⁵ Trata-se, pois, de uma “escolha” (não necessariamente consciente) do Judiciário, ou seja: uma atitude, uma forma de interpretar a Constituição de forma mais ativa do que deveria o ser (limitando-se em dar sentido à Constituição), interferindo em um espaço de atuação que não lhe compete. O ativismo pode, ainda, ser compreendido como uma atuação do Judiciário, visando a concretização da Constituição, que interfere nos demais poderes e, o seu oposto, um Judiciário que se autocontém (*self restraint*), isto é: uma conduta que evita interferir na seara dos demais poderes.⁶⁶

⁶³ Eduardo García de Enterría; Aurelio Menéndez Menéndez, *op. cit.*, p. 57.

⁶⁴ Segundo Mark Tushnet (2007, p. 415), o ativismo tem uma origem jurisprudencial, na jurisdição norte-americana, como uma qualificação trazida para a Suprema Corte americana na época em que foi presidida pelo juiz Earl Warren, entre 1954 e 1969, por ter havido uma grande mudança de perspectiva dentro da Corte.

⁶⁵ Mônia Clarissa Hennig Leal, “La jurisdicción constitucional entre judicialización y activismo judicial: ¿Existe realmente ‘un activismo’ o ‘el’ activismo?”, *Estudios Constitucionales*, Santiago, Centro de Estudios Constitucionales de Chile, v. 10, núm. 2, p. 429-453, 2012, p. 438.

⁶⁶ Luís Roberto Barroso, “Retrospectiva 2008 – Judicialização, ativismo e legitimidade democrática”, *Revista Eletrônica de Direito do Estado*, núm. 18, abr./jun. 2009. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDE-18-ABRIL-2009-LUIS%20BARROSO.pdf>>.

Mas não se pode ver o ativismo como algo ruim.⁶⁷ Há casos em que uma postura proativa do Judiciário é necessária à garantia de direitos que não estão sendo “cuidados” pelos demais poderes. Nesse sentido, há quem veja o ativismo judicial como algo bom e necessário no Brasil. Um ativismo que esteja baseado e vinculado “às diretrizes materiais da Constituição, voltados para a plena realização dos seus comandos e não apenas apegados aos esquemas da racionalidade formal”.⁶⁸ O que é maléfico é um ativismo desmedido, sem qualquer limitação, quando o juiz passa a assumir as funções dos demais poderes, ainda que estes as estejam executando dentro da legalidade. O que extrapola a função do Judiciário e acaba sendo um ativismo ruim, portanto, são as decisões judiciais sem fundamento jurídico-racional. Assim, a legitimidade da jurisdição constitucional para uma atuação mais ativa está na necessidade de uma decisão racionalmente fundamentada na Constituição, o que, contudo, não pode se transformar em uma possibilidade de o Judiciário assumir uma função de “superpoder”.

O problema se encontra na definição de quando há ativismo judicial e quando não há. Deve-se destacar que não há uma “fórmula mágica” para definir o que é (ou o que não é) ativismo judicial, e esse termo não é fácil de ser definido, visto que se trata de um passo adiante à judicialização, pois, enquanto esta se deve a fatores externos, o ativismo se relaciona com a atuação, com fatores internos do Judiciário. Há, tão logo, uma ambiguidade permanente com relação à utilização desse termo, já que, ao mesmo tempo em que há quem entenda que um Judiciário ativista é aquele cujas decisões são contrárias às decisões dos poderes Executivo e Legislativo, outros entendem que ativista é o Judiciário que decide de forma contrária ao sentido dado e planejado pelo texto constitucional.⁶⁹ Assim, de uma forma geral, entende-se que o ativismo se relaciona com decisões expansivas.⁷⁰ Mas não existem parâmetros para medir quando uma decisão expansiva é ativista ou não. De qualquer forma, entende-se que, sendo ou não ativista o Judiciário brasileiro, o que se tem verificado é que, de uma forma ou de outra, há o cumprimento de um papel constitucional, de defesa do Estado, da democracia e dos direitos fundamentais.

Assim, se a separação de funções é essencial para a administração do Estado Democrático de Direito, também não se pode negar que a atuação do Judiciário no âmbito de questões de natureza política ocorre, na maioria das vezes, com o fim de proteger, garantir ou concretizar direitos fundamentais previstos na Constituição Federal. Com isso, o que se pretende dizer é que o Judiciário não está definindo suas

⁶⁷ Elival da Silva Ramos, “*Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos*”, São Paulo, Saraiva, 2010.

⁶⁸ Andreas J. Krell, “Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: os (des) caminhos de um direito constitucional “comparado””, Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris, 2002, p. 97.

⁶⁹ Daniel Giotti de Paula, p. 285 et ss.

⁷⁰ Mark Tushnet, “The United States of America”, em: Brice Dickinson, *Judicial activism in Common Law Supreme Courts*, Nova Iorque, Oxford University Press, 2007, p. 415

regras decisórias, mas cumprindo com uma função prevista na própria Constituição (criada pela Política).

Em tal caso, é preciso ter-se presente que o Judiciário não é mais somente uma instância que soluciona conflitos. Ele tem, igualmente, a função precípua de fiscalizar a constitucionalidade e a legalidade das ações dos poderes públicos, de garantia da Constituição e dos direitos fundamentais. Desse modo, para que exista uma eficiência na atuação do Estado na proteção desses direitos, deverá haver uma atividade cooperada entre os Poderes, de forma que haja um compartilhamento de funções entre eles. Consequentemente, a discussão sobre a relação entre Direito e Política deve ser percebida não tanto apenas a partir do viés da separação, mas também da colaboração.

Nesse sentido, entende-se que o princípio da separação dos poderes não pode mais ser visto como um fim em si mesmo, mas como um “instrumento que visa dar efetividade às conquistas obtidas com o movimento constitucionalista”⁷¹

4. Conclusão

A teoria da separação de poderes foi criada em uma perspectiva liberal, de forma que não há como se preservar em sua formulação originária. A complexificação das relações sociais demanda uma nova ótica da relação entre os Poderes, onde cada um deve, além de limitar os excessos do outro, colaborar e cooperar com os demais, de forma que os direitos dos indivíduos estejam sempre plenamente garantidos. Assim, não se defendeu a extinção da separação de poderes, mas, ao contrário, sua manutenção, no sentido de não haver a concentração de funções em um só poder, mas onde exista, entre Executivo, Legislativo e Judiciário, uma comunicação, integração e complementariedade que traga maior efetividade no exercício de suas próprias funções. Neste sentido, a teoria da separação de poderes deve ser percebida como uma forma de realização dos direitos, e não como um obstáculo à sua concretização, para o que deve dar-se numa perspectiva cooperativa, e não de exclusão ou afastamento.

Referências bibliográficas

ARISTÓTELES, *Política*, Tradução de Pedro Constantin Tolens, 5, ed, São Paulo, Martin Claret, 2010.

BARRILAO, Juan Francisco Sánchez, *Las funciones no jurisdiccionales de los jueces en garantía de derechos*, Madri, Civitas, 2002.

⁷¹ Américo Bedê Freire Júnior, “O controle judicial de políticas públicas”, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2005, p. 39.

- BARROSO, Luís Roberto, “Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo”, em FELLET, A. L. F.; PAULA, D. G.; NOVELINO, M. (orgs.), *As novas faces do ativismo judicial*, Salvador, JusPodivm, 2011.
- _____, “Retrospectiva 2008 – Judicialização, ativismo e legitimidade democrática”, *Revista Eletrônica de Direito do Estado*, núm. 18, abr./jun. 2009. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDE-18-ABRIL-2009-LUIS%20BARROSO.pdf>>.
- BOBBIO, Norberto, *Teoria geral da política: a filosofia política e as lições dos clássicos*, Tradução de Daniela Beccaccia Versiani, Rio de Janeiro, Campus, 2000.
- CAMPILONGO, Celso Fernandes, *Política, sistema jurídico e decisão judicial*, São Paulo, Max Limonad, 2002.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 4, ed, Coimbra, Almedina, 2000.
- CAPPELETTI, Mauro, *Juízes legisladores?*, Tradução de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira, Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris, 1993.
- COULANGES, Numa Denis Fustel de, *A cidade antiga: estudo sobre o culto, o direito e as instituições da Grécia e de Roma*, Tradução de J. Cretella e Agnes Cretella, 2, ed, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2011.
- DWORKIN, Ronald, *Uma questão de princípio*, Tradução de Luís Carlos Borges, 2, ed, São Paulo, Martins Fontes, 2005.
- ENTERRÍA, Eduardo García de; Aurelio Menéndez MENÉNDEZ, “El derecho, la Ley y el Juez”, *Dos estudios*, Madri, Cuadernos Civitas, 1997.
- FERRAJOLI, Luigi, “La esfera de lo indecible y la división de poderes”, *Estudios constitucionales*, Chile, Centro de Estudios Constitucionales, v, 6, núm. 1, p. 337-343, 2008.
- FRANKENBERG, Günther, *A gramática da Constituição e do Direito*, Tradução de Elisete Antoniuk, Belo Horizonte, Del Rey, 2007.
- FREIRE JÚNIOR, Américo Bedê, “O controle judicial de políticas públicas”, São Paulo, *Revista dos Tribunais*, 2005.
- GARÍN, Andrea Lucas, “Nuevas dimensiones del principio de división de poderes en un mundo globalizado”, *Estudios constitucionales*, Chile, Centro de Estudios Constitucionales, v. 7, núm. 2, p. 241-253, 2009.
- GRIMM, Dieter, *Constituição e política*, Tradução de Geraldo de Carvalho, Belo Horizonte, Del Rey, 2006.
- GUARNIERI, Carlo; Patrizia PEDERZOLI, *Los jueces y la política, Poder judicial y democracia*. Tradução de Miguel Ángel Ruiz de Azua, Madri, Taurus, 1999.
- HÄBERLE, Peter, “El tribunal constitucional como poder político”, *Revista de Estudios Políticos*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, núm. 125, p. 9-37, jul./set. 2004.

- _____, *Hermenêutica Constitucional – a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição*, Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris, 1997.
- _____, *Teoría de la constitución como ciencia de la cultura*, Tradução de Emilio Mikunda, Madri, Tecnos, 2000.
- KRELL, Andreas J, *Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: os (des)caminhos de um direito constitucional “comparado”*, Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris, 2002.
- LEAL, Mônia Clarissa Hennig, *A Constituição como princípio: os limites da jurisdição constitucional brasileira*, Barueri, SP, Manole, 2003.
- _____, *Jurisdição Constitucional Aberta. Reflexões sobre a legitimidade e os limites da Jurisdição Constitucional na ordem democrática*, Rio de Janeiro, Lumen Júris, 2007.
- _____, “La jurisdicción constitucional entre judicialización y activismo judicial: ¿Existe realmente “un activismo” o “el” activismo?”, *Estudios Constitucionales*, Santiago, Centro de Estudios Constitucionales de Chile, v. 10, núm. 2, p. 429-453, 2012.
- _____, “Pré-compreensão e pós-compreensão: uma análise de sua função na interpretação da constituição aberta”, em: LEAL, R. G.; REIS, J. R, *Direitos sociais e políticas públicas: desafios contemporâneos*. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, p. 1347-1381, t. 5, 2004.
- LEAL, Rogério Gesta, *Teoria do Estado: cidadania e poder político na modernidade*, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 1997.
- LOCKE, John, *Segundo Tratado sobre o Governo*, Tradução de Alex Marins, São Paulo, Martin Claret, 2002. (1.^a reimpressão – 2010)
- MATTEUCCI, Nicola, *Organización del poder y libertad, Historia del constitucionalismo moderno*, Tradução de Francisco Javier Ansuátegui Roig e Manuel Martinez Neira, Madri, Trotta, 1988.
- MIRANDA, Jorge, *Teoria do Estado e da Constituição*, Rio de Janeiro, Forense, 2011.
- MONTESQUIEU, Charles de Secondat, *O Espírito das Leis*, Tradução de Cristina Murachco, São Paulo, Martins Fontes, 1996.
- PAULA, Daniel Giotti de, “Ainda existe separação de poderes? A invasão da política pelo direito no contexto do ativismo judicial e da judicialização da política”, em FELLET A. L. F. ; D. G. PAULA; M. NOVELINO (org.), *As novas faces do ativismo judicial*, Salvador, JusPodivm, 2011.
- PIOVESAN, Flávia, “Justiciabilidade dos direitos sociais e econômicos: desafios e perspectivas”, em CANOTILHO, J. J. G., M. O. G. CORREIA, É. P. B. CORREIA, *Direitos Fundamentais Sociais*, São Paulo, Saraiva, 2010.
- RAMOS, Elival da Silva, *Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos*, São Paulo, Saraiva, 2010.
- REALE, Miguel, *Teoria do direito e do Estado*, 5, ed, São Paulo, Saraiva, 2010.

- ROCA, Javier García, “Del principio de la división de poderes”, *Revista de Estudios Políticos*, Madri, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, núm. 108, p. 41-75, abr./jun. 2000.
- RUIZ, Juan Cámara, “Judicialización y activismo judicial en España”, em LEAL, R.G.; LEAL, M.C.H. (org.), *Ativismo judicial e déficits democráticos: algumas experiências latino-americanas e europeias*, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2010.
- STRECK, L. L., J. L. B. MORAIS, *Ciência política e teoria do estado*, 5, ed, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2006.
- STRECK, Lênio Luiz, *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito*, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2002.
- TUSHNET, Mark, “The United States of America”, em Brice DICKINSON, *Judicial activism in Common Law Supreme Courts*, Nova Iorque, Oxford University Press, 2007.
- VILLAR, Gregorio Cámara, “Justicia y política en la España democrática: una reflexión a propósito de los llamados ‘jueces estrella’ y la judicialización de la política”, *Revista de Derecho Político*, Madri, UNED, núm. 7, p. 27-52, 2000.
- ZAGREBELSKY, Gustavo, *El derecho dúctil, Ley, derechos, justicia*, Tradução de Marina Gacón, 5, ed, Madri, Trota, 2002.

VOLVER A LA TABLA DE CONTENIDO

Helena Colodetti Gonçalves Silveira (Brasil)*

Igor Suzano Machado (Brasil)**

Leonardo Almeida Crespo (Brasil)***

Direito e política na jurisdição constitucional brasileira: entre a potencialidade da defesa de direitos dos cidadãos e os limites da efetivação de pautas corporativas

RESUMO

Primeiramente, em termos teóricos, o presente trabalho analisa os potenciais da arena judiciária como canal de expressão de demandas públicas não atendidas pelas arenas políticas tradicionais. Em segundo lugar, a teoria é contraposta a análises empíricas sobre a atuação do STF para avaliar em que medida essa atuação dá vazão aos potenciais democráticos da judicialização da política, ou, pelo contrário, só replica em outra instância os mesmos vícios da política ordinária.

Palavras-chave: Judicialização da política; Democracia; STF.

RESUMEN

En primer lugar, desde una mirada teórica, este trabajo analiza el potencial del ámbito judicial para la expresión de demandas públicas no satisfechas en los canales políticos tradicionales. En segundo lugar, el estudio opone la teoría al análisis empírico de la acción del Tribunal Supremo brasileño para evaluar en qué medida esta acción da lugar al potencial democrático de la judicialización de la política, o, por el contrario, solamente replica en otra instancia los mismos vicios de la política ordinaria.

Palabras clave: judicialización de la política; democracia; STF.

* Doutora em Direito Constitucional e professora do mestrado e graduação da Universidade FUMEC, bem como dos cursos de pós-graduação da PUC-Rio. E-mail: helenacolodetti@gmail.com.

** Doutor em Sociologia pelo Instituto de Estudos Sociais e Políticos da Universidade Estadual do Rio de Janeiro. Professor do Departamento de Ciências Sociais da Universidade Federal do Espírito Santo. E-mail: igorsuzano@gmail.com

*** Doutorando em Direito pela Faculdade de Direito do Recife. Professor da Faculdade Boa Viagem. E-mail: leonardoalmeida326@gmail.com

ZUSAMMENFASSUNG:

Die vorliegende Arbeit unternimmt zunächst eine theoretische Analyse des Potentials der Justiz zur Kanalisierung von Forderungen der Öffentlichkeit, die in den traditionellen politischen Entscheidungsräumen kein Gehör finden. Die Theorie wird anschließend mit empirischen Analysen zur Arbeit des Obersten Bundesgerichts STF verglichen, um herauszufinden, inwieweit sein Vorgehen das demokratische Potenzial der Judikalisierung der Politik erfüllt, oder aber im Gegenteil lediglich eine Wiederholung der Sünden der gewöhnlichen Politik auf einer anderen Ebene darstellt.

Schlagwörter: Judikalisierung der Politik; Demokratie; Oberstes Bundesgericht STF

ABSTRACT

Firstly, in theoretical terms, this paper analyzes the potentials of the judiciary arena as a channel for the expression of public demands not met by the traditional political arenas. Secondly, the theory is opposed to the empirical analyses concerning the Supreme Court's role in assessing to what extent this action gives rise to the democratic potential for the legalization of politics, or whether, on the contrary, it only replicates in another instance the typical vices of ordinary policy.

Keywords: Judicialization of politics, Democracy; Supreme Court of Justice.

Introdução

Acompanhando o movimento do novo constitucionalismo continental, a Constituição brasileira de 1988 foi saudada como nossa “Constituição cidadã”, responsável por reestabelecer direitos civis e políticos suspensos durante o regime militar que a precedeu e instituir direitos sociais, estruturantes de um programa de redução da desigualdade, igualmente expresso em seu texto. Como forma de tornar eficaz seu amplo catálogo de direitos, um conjunto de instituições políticas e jurídicas também foi previsto pela Constituição. Dentre tais instituições têm destaque aquelas do mundo jurídico, com uma magistratura dotada de poder inédito e um Ministério Público de feições desconhecidas em outras partes do mundo, além da Defensoria Pública e de uma OAB que, apesar de não fazer parte do funcionalismo público, também ganhara posição de destaque na Constituição.

Atrelada a uma “velada descrença” na capacidade de animação da vida republicana pelas instituições representativas tradicionais,¹ essa aposta no direito conduziu a uma nova dinâmica política em que o Legislativo saíra relativamente enfraquecido, diante de um Judiciário que manteria acesa para nós a luz de uma cidadania mu-

¹ Luiz Werneck Vianna, “O Terceiro Poder na Carta de 1988 e a tradição republicana: mudança e conservação”, em Ruben George Oliven *et al.* (comps), *A Constituição de 1988 na vida brasileira*, São Paulo, HUCITEC, 2008, p. 93.

rada contra abusos de poder político. Se a própria ordem institucional já valoriza a ideia de um mundo jurídico que, respaldado pela moralidade do direito, é capaz de conter uma realidade política caracterizada mais por vícios do que por virtudes, desdobramentos factuais se encarregaram de completar o enredo pós-88 com uma série de denúncias de escândalos de corrupção envolvendo políticos. Quanto mais fortalecidos ficavam a polícia, o Ministério Público e o Judiciário, mais se encontravam razões bastante convincentes para se desconfiar dos políticos tradicionais, com uma sucessão de denúncias da forma corrompida com que a política operava no Brasil, numa sequência de notícias que podemos esperar tenha continuidade ainda por um bom tempo. A Operação Lava-jato, conduzida pelo juiz e novo herói nacional Sérgio Moro, já poderia até ter uma coluna fixa nos jornais.

Em que pese os inegáveis ganhos trazidos ao país por esse arranjo, de que o combate à corrupção é um dos importantes exemplos, é preciso, todavia, tomar cuidado com esse enredo, que comporta reviravoltas, ou mesmo exige tais reviravoltas, para nos mantermos fiéis aos primeiros capítulos dessa história que começou a ser contada em 88, ou, ao menos, o que deveria ser o essencial do começo dessa história, e não sua parte acessória. A Constituição de 88 é a Constituição Cidadã e “algo mais”, talvez não tão republicano. E cabe à sociedade brasileira fazer com que ela seja principalmente a Constituição Cidadã e não principalmente esse “algo mais”, quiçá bastante pernicioso.

Com bastante autonomia interna e nenhum controle externo, as corporações jurídicas fizeram da história da Constituição de 88 – seja por delegação de outros atores políticos, seja por ações de origem endógena – também a história da ampliação de seus próprios poderes e prerrogativas, sem possibilidade de questionamento. O mais recente capítulo dessa história tenta ser escrito com a nova Lei Orgânica da Magistratura, que institucionalizaria os penduricalhos acrescidos aos já vultuosos vencimentos dos juízes, com auxílios literalmente do berço ao caixão.² Apesar de apoiarem a legitimidade de suas ações em sua posição de defesa de direitos contra uma política dominada por interesses corporativos de curto prazo, é comum aos juízes não se afastarem da lógica que criticam, fazendo dos tribunais instâncias privilegiadas de busca e concretização de interesses corporativos – no caso, deles mesmos. Com o agravante de que, nessa circunstância, a quem queira apelar só resta apelar aos próprios juízes.

Curiosamente, o Supremo Tribunal Federal (STF), vértice do nosso Judiciário, tem servido a interesses corporativos não só dos próprios juízes, mas também daqueles que apelam ao tribunal. Como destacam os professores da UnB Alexandre Araújo Costa e Juliano Zaiden Benvindo:

² Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/poder/2015/05/1632911-projetos-do-stf-criam-auxilios-do-berco-ao-caixao-para-magistrados.shtml> Acesso em 08/03/2016.

Apesar de os discursos de legitimação do controle concentrado [de constitucionalidade] normalmente se justificarem na necessidade de oferecer proteção adequada aos direitos dos cidadãos, o que se observa na prática é uma garantia relativamente efetiva dos interesses corporativos e não do interesse público.³

Tais pesquisadores perceberam que os direitos de liberdade, em especial as garantias processuais, estavam sendo mobilizados para a defesa dos interesses corporativos dos demandantes. Isto é, majoritariamente o controle objetivo de normas versando sobre direitos fundamentais foi instrumentalizado para satisfazer as categorias agraciadas com o acesso ao rito concentrado, e não os interesses coletivos ou difusos da cidadania. Assim, teríamos associação de servidores almejando a irredutibilidade salarial, a OAB pedindo aposentadoria especial para grupo de advogados, e a Confederação Nacional dos Trabalhadores da Indústria requerendo que fosse declarada inconstitucional lei que proibiu a comercialização de produtos com amianto. Mais ainda: de acordo com os autores, há uma “imensa concentração da utilização de argumentos de direitos fundamentais na defesa de interesses corporativos de servidores públicos do Sistema de Justiça e da Polícia”⁴ que juntos ajuizaram mais ações exitosas que os governadores de Estado. Assim, a conclusão parcial a que chegam Costa e Benvindo é que o STF decide muito pouco sobre direitos fundamentais, e quando o faz, atende à agenda corporativa dos legitimados à proposição das Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADIs)⁵, em especial aos interesses de classes ligadas de alguma maneira ao Sistema da Justiça.

Mas o problema não seria então da pauta pouco republicana dos demandantes? A resposta é negativa. Foi a própria Corte que impôs a atuação corporativa das entidades de classe, que somente poderiam ajuizar ações com pertinência temática aos seus objetivos sociais. Nesse sentido, nos termos da interpretação restritiva do STF, as entidades de classe não podem representar a sociedade ou o Estado, mas apenas os seus associados, circunstância que prejudica o caráter representativo da jurisdição constitucional pela via concentrada, que, tudo indica, acabaria por se tornar um atalho para promoção de pautas privadas com efeito vinculante. Tal paradoxo foi bem observado por Rogério Bastos Arantes, segundo o qual:

³ Alexandre Araújo Costa e Juliano Zaiden Benvindo, *A Quem Interessa o Controle Concentrado de Constitucionalidade?: O Descompasso entre Teoria e Prática na Defesa dos Direitos Fundamentais*, Working Paper, 2014 (SSRN), p. 77. Disponível em http://www.ufjf.br/siddhartha_legale/files/2014/07/Alexandra-Costa-e-Juliano-Zaiden-a-quem-interessa-o-controle.pdf.

⁴ *Ibid.*, p. 67

⁵ A utilização de argumentos ligados aos direitos fundamentais para a impugnação abstrata de normas federais para fins corporativos representam 60% do total de ADIs desta categoria (Costa e Benvindo, *op. cit.*, p. 72).

De fato, essa questão nos remete a um paradoxo. O controle constitucional assenta-se em três premissas logicamente encadeadas: (1) a Constituição guarda o interesse geral; (2) as maiorias políticas podem agir de modo falacioso contra o interesse geral, legislando em benefício de seus interesses particularistas; e (3) o controle de constitucional existe para recompor o interesse geral a partir da provocação de algum agente capaz de expressá-lo. A questão, portanto, é: se o constituinte brasileiro imaginou que confederações sindicais e entidades de classe expressariam interesses gerais antes que corporativos, na prática, a decisão do STF de restringir o uso de ADIs por essas instituições revela o entendimento oposto. Todavia, o paradoxo permanece: pode o interesse geral da Constituição ser recomposto a partir de uma ação pertinente a interesses específicos das confederações sindicais e entidades de classe? Ou ainda: é a ADI um instrumento de representação de interesse particular ou do interesse geral? Em que medida o interesse pertinente de uma confederação ou entidade de classe seria mais geral e menos particularista do que o interesse pertinente a ato normativo editado por uma maioria política?⁶

Ou seja: apesar da narrativa de contraposição entre um Judiciário capaz de proteger direitos universais e um Legislativo corrompido por interesses de grupos particulares, o que a experiência concreta mostra é que, na ordem política instaurada pela Constituição de 1988, tanto o Legislativo discute direitos – o principal argumento daqueles favoráveis a um controle de constitucionalidade político e não judicial, como Richard Bellamy⁷ – como o Judiciário também é palco de disputa de interesses corporativistas, muitas vezes dos próprios juízes, ou de outras carreiras jurídicas, como o Ministério Público.

A distinção entre um poder propenso à corrupção e a de um poder cuja função é estritamente técnica, pautada pelo mérito e não alinhamento estratégico de interesses, deixa, assim, de ser pertinente. É preciso, portanto, repensar a relação entre direito e política para que possamos visualizar nuances mais tênues e, mesmo, mais próximas da realidade institucional que se desdobra no Brasil pós-88.

Isso nos leva ao cerne da discussão aqui proposta. Tendo em vista o cenário de convivência tumultuosa entre os universos da política e do direito, o presente artigo busca refletir a respeito das possibilidades de possível contribuição do judiciário à política. Para isso, o texto terá como ponto de partida uma discussão teórica acerca dessa relação, para depois se debruçar sobre o principal ponto de contato entre a justiça e a política: a jurisdição constitucional. Tendo em vista como a jurisdição constitucional tem sido efetivada no Brasil, proceder-se-á a uma análise crítica da

⁶ Rogério Bastos Arantes, “Cortes Constitucionais”, em Leonardo Avritzer (comps.), *Dimensões políticas da justiça*, Rio de Janeiro, Civilização Brasileira, 2013, pp. 203-24.

⁷ Richard Bellamy, *Political Constitutionalism: a republican defense of the constitutionality of democracy*, Nova Iorque, Cambridge University Press, 2010.

mesma, buscando seu aperfeiçoamento, não em direção a uma justiça isolada da política, mas a uma justiça capaz de exercer uma representação de demandas diferenciada, ao oferecer meios processuais para a expressão política daqueles que entendem que suas demandas, ainda que não recepcionadas pelos canais políticos tradicionais, representam a mais correta interpretação de uma Constituição que identificariam como marca fundamental de pertença a uma comunidade política fraterna e democrática.

1. Política, direito e o trilema de Teubner

Se nossa intenção é refletir sobre como se relacionam, em dada sociedade, as esferas da política e da justiça, um bom ponto de partida pode ser a teoria social de Niklas Luhmann. Uma sociologia jurídica de inspiração luhmanniana ajudaria a refletir sobre o dilema da *abertura versus o fechamento* do sistema jurídico e das formas como ele poderia ou não poderia ser influenciado e determinado por sistemas outros, como o sistema político, já que o foco da teoria é justamente como um sistema social se abre cognitivamente mas se mantém, ainda assim, operacionalmente fechado. Isso porque, para Luhmann, o Direito deveria ser tratado como um sistema social orientado por uma classificação binária que é característica única e exclusiva sua e que divide seus elementos entre lícitos e ilícitos, demarcando assim a diferença entre o sistema e suas operações internas, de um lado, e seu meio ambiente, do outro. Dessa forma, mesmo percebendo irritações e ruídos externos e se sujeitando a acoplamentos estruturais com sistemas outros, o sistema jurídico poderia manter sua *autopoiese* – isto é: sua auto-reprodução realizada internamente ao sistema – ao traduzir e reduzir a complexidade do meio social sempre por essa chave binária de classificação.

A caracterização do direito enquanto um sistema fechado e que encontra no seu fechamento sua única possibilidade de adaptação ao ambiente, no entanto, pode levar à consideração do sistema jurídico como excessivamente autônomo. Talvez seja por isso que, fazendo uso de um referencial luhmanniano, Marcelo Neves⁸ seja forçado a reconhecer a influência direta da política no direito como um indevido momento de alopoiese – isto é, um momento de reprodução do sistema determinada por elementos externos a ele – e a denunciar que, abrindo-se à política, o direito dos países centrais estaria sofrendo uma “periferização” e se assemelhando às ordens jurídicas dos países periféricos em que a diferenciação funcional dos sistemas político, econômico e jurídico é deficitária, o que seria característico de uma modernização problemática.

⁸ Marcelo Neves, *A constitucionalização simbólica*, 2ª edição, São Paulo, Martins Fontes, 2007 [1994].

Guilherme Leite Gonçalves,⁹ na esteira de Marcelo Neves, destaca que:

Se, na ascensão do Estado Social, o direito era utilizado como “meio” para legitimar a ação política em seu momento de crise, torna-se o espaço para o qual o sistema político delega, por meio da inflação legislativa, suas competências decisórias com a finalidade de se isentar da execução dos programas de bem-estar e repassar para o direito a insatisfação social. É dessa forma que, pela discricionariedade que lhe foi concedida, o direito atua como político. O problema é que o sistema jurídico é dotado de uma unidade organizacional e operativa – coisa julgada, princípio da inércia, “non liquet” [obrigação de decidir] – que o torna uma estrutura inábil para trabalhar com temáticas politizadas. [...] O esquema aqui apresentado é simples: a inflação legislativa e os conceitos jurídicos indeterminados, gerados pela crise do Estado Social, aumentam a polissemia das normas e destroem a unidade lógica do sistema jurídico ampliando-se a discricionariedade do magistrado, que passa a atuar politicamente, produzindo decisões que esbarram nas estruturas forjadas pelo direito.

O trecho acima é complementado pelo destaque em nota de rodapé do trilema regulatório de Günther Teubner, que consiste em: (a) progressiva “indiferença” entre direito e sociedade; ou (b) a tentativa de colonização da sociedade por parte das leis; ou (c) a crescente desintegração do direito por parte da sociedade. Isto é: tanto Guilherme Leite Gonçalves quanto Günther Teubner quanto Marcelo Neves pressupõem um sistema jurídico auto-regulado, que é desnaturado por uma invasão de novas demandas às quais ele é conceitualmente incapaz de dar respostas quando é politizado pelos influxos advindos da ascensão e crise do Estado de bem-estar social. Em síntese: o surgimento de uma multiplicidade de demandas políticas pressiona os limites operacionais do sistema jurídico no Estado de bem-estar social, levando à sua crise. O influxo de demandas políticas no sistema jurídico torna problemático o seu funcionamento especificamente porque leva o sistema a adotar um código distinto do seu.

Mas se, como destaca Dworkin,¹⁰ não há nenhum teste de DNA capaz de identificar o cerne do Direito, da mesma forma que Dworkin questiona por que se precisa aceitar que o Direito é o que os positivistas dizem ser, se a concepção positivista deixa de dar conta da crescente importância dos princípios para a resolução das causas jurídicas, pode-se questionar: por que é necessário aceitar que o Direito é um sistema

⁹ Guilherme Leite Gonçalves, “Entre politização e judicialização: limites estruturais do direito e da política”, em Luiz Eduardo Motta e Maurício Mota (comps.), *O Estado Democrático de Direito em Questão: teorias críticas da judicialização da política*, Rio de Janeiro, Elsevier, 2011, p. 89.

¹⁰ Ronald Dworkin, *Justice in robes*, Cambridge/Londres, The Belknap Press of Harvard University Press, 2006.

regido por uma lógica específica, tal como descrito por Luhmann, se esse sistema não consegue apreender positivamente um movimento de abertura das instituições jurídicas a uma sociedade carente de canais políticos para expressar algumas de suas demandas tão plurais, como, por exemplo, a demanda por reconhecimento de direitos por parte de minorias que são excluídas de um processo legislativo que é guiado pela lógica majoritária?

Como destacado por Rodrigo Ghiringhelli de Azevedo,¹¹ é neste ponto que o próprio Luhmann e, por consequência, Marcelo Neves e os demais influenciados por seu pensamento, acabam por denunciar os limites de sua própria teorização, quando acreditam ser possível lidar com o aumento contínuo da complexidade social pela amoralização da política e do direito. Seria impossível, ele continua,

pensar no sistema jurídico das modernas democracias ocidentais sem levar em conta a delegação conferida aos tribunais para dirimir todo um conjunto de questões de profunda relevância moral para o conjunto da sociedade, traduzidas em decisões judiciais universalizantes, orientadas pela legislação e pela jurisprudência. Questões como o direito ao aborto, os níveis de poluição ambiental, responsabilidade por danos ao patrimônio e violência contra a pessoa, a função social da propriedade, a relação de reciprocidade nos contratos formais e informais que fazem parte do cotidiano das sociedades contemporâneas, o alcance dos direitos e garantias individuais, têm sempre uma relevância do ponto de vista ético e moral que não pode ser reduzida ao código legal/ilegal,¹² como seria a pretensão de uma teoria pura do direito de origem kelseniana.¹³

Uma forma alternativa de compreender o quadro apresentado anteriormente é fornecida por Gisele Silva Araújo. Diferenciando analiticamente as causas da judicialização das relações sociais das causas da judicialização da política, a autora destaca que a judicialização das relações sociais é uma juridificação da vida social patrocinada pelo poder Executivo, por meio de uma regulamentação estatal da sociedade que se amplifica e incha o Judiciário com demandas de particulares e de grupos sociais por prestações estatais positivas. Seu circuito seria, assim, originado formalmente no Estado, passando pelo Direito e tendo como destino a regulação da Sociedade. A judicialização da política, por seu turno, complementa ela, seria fenômeno diverso que realizaria, potencialmente, um percurso invertido. Nesse

¹¹ Rodrigo Ghiringhelli de Azevedo, "Estado e Direito como sistemas autopoieticos: uma abordagem da teoria dos Sistemas de Niklas Luhmann", em Daniel de Mendonça e Léo Peixoto Rodrigues (comps.), *Ernesto Laclau e Niklas Luhmann: pós-fundacionismo, abordagem sistêmica e as organizações sociais*, Porto Alegre, EdiPUCRS, 2006, p. 143.

¹² Essa é a tradução desse autor para o mesmo binômio tratado anteriormente como lícito/ilícito.

¹³ *Ibid.*, p. 144.

caso, a cadeia de transmissão se iniciaria na sociedade, incluindo suas instituições de representação, que acionaria o sistema jurídico para obter resultados políticos.¹⁴

Por conta disso, apesar de alguns autores vincularem a judicialização da política também às transformações do Direito causadas pelo Estado de Bem-estar Social, a autora entende como sendo mais fecundo tomá-la como um “efeito a médio prazo das mudanças advindas do Constitucionalismo democrático europeu do pós-Segunda Guerra, que se fará presente nas Constituições de Portugal, Espanha e de alguns países latino-americanos nas décadas de 1970 e 1980.” Araújo reconhece que “muitos dos direitos antiliberais típicos do *Welfare State* foram transformados em dispositivos constitucionais”. No entanto, ela continua, “até meados do século XX, as Constituições eram cartas de princípios ou de intenções de reduzida eficácia”.

A exigibilidade dos direitos constitucionais, ela completa, só começaria a se verificar quando é conferido “caráter prático à supremacia da Constituição [...] e quando se desenvolvem institutos processuais para viabilizar seu cumprimento, a serem acionados por atores sociais”. Por isso, ela conclui, o atual papel de destaque do Poder Judiciário se reforça a despeito da mitigação do Estado de Bem-estar Social observada nas últimas décadas do século XX, tendo “como lastro principal a afirmação da Constituição como conjunto de dispositivos a serem observados por toda a sociedade, aí incluídos o Executivo e o Legislativo”.¹⁵ Tendo isso em vista, para a autora, na contramão das formulações de Teubner, a principal questão envolvida na judicialização da política não seria a da maior ou menor eficácia do Direito, envolvendo, por conseguinte, um “trilema regulatório”. Segundo ela, em analogia ao que Teubner diagnosticou para o Direito sob o Estado-Providência, poder-se-ia dizer que,

sob a judicialização da política, vive-se uma espécie de “trilema democrático”, composto por alternativas contraditórias entre si: o avanço do Poder Judiciário no controle e instituição de normas ou (a) ameaça terminantemente a representação legislativa e a legítima produção do Direito, instituindo a arbitrariedade ademocrática de um corpo pseudo-aristocrático; ou (b) pode ser contido pelo rebustecimento do Legislativo, afirmando-se este como representante único das demandas sociais, reconhecido como tal e eficaz nesta sua função; ou (c) pode significar a abertura de um novo canal de comunicação entre sociedade e Estado, permitindo que o Legislativo e o Judiciário – além do Executivo, notadamente em países presidencialistas – sejam destinatários, de formas distintas e talvez complementares, da vontade popular.¹⁶

¹⁴ Gisele Silva Araújo, “Judicialização da política: as possibilidades da democracia para além do monismo político e identitário”, em Luiz Eduardo Motta e Maurício Mota (comps.), *O Estado Democrático de Direito em Questão: teorias críticas da judicialização da política*, Rio de Janeiro, Elsevier, 2011, p. 29.

¹⁵ *Ibid.*, pp. 30-31.

¹⁶ *Ibid.*, p. 32.

A autora destaca então que nenhuma dessas três hipóteses é, ao menos no campo da teoria, inviável. E, com base nisso, passa a argumentar a favor da pertinência da terceira dessas possibilidades, concluindo que:

Na medida em que ao Judiciário é conferido o poder de interpretar o Direito ao ponto de contê-lo, reformá-lo ou proclamá-lo, cumpre verificar se isto significa por definição um assalto à democracia, ou se tem o potencial, a ser reconhecido empiricamente, caso a caso, de ser um movimento que multiplica as formas de acesso à esfera pública. Se isso for teoricamente possível, então os diagnósticos que veem a atual “crise de separação dos poderes” imediatamente como uma “crise da democracia” são, pelo menos, incompletos. Supõe-se adiante um outro cenário: o de que a judicialização da política pode ser um movimento de deságue de pretensões sociais que não encontram expressão nas outras esferas estatais e que podem, evidentemente, ser acolhidas ou não a depender da estrutura, composição e cultura dos Judiciários realmente existentes (*Ibidem*, p.33).¹⁷

O cenário desenvolvido pela autora coloca em questão a associação direta entre democracia e a representação popular constituída através das opções eleitorais da maioria da população. O que precisa ser estabelecido aqui é um conceito capaz de expandir a ideia de democracia para além da representação popular usualmente associada com o voto, com isso impedindo-nos de pensar a judicialização da política sem associá-la como um “assalto à democracia”. Este cenário demanda, de início, que não apenas interroguemos o conceito de soberania, como também o vínculo que estabelece com a própria ideia de democracia.

Para configurar esse outro cenário, Araújo faz uso da noção de soberania complexa de Pierre Rosanvallon, Trata-se de noção de soberania que, contra o monismo político – que só reconhece no Legislativo e nas eleições que o sustentam os canais de representação democrática – compreende que devem fazer parte da política outras formas de representação, como a representação funcional, exercida pelos que falam em nome do povo de acordo com o que é organizado e reconhecido nos textos que organizam a vida pública: as leis e sobretudo a Constituição.¹⁸ É com base nessa noção de soberania complexa que a autora coloca em destaque que “permanece contemporâneo o desafio de encontrar arranjos sócio-institucionais que admitam a diversidade social canalizada através de formas plurais de representação que sejam legítimas e iguais”. Para então concluir que: “a ida da sociedade e de suas associações ao Judiciário – além do Legislativo e do Executivo – talvez possa ser

¹⁷ *Ibid.* p. 33.

¹⁸ Pierre Rosanvallon, *La démocratie inachevée: histoire de la souveraineté du peuple en France*, Paris, Éditions Gallimard, 2000, p. 431.

entendida como um movimento, ainda que incipiente, multifacetado e não sem riscos, nessa direção”.¹⁹

Em síntese, o conceito de soberania complexa permite reconsiderar a judicialização da política não mais como um problema significativo, uma disfunção que necessita ser resolvida para o devido funcionamento tanto do sistema jurídico quanto do político, e menos ainda como um atentado à ideia de democracia por ignorar a representação popular. Contra essas duas hipóteses, o conceito de soberania complexa permite repensar a abertura de novos canais de deliberação como um aprofundamento da experiência democrática na medida em que permite a exposição de demandas outrora reprimidas nos espaços tipicamente políticos, como o Legislativo. O monismo político, sim, pode ser concebido como uma limitação deste potencial, na medida em que reduz os espaços de deliberação.

A avaliação de que “o sistema jurídico é dotado de uma unidade organizacional e operativa – coisa julgada, princípio da inércia, “non liquet” – que o torna uma estrutura inábil para trabalhar com temáticas politizadas”²⁰ não precisa ser revertida e cristalizada num postulado teórico que só permita entender a politização da justiça como um indevido momento de alopoiese em que sistemas que precisavam ser operativamente fechados – o sistema político, o sistema jurídico, o sistema econômico, etc. – graças à diluição de suas fronteiras de atuação destroem o projeto de diferenciação funcional da modernidade. Se as instituições jurídicas não têm sido hábeis para processar demandas politizadas, disso não decorre, necessariamente, que essas demandas politizadas precisem ser excluídas da apreciação judicial. Nada impede que, pelo contrário, sejam as instituições jurídicas as modificadas para que melhor respondam a essas demandas.

O que seria, nessa perspectiva sistêmica, o sistema político em sentido estrito, também possui suas limitações no processamento de demandas políticas no sentido mais amplo do termo. Novamente, cabe reiterar que não há como negar a importância das eleições para a constituição de uma verdadeira democracia representativa. Mas a dependência do voto por parte dos membros dos poderes Executivo e Legislativo não deixa de ser um obstáculo à recepção de determinadas demandas sociais, sobretudo de grupos numericamente minoritários, como é o caso das minorias sexuais e religiosas. A temporalidade de poucos anos com que trabalham os políticos que têm objetivos eleitorais de curto prazo, também pode ser empecilho à recepção de demandas que cristalizam seus efeitos no longo prazo, como por exemplo, as demandas por preservação ecológica. Numa perspectiva estreita de soberania e de política, demandas como essas correm o risco de serem sistematicamente excluídas

¹⁹ Araújo, *op. cit.*, p. 40.

²⁰ Guilherme Leite Gonçalves, “Entre politização e judicialização: limites estruturais do direito e da política”, em Luiz Eduardo Motta e Maurício Mota (comps), *O Estado Democrático de Direito em Questão: teorias críticas da judicialização da política*, Rio de Janeiro, Elsevier, 2011, p. 91.

de apreciação pelos representantes do povo. A não ser que outros tipos de representação sejam pensados, como a representação funcional destacada por Rosanvallon.

É nesse sentido que o presente texto busca pensar em que sentido a atual jurisdição constitucional brasileira reforça ou denega essa lógica de judicialização enquanto um fluxo que se origina da sociedade e tem como destino a atualização do significado da Constituição enquanto obra sob comando do povo soberano e não de uma elite togada. Para isso, no entanto, é importante examinar as mutações da nossa justiça constitucional sob a vigência da atual Constituição e o efetivo exercício da jurisdição constitucional pelo STF. Tais temas serão enfrentados na sessão seguinte.

2. STF: teoria e prática

Segundo o ministro do STF Celso de Mello,

É absolutamente inadmissível qualquer ensaio de resistência por parte de qualquer órgão estatal a uma decisão judicial, especialmente quando proferida pela mais alta corte de Justiça do país. Não há nenhum tribunal superior ao Supremo Tribunal Federal. Trata-se da corte suprema em matéria de jurisdição constitucional. Quem tem o monopólio da última palavra é o Supremo e ninguém mais.²¹

A fala do Ministro Celso de Mello reproduzida acima indica que a *intelligentsia* do STF incorporou plenamente ao seu discurso os movimentos de reforço, tanto do controle concentrado de constitucionalidade quanto da hierarquização do Sistema da Justiça. Todavia, ser mais favorável ao controle concentrado não implica necessariamente em fomento da verticalização da Administração da Justiça. Determinado desenho institucional poderia prever o *judicial review* concentrado nas mãos de uma Corte Constitucional pura, mas esse Tribunal não seria ao mesmo tempo o ápice da organização. Muito pelo contrário, a excepcionalidade do encargo constitucional exigiria que a Corte especial fosse autônoma em relação ao restante do Poder Judiciário, funcionando como um Tribunal de superposição, no melhor da tradição kelseniana.

Entretanto, este não é caso brasileiro. O que as declarações do Ministro Celso de Mello indicam é que a guinada em favor do controle concentrado está profundamente comprometida com a verticalização da Administração da Justiça, sendo manifestações diferentes, porém interligadas, de uma agenda política de centralização do poder na cúpula do Judiciário. Para compreender esse fenômeno é preciso ir mais a fundo nos discursos de legitimação dos dogmas defendidos pelo STF, contrastando-os, quando possível, à sua práxis republicana.

²¹ Ministro Celso de Mello, Estado de São Paulo, 05/10/2007, p. A5.

No que diz respeito à preponderância do controle objetivo de constitucionalidade, dois são os principais argumentos da *intelligentsia* judicial. O primeiro é que o controle concentrado seria mais eficiente na tutela da constituição, pois teria o Tribunal a “oportunidade de enfrentar de imediato questões de repercussão maior, que interessam à sociedade como um grande todo”.²² O respaldo, portanto, viria da maior racionalização da técnica processual. Uma manifestação concreta deste ponto seria, mais adiante, a construção de “filtros” para avaliar quais questões devem ser objeto de apreciação da Corte, a exemplo da repercussão geral na hipótese de recurso extraordinário.

O segundo argumento da *intelligentsia* judiciária invoca um outro tipo de racionalidade. Ao tornar o STF o principal emissor dos juízos de constitucionalidade, o constituinte estaria fazendo uma aposta consciente na maior capacidade dessa instituição de fazer julgamentos mais corretos. Logo, sua condição de “guardião da constituição” não ficaria restrita aos benefícios gerenciais. Seria antes a consequência do ganho epistêmico que se conferirá ao controle abstrato de normas, cuja cognição ficaria sob o encargo do órgão dotado de maior racionalidade para interpretar a Constituição.²³

Como bem colocou Benvindo, a lógica do discurso de autolegitimação do STF parte da premissa de que a hermenêutica constitucional deveria ficar o mais longe possível da irracionalidade da política e suas maiorias volúveis.²⁴ Por isso seu assento natural na Corte tecnicamente especializada em lidar com a norma constitucional,²⁵ o que não aconteceria no controle difuso, que somente encontraria a racionalidade do Supremo Tribunal Federal ao final de uma longa e demorada jornada processual. Ademais, o controle difuso estaria igualmente sujeito à fragilidade dos juízos provisórios e particularistas acerca da constitucionalidade da lei, podendo suscitar vários riscos à unidade de um sistema jurídico com proporções continentais.²⁶ Está clara, portanto, no próprio discurso de autolegitimação do STF, a ideia de uma racionalidade jurídica técnica contra a irracionalidade do âmbito político.

Já no que diz respeito à hierarquização do Sistema da Justiça, os argumentos são bastante similares àqueles utilizados para justificar a preponderância do controle

²² Voto Ministro Marco Aurélio, Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF), n. 54, p. 39

²³ Ganho epistêmico que resvala na superioridade ontológica do aplicador do direito.

²⁴ Alexandre Araújo Costa e Juliano Zaiden Benvindo, *op. cit.*, p. 73.

²⁵ “Nós temos um sistema em que se verifica o primado do Judiciário. A última palavra não cabe ao setor político, cabe ao Judiciário, o órgão de cúpula, o guarda da Constituição, é do Supremo” (Ministro Marco Aurélio, *apud* Costa e Benvindo, *op. cit.*, p. 77).

²⁶ No libelo em defesa da APDF, disse novamente o Ministro Marco Aurélio: “A instrumentalidade está ao alcance do Tribunal, cumprindo dar concretude ao que previsto na Carta da República. Dessa maneira, aciona-se sadia política judiciária, eliminando-se as perplexidades decorrentes de julgamentos díspares, ainda que idênticos os fatos e o arcabouço normativo” (ADPF 54, p. 40).

objetivo das normas constitucionais sobre a modalidade difusa. Decerto que as alegações acerca da maior eficiência e rapidez da prestação jurisdicional são reprisadas, mas a ênfase também recai sobre a segurança jurídica. Nesse sentido, os novos mecanismos que fazem do STF a cúpula da Administração da Justiça viriam a corrigir uma distorção do constituinte. Nada adiantaria colocar a Corte Constitucional no vértice da organização judiciária se sua condição de chefia não viesse acompanhada de instrumentos de *compliance*. O resultado seria uma jurisprudência uniforme em todo o território nacional e um sistema recursal mais racional, e, portanto, mais célere e efetivo para a cidadania.²⁷ Podemos mencionar, neste ponto, a presença da súmula vinculante como um dos instrumentos mobilizados para atingir essa finalidade de uniformização de entendimento entre o STF e as instâncias inferiores.

Seguindo seu discurso de legitimação, o STF defende que os dois movimentos identificados – a preponderância do controle concentrado e a reafirmação do STF como a cúpula do Sistema da Justiça – fariam parte da agenda política do poder constituinte, e não da instituição judiciária. Nesse sentido, o fortalecimento da Corte seria decorrência da própria necessidade de garantir a supremacia da Constituição, e, ao mesmo tempo, a tutela dos direitos fundamentais. O eventual “ativismo” do Tribunal – gerado por pauta que não lhe seria própria – nada mais representaria senão a aceitação do “convite” feito pela Carta de 1988 e pela sociedade, como disse o então Ministro Cezar Peluso.²⁸

Em resumo, teríamos um tripé argumentativo fornecido pela *intelligentsia* judiciária: passividade na ampliação das suas competências, maior racionalidade gerencial do novo modelo recursal, e, por fim, maior autoridade do STF para decidir sobre a constituição, tendo em vista seu papel de defensor das garantias fundamentais e dos direitos da minoria estabelecido pela própria Carta.

Trata-se de uma guinada e tanto para um Tribunal que até o fim dos anos 90²⁹ do século XX sequer admitia apreciar os requisitos de relevância e urgência das medi-

²⁷ A criação do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) se encaixa no mesmo fluxo centralizador. Concebido inicialmente como um órgão que possibilitaria o controle da Justiça também pela sociedade civil, rapidamente o CNJ se consolidou como mais um órgão corporativo de cúpula, sob a batuta do presidente do STF. Um dos seus últimos desdobramentos é a proposta do Ministro Lewandowski para que apenas magistrados de hierarquia igual ou superior ao juiz investigado pudessem fazer parte do colegiado disciplinar. Este pleito, se confirmado, esvaziaria totalmente as competências dos membros da sociedade civil e do Ministério Público. Sobre a configuração corporativa do CNJ, ver crítica de Frederico Almeida Normanha Ribeiro, *A Nobreza Togada: as elites jurídicas e a política da justiça no Brasil*, Tese de Doutorado, Maria Tereza Sadek (orientadora), Universidade de São Paulo, Departamento de Ciência Política, 2010.

²⁸ Valor Econômico, Entrevista, 03/10/2011.

²⁹ Andrei Koerner (“Ativismo Judicial? Jurisprudência constitucional e política no STF pós-88”, *Novos Estudos CEBRAP*, vol. 96, 2013, pp. 69-85) aponta várias razões para essa inflexão. A renovação dos quadros do STF a partir do primeiro governo Lula, tendo este optado por nomeações de juristas com diferentes perfis, porém, todos com formação mais progressista. Também contribuiu para a guinada a decisão do governo de contornar suas dificuldades de

das provisórias, sob pena de ofensa ao princípio da separação dos poderes.³⁰ Essa oscilação aponta para a presença de uma lógica judicializante, mas não somente, pouco lembrando o fluxo ascendente de empoderamento da cidadania, próprio da judicialização, tal qual discutido na sessão anterior.

Não nos interessa aqui nos aprofundarmos sobre as nuances que levaram ao texto da EC nº 45/2004³¹. Tampouco afirmar que o Executivo ou o Legislativo saíram deste processo perdedores, o que seria reduzir a política a um maniqueísmo simplista, mas apontar que, a despeito da sua retórica de passividade, o STF possui uma agenda política centralizadora, tendo sido plenamente capaz de implementá-la, seja através de alterações legislativas³² ou jurisprudenciais.³³ Fica evidente que o conceito de eficiência pressuposto pela Corte está ligado à centralização, e não à utilidade do processo para a sociedade.³⁴

Todavia, fazer com que o cidadão espere o juízo imperial da Corte Suprema tem sido mais prejudicial do que se contentar com o controle de constitucionalidade feito pelas instâncias inferiores. Tanto a repercussão geral quanto a súmula vinculante têm sido instrumentalizadas pelo STF como típico instrumento de soberania

legitimação através de bandeiras reformistas, em prol de um pacto republicano pela governabilidade. A Reforma do Judiciário e seus novos instrumentos de controle concentrado e difuso teriam sido determinantes para este novo perfil.

³⁰ Ver ADI 1376, Relator Ministro Ilmar Galvão.

³¹ Ver Frederico Normanha Ribeiro Almeida, *A Nobreza Togada: as elites jurídicas e a política da justiça no Brasil*, Tese de Doutorado, Maria Tereza Sadek (orientadora), Universidade de São Paulo, Departamento de Ciência Política, 2010; e Grazielle De Albuquerque Moura Paiva, *A Reforma Do Judiciário No Brasil: O Processo Político De Tramitação Da Emenda 45*, Dissertação de Mestrado, Mônica Dias Martins (orientadora), Fortaleza, Universidade Estadual do Ceará, 2012..

³² Sobre o papel do então Presidente do STF, Nelson Jobim, disse o jornalista Juliano Basile, citado na pesquisa desenvolvida por Paiva: “A Reforma foi colocada pelo Lula, quem coordenou foi o Thomaz Bastos, que criou uma secretaria para tanto. Na época, desagradou o presidente do Supremo, Maurício Correia, que criticou muito a criação dessa secretaria e essa iniciativa de reformar a Justiça. Houve alguns desentendimentos, um deles foi marcado por aquela fala do Lula, que tinha que abrir a caixa preta do Judiciário. Então, ela começou sobre quase que um conflito entre poderes. Mas, a partir da presidência do ministro Nelson Jobim no Supremo, ela andou mais rapidamente. Pois, a partir de 2004, o Jobim concordou que era preciso Reformar o Judiciário. Então, foi possível chegar a acordos” (apud Paiva, *op. cit.*, p. 111).

³³ Como exemplo, o Ministro Gilmar Mendes, já no julgamento das chamadas “cláusulas de barreira”, ADI nº 1354/2006, se posicionou explicitamente sobre sua contrariedade ao fluxo migratório entre partidos. Menos de dois anos depois, já estava o TSE dando início à alteração do texto constitucional através de uma “interpretação principiológica integrativa”, para incluir a dita “infidelidade” como causa de perda do mandato eletivo, seja no regime proporcional, seja no regime majoritário. Ver Vitor Emanuel Marchetti Ferraz Júnior, *Poder Judiciário e competição política no Brasil: uma análise das decisões do TSE e STF sobre as regras eleitorais*, Tese de Doutorado, São Paulo, Universidade de São Paulo, 2008.

³⁴ Vale pena relembrar a interpretação acanhada que o STF dá ao princípio da duração razoável do processo. Ele se limita a mandar incluir na pauta de julgamento os *habeas corpus*.

institucional, em desprestígio da cidadania, que viu aumentar o congestionamento dos seus litígios na segunda instância.

O fato de o STF propagar a preferência dada pelo próprio constituinte ao controle objetivo de normas³⁵ – afirmação que não é confirmada pela presença avassaladora do controle difuso na pauta do tribunal³⁶ – espelha a predileção da Corte por uma Justiça mais “eficiente” do que democrática. Este tipo de juízo sobre o controle de constitucionalidade o reduz “simplesmente a submissão das leis à guilhotina anuladora judiciária”, como apontou Virgílio Afonso da Silva.³⁷ Daí a suposta eficiência do controle concentrado, capaz de ceifar de uma só vez a norma inconstitucional.³⁸

O controle subjetivo de normas, como é próprio da tradição do *commom law* que o originou, reverbera os dilemas geracionais, sendo típico exemplo de racionalidade pública.³⁹ Esse esforço coletivo de hermenêutica constitucional deveria ser preservado, e não descreditado pela racionalidade gerencial do STF, uma vez que esse rito é fundamental para colocar a Corte em contato com a sociedade,⁴⁰ sobretudo num país com diferenças regionais tão marcantes.

Evidentemente que o controle concentrado pode vir também carregado desse simbolismo discursivo, como aconteceu na ADPF nº 132.⁴¹ Todavia, o controle objetivo é menos permeável aos dilemas da pluralidade cidadã, em virtude do rol limitado de legitimados para sua proposição. Logo, ao defender as competências

³⁵ Para o Ministro Gilmar Mendes, o “a partir de 1988, todavia, somente faz sentido cogitar-se de um sistema misto se se tiver consciência de que a base desse sistema respalda-se no modelo concentrado” (apud Benvindo, *op. cit.* O mesmo disse o então Ministro Joaquim Barbosa: “[...] abstract review presents none of the disadvantages that contribute to the inefficiency of the diffuse model. A decision made by the Court under abstract review is binding for the whole judicial system and other branches of the government. Since the actors with standing to institute a challenge against a law are many and varied, the court has had the opportunity to rule on many controversial issues. As a result, the Brazilian court has become a formidable check on political majorities in power. The diffuse model of review is on the decline, as Brazil turns more frequently to abstract review” (apud Victor Ferreres Comella, “Commentary: Courts in Latin America and the Constraints of the Civil Law Tradition”. *Texas Law Review*, v. 89, 2011, pp. 1967-1975).

³⁶ Falcão *et al.* apontam que 92% dos processos que tramitam no STF são de natureza recursal, notadamente o Recurso Extraordinário e Agravo de Instrumento (2011).

³⁷ Virgílio Afonso da Silva, “O STF e o controle de constitucionalidade: deliberação, diálogo e razão pública”. *Revista de Direito Administrativo*, n. 250, 2009, p. 212.

³⁸ Mesmo no tocante ao controle concentrado, Costa e Benvindo (*op. cit.*, pp. 45-46) alertam que o STF alterou sua política, e praticamente não tem concedido liminares para suspender a eficácia da norma questionada. Assim, a declaração da inconstitucionalidade de lei tem levado em média cinco anos para ser declarada, o que diminui a “eficiência” deste rito.

³⁹ Virgílio Afonso da Silva, *op. cit.*, p. 214.

⁴⁰ A revisão da Lei da Anistia, por exemplo, poderia ser feita pelo rito do controle difuso. A presença do direito subjetivo do cidadão torturado daria muito mais peso à decisão da Corte do que o controle abstrato, cuja discussão sobre teses acabou por perpetuar o estatuto em desconhecimento com a CF/88 e a Convenção Americana de Direitos Humanos.

⁴¹ Incluiu as uniões homoafetivas nos conceitos jurídicos de união estável.

da União e incentivar uma pauta corporativa do controle concentrado dos direitos fundamentais, o STF se colocaria como instrumento de soberania do Estado e não da cidadania. Essa opção por organizar racionalmente a nação contrasta com a postura judicializante do Poder Judiciário das instâncias inferiores, ainda permeáveis às pressões da sociedade pela apropriação do texto constitucional, principais responsáveis pela “vontade de constituição” presente na República brasileira.

Ora, o que as constituições normativas do pós-1945 tiveram o mérito de realizar foi recuperar a faceta constituinte do soberano coletivo. A ação de co-instituir os projetos de vida pessoal e coletivos tornou as constituições algo muito mais complexo do que o documento que validava a governança administrativa. Essa “reenergização” republicana através do estabelecimento e fruição de direitos pela própria cidadania teve o efeito de deslocar a soberania popular das suas origens teológicas e transformá-la numa práxis coletiva de definição dos rumos do moderno através da reivindicação de direitos constitucionais.

Com efeito, a prestação jurisdicional se colocou como caminho de alargamento da representação política, transcendendo os estreitos limites da representação partidária. Através do processo judicial, o cidadão satisfaz e adquire direitos, co-instituindo os vetores do moderno pela via da hermenêutica constitucional. Esta ideia de “democracia juridificada” é o que está por trás do conceito de judicialização da política, exemplificado no direito brasileiro pela tutela de direitos difusos e coletivos através de ações civis públicas, ações populares, etc.

Nesse sentido, a pesquisa aponta que paralelamente à judicialização que está presente em todo o Sistema da Justiça brasileiro, o STF, todavia, tem aproveitado o capital simbólico outorgado pela Carta de 1988 para alargar seu papel institucional e exercer outras funções que não implicam exatamente em garantia de direitos das minorias, mas que sobre ela repercute de maneira deletéria.

Se o STF pouco tutela as garantias fundamentais no âmbito do *judicial review* concentrado, o que ele decide então? Sobre a constitucionalidade dos “atos legislativos e administrativos estaduais, cujo montante foi na maioria dos anos superior a 50% dos processos distribuídos e nunca baixou de 40% desse total”.⁴²

Essa preponderância já havia sido identificada em pesquisas pioneiras sobre o tema, como a empreendida por Vianna e Burgos.⁴³ Os dados apresentados por Costa e Benvindo, porém, dão a dimensão do impacto profundo da questão federativa sobre o controle concentrado de constitucionalidade. Apenas a legislação estadual⁴⁴ corresponde a 82% das ações diretas de inconstitucionalidade julgadas procedentes.

⁴² Costa e Benvindo, *op. cit.*, p. 36)

⁴³ Luiz Werneck Vianna; Marcelo Burgos, “Revolução Processual do Direito e Democracia Progressiva”, em Luiz Werneck Vianna (org), *A Democracia e os Três Poderes no Brasil*, Belo Horizonte, UFMG, 2002.

⁴⁴ Foram incluídas nessa categoria a lei ordinária, decreto, lei complementar, Constituição estadual e atos da Assembleia Legislativa.

Esse percentual subiria para quase 88% se fossem incluídas as ADIs contra os atos normativos do Poder Executivo estadual, bem como os atos do Poder Judiciário e Ministério Público estaduais.⁴⁵ Para fins de comparação, a legislação federal aparece em segundo lugar, com apenas 8% das ADIs julgadas procedentes.

Também no que diz respeito ao êxito, as ADIs que questionam normas estaduais também se destacam. O plenário do STF as julgou procedentes, total ou parcialmente, em 42% dos casos. Já na hipótese das normas federais, o sucesso cai para pouco menos de 11%.⁴⁶ Isso significa que as ADIs estaduais têm quase quatro vezes mais chances de sucesso que as ADIs federais.

O que esses dados apontam é que a Corte Constitucional brasileira, apesar de se autodenominar “guardiã da Constituição”, funciona, na verdade, como “guardiã da federação”. Essa “racionalização da administração pública”⁴⁷ teria como origem o impulso do centro de normalizar os atos da periferia. O lastro para a aferição da constitucionalidade seria a configuração normativa da União, numa espécie de “princípio da simetria” aplicado tanto em relação à matéria administrativa quanto à constitucional. A novidade, todavia, não estaria na prevalência dos interesses da União na dinâmica federativa, mas na forma como esses mesmos interesses são garantidos. Não se trata apenas da centralização do conteúdo administrativo, organizado em homologia às leis e atos de Brasília, mas também da sua práxis deliberativa. Caberia somente ao STF, pela via do controle concentrado de constitucionalidade, operar esse esquema de racionalização das instituições públicas periféricas, traduzindo para contemporaneidade os desafios da modernização brasileira, na verdade tão somente atualizando para o século XXI a “administrativização” do direito constitucional.

Apesar das numerosas propostas da teoria do direito contemporânea que versam sobre a práxis constitucional sob uma perspectiva não só voltada para o aprofundamento da experiência democrática, como também comprometida com o alargamento de espaços de deliberação, a maneira com que a Corte constitucional funciona praticamente corta pela raiz os benefícios que essas teorias poderiam trazer em termos do fortalecimento de uma racionalidade deliberativa. Podemos dizer, no contexto do funcionamento das instituições jurídicas e políticas contemporâneas, que argumentação e centralização são termos que se estranham.

Logo, como podemos constatar, o perfil das decisões do STF no controle concentrado de constitucionalidade subverte as premissas normativas que impulsionaram o *judicial review* no pós-guerra. Embora se apoie em um argumento *ex post facto*, isto é, na circunstância de que seria o “guardião da constituição”, porque defenderia

⁴⁵ Dados da pesquisa de Costa e Benvindo (op. cit.), disponível em http://public.tableau.com/profile/alexandre5110#!/vizhome/ControledeConstitucionalidadeviaADIDivulgao/4_1RequerentesporanodisinguindoFE, acesso em 20/03/2015.

⁴⁶ *Idem*.

⁴⁷ Luiz Werneck Vianna *et al*, “Dezessete anos de judicialização da política”. Tempo Social, 2007, pp. 39-85.

os direitos fundamentais da cidadania, as pesquisas analisadas mostram que, na verdade, sua condição de “guarda” é posta de antemão, já que a efetivação de direitos ocupa lugar secundário na sua agenda centralizadora. Esse raciocínio retroativo da Corte, uma vez revelado, mostra que o *status* de “intérprete supremo” foi auto-atribuído, não se ligando ao seu desempenho republicano, e, pior, em prejuízo de uma hermenêutica constitucional socializada. Ao invés de privilegiar o normativismo da democracia juridificada “por baixo”, há a reintrodução da demiurgia dos centros únicos de atribuição de sentido, blindado pela postura vertical e oracular da Corte Constitucional.⁴⁸

Com uma nova roupagem, mas ainda assim tão problemático quanto em épocas passadas, retorna o mito de uma hermética e precisa técnica dos magistrados, inacessível e incontaminada pela irracionalidade política da sociedade civil, mas que se coloca como capaz de tutelar os seus interesses, que aqui devem permanecer à deriva até que possam ser objeto da consideração da Corte. Talvez tudo isso, bem no fundo, venha a indicar que, por trás da promessa de uma “Constituição cidadã”, temos presenciado uma realidade que bem poderíamos nomear de “Constituição corporativa”.⁴⁹

Ou seja: para além da estrutura normativa que carrega consigo e que transformou radicalmente a ordem jurídica nacional, a “Constituição cidadã” traz uma poderosa retórica progressista ao mesmo tempo em que estabelece um espaço, ainda que velado, de proteção dos interesses que nada têm a ver com os direitos e garantias fundamentais dos cidadãos, a exemplo dos já mencionados interesses corporativos. A maciça presença desses interesses no panorama institucional jurídico e político já é mais do que suficiente para levantar suspeitas sobre a disseminação de um certo espírito progressista que, a princípio, pareceu tomar conta das instituições brasileiras no cenário pós-88.

3. Conclusão

A crítica ao perfil processual e decisório do STF apontou que a tendência a centralizar o sistema da Justiça na própria Corte – transformando-a no vértice do controle difuso e no “guardião da constituição” no controle concentrado propositalmente alargado – acabou por dificultar a abertura do Tribunal aos *inputs* vindos da sociedade, na medida em que impôs a cognição do centro sobre a periferia. Essa premissa, típica do racionalismo continental e da lógica federalista, remete à

⁴⁸ A introdução da chamada súmula vinculante agravou a verticalização. Haveria a utilização do precedente do *commom law*, sem que o STF abrisse mão da sua posição hierárquica no *civil law*.

⁴⁹ Tal terminologia fora aventada em intervenção do professor Thomas da Rosa de Bustamante, no II Congresso de Direito Constitucional de Filosofia Política, realizado na Faculdade Dom Helder Câmara, em Belo Horizonte, no ano de 2015.

presunção de que o centro é portador da racionalidade, cuja presença na periferia traria mais liberdade, ao afastar o despotismo local.⁵⁰

Apesar de estar defendendo imediatamente os interesses da União, a práxis centralizadora do STF se coaduna com a estratégia política do soberano que está a defender a Nação, por conta da sua cognição superior e sua vontade proba. Ao invés de um “patriotismo constitucional”,⁵¹ a atuação ativista da Corte rememora, mediante a hermenêutica constitucional de uma comunidade fechada de intérpretes, a lógica de vertebração da nação pelo soberano.

No entanto, se quisermos fazer do cerne da Constituição de 88 e de sua história a dimensão de cidadania, cabe à sociedade, e não a corporações auto interessadas, assumir o protagonismo da definição de seu conteúdo, inclusive nos meios de controle dos poderes políticos. Isso não significa nem abrir mão da política, nem abrir mão do Judiciário, mas manter sobre ambos vigilância crítica, capaz de coibir seus abusos e fortalecer suas vantagens mútuas, como o liame de representação popular contido nos mandatos parlamentares, de um lado, e a capacidade de escapar a pressões do calendário eleitoral e da regra majoritária possuída pelos juizes, do outro. Em ambos os casos, porém, como salienta Habermas, pensando as entranhas do exercício do poder político como necessariamente uma caixa de ressonância das demandas de uma sociedade civil pautada pelo livre debate dos assuntos que lhes são caros. Se a Constituição é cidadã, seu principal objetivo é garantir essa liberdade da sociedade civil, para que sua própria leitura também encontre nessa sociedade civil, e não em interesses corporativos, o contexto que todo texto precisa para adquirir sentido.

Portanto, podemos conceber a Constituição como portadora de uma linguagem que pode ser – e, em certo sentido, deve ser – mobilizada pelos cidadãos para a expansão ou mesmo o reconhecimento dos seus direitos. Neste sentido, assumimos que a justiça é um espaço de consideração e deliberação de demandas sociais sem, contudo, submeter a sua linguagem, os seus procedimentos e mesmo a função que ocupa na estrutura institucional, à linguagem da política. Nessa sua linguagem, partilhada entre sociedade civil e instituições, o que temos é a possibilidade de redefinir o que outrora eram consideradas demandas estritamente políticas em ações jurídicas. Os significados dos direitos trazidos pelas Constituições se encontram em contínua transformação em virtude do papel que desempenham tanto na prestação jurisdicional quanto no reconhecimento de múltiplas pretensões políticas que emergem dos mais distintos segmentos da sociedade.

⁵⁰ Helena Colodetti Gonçalves Silveira, *Direito e Modernização brasileira: o papel civilizatório da jurisdição constitucional*, Tese de doutorado, Gisele Cittadino (Orientadora), Rio de Janeiro, Puc-Rio, 2015; e Igor Suzano Machado, “O Poder Central como agente racionalizador na política brasileira: antecedentes históricos e reminiscências na atual judicialização da política”, *Revista de Direitos e Garantias Fundamentais*, n. 13, 2013, pp. 49-75.

⁵¹ Jürgen Habermas, *Between facts and norms*, Cambridge, MIT Press, 1996.

Referências bibliográficas

- ALMEIDA, Frederico Normanha Ribeiro, *A Nobreza Togada: as elites jurídicas e a política da justiça no Brasil*, Tese de Doutorado, Maria Tereza Sadek (orientadora), Universidade de São Paulo, Departamento de Ciência Política, 2010.
- ARANTES, Rogério Bastos, “Cortes Constitucionais”, em Leonardo AVRITZER (comps.), *Dimensões políticas da justiça*, Rio de Janeiro, Civilização Brasileira, 2013.
- ARAÚJO, Gisele Silva, “Judicialização da política: as possibilidades da democracia para além do monismo político e identitário”, em Luiz Eduardo MOTTA e Maurício MOTA (comps.), *O Estado Democrático de Direito em Questão: teorias críticas da judicialização da política*, Rio de Janeiro, Elsevier, 2011.
- AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli de, “Estado e Direito como sistemas autopoieticos: uma abordagem da teoria dos Sistemas de Niklas Luhmann”, em Daniel DE MENDONÇA e Léo Peixoto RODRIGUES (comps.), *Ernesto Laclau e Niklas Luhmann: pós-fundacionismo, abordagem sistêmica e as organizações sociais*, Porto Alegre, EdIPUCRS, 2006.
- BELLAMY, Richard, *Political Constitutionalism: a republican defense of the constitutionality of democracy*, Nova Iorque, Cambridge University Press, 2010.
- COMELLA, Victor Ferreres. “Commentary: Courts in Latin America and the Constraints of the Civil Law Tradition”. *Texas Law Review*, v. 89, 2011, pp. 1967-1975.
- COSTA, Alexandre Araújo; Juliano Zaiden BENVINDO, *A Quem Interessa o Controle Concentrado de Constitucionalidade?: O Descompasso entre Teoria e Prática na Defesa dos Direitos Fundamentais*. Working Paper, 2014 (SSRN). Disponível em http://www.ufjf.br/siddharta_legale/files/2014/07/Alexandra-Costa-e-Juliano-Zaiden-a-quem-interessa-o-controle.pdf.
- DWORKIN, Ronald. *Justice in robes*, Cambridge/Londres, The Belknap Press of Harvard University Press, 2006.
- FALCÃO, Joaquim; Pablo de Camargo CERDEIRA, Diego Werneck ARGUELHES, *I Relatório Supremo em Números: o múltiplo supremo*, Fundação Getúlio Vargas, 2011.
- FERRAZ JÚNIOR, Vitor Emanuel Marchetti. *Poder Judiciário e competição política no Brasil: uma análise das decisões do TSE e STF sobre as regras eleitorais*, Tese de Doutorado, São Paulo, Universidade de São Paulo, 2008.
- GONÇALVES, Guilherme Leite. “Entre politização e judicialização: limites estruturais do direito e da política”, em Luiz Eduardo MOTTA e Maurício MOTA (comps.), *O Estado Democrático de Direito em Questão: teorias críticas da judicialização da política*, Rio de Janeiro, Elsevier, 2011.
- HABERMAS, Jürgen. *Between facts and norms*, Cambridge, MIT Press, 1996.
- KOERNER, Andrei. “Ativismo Judicial? Jurisprudência constitucional e política no STF pós-88”, *Novos Estudos CEBRAP*, vol. 96, 2013, pp. 69-85.
- MACHADO, Igor Suzano, “O Poder Central como agente racionalizador na política brasileira: antecedentes históricos e reminiscências na atual judicialização da política”, *Revista de Direitos e Garantias Fundamentais*, n. 13, 2013, pp. 49-75.

- NEVES, Marcelo, *A constitucionalização simbólica*, 2ª edição, São Paulo, Martins Fontes, 2007 [1994].
- PAIVA, Grazielle De Albuquerque Moura, *A Reforma Do Judiciário No Brasil: O Processo Político De Tramitação Da Emenda 45*, Dissertação de Mestrado, Mônica Dias Martins (orientadora), Fortaleza, Universidade Estadual do Ceará, 2012.
- SILVEIRA, Helena Colodetti Gonçalves, *Direito e Modernização brasileira: o papel civilizatório da jurisdição constitucional*, Tese de doutorado, Gisele Cittadino (orientadora), Rio de Janeiro, Puc-Rio, 2015.
- ROSANVALLON, Pierre. *La démocratie inachevée: histoire de la souveraineté du peuple en France*, Paris, Éditions Gallimard, 2000.
- VIANNA, Luiz Werneck; Marcelo BURGOS, “Revolução Processual do Direito e Democracia Progressiva”, em Luiz Werneck VIANNA (org.), *A Democracia e os Três Poderes no Brasil*, Belo Horizonte, UFMG, 2002.
- VIANNA, Luiz Werneck, Marcelo Baumann BURGOS, Paula Martins SALLES, “Dezesseis anos de judicialização da política”. *Tempo Social*, 2007, pp. 39-85.
- VIANNA, Luiz Werneck, “O Terceiro Poder na Carta de 1988 e a tradição republicana: mudança e conservação”, em Ruben George OLIVEN *et al.* (comps.), *A Constituição de 1988 na vida brasileira*, São Paulo, HUCITEC, 2008.

VOLVER A LA TABLA DE CONTENIDO

Paúl Córdova Vinuesa* (Ecuador)

Constitucionalismo dialógico y última palabra. Una agenda de políticas deliberativas para las cortes constitucionales

RESUMEN

El trabajo inicia con una evidencia empírica: algunos sistemas jurisdiccionales latinoamericanos contienen escasos instrumentos dialógicos y cooperativos. A continuación, examina un marco analítico para plantear esquemas deliberativos que promuevan nuevas prácticas constitucionales y, en esa perspectiva, dimensionar los alcances de un activismo jurisdiccional dialógico hacia la construcción de un control democrático de constitucionalidad. Para pensar otro tipo de constitucionalismo y sus desafíos, propone una agenda básica de políticas e innovaciones institucionales para las cortes constitucionales de la región.

Palabras clave: justicia dialógica, sociedad civil y políticas constitucionales.

ZUSAMMENFASSUNG

Der Beitrag beginnt mit einem empirischen Befund: Manche lateinamerikanische Rechtssysteme verfügen nur über sehr begrenzte dialog- und kooperationsorientierte Instrumente. Anschließend untersucht der Artikel einen analytischen Rahmen, um Beratungsmodelle zu entwerfen, die die Entwicklung neuer verfassungsrechtlicher Praktiken, insbesondere dem Geltungsbereich des dialogorientierten Rechtsaktivismus zur Entwicklung einer demokratischen Normenkontrolle, dienen. Mit Blick auf eine andere Art des Konstitutionalismus sowie auf die an ihn gestellten Herausforderungen wird eine Agenda mit grundlegenden politischen Maßnahmen und Innovationen institutioneller Art für die Verfassungsgerichtshöfe der Region vorgeschlagen.

* Doctor en Jurisprudencia y docente de la Universidad Central del Ecuador. hpaulcordova@yahoo.es.

Schlagwörter: Dialogorientiertes Rechtssystem, Zivilgesellschaft und Verfassungspolitik.

ABSTRACT

This work begins with empirical evidence: some Latin American jurisdictional systems contain few dialogic and cooperative instruments. Next, it examines an analytical framework for proposing deliberative schemes that promote new constitutional practices and, from that perspective, measure the scope of a dialogic jurisdictional activism toward the construction of a democratic review of constitutionality. The work proposes a basic agenda of policies and institutional innovations for the constitutional courts in the region, as the basis for thinking about other types of constitutionalism and their challenges.

Keywords: dialogic justice, civil society and constitutional policies.

Introducción

El constitucionalismo dialógico es una alternativa institucional que complementa el modelo de democracia deliberativa, donde los órganos del poder público promueven distintos mecanismos para la búsqueda de decisiones con la participación de la sociedad e implementan procedimientos dialógicos e incluyentes para el ejercicio de sus atribuciones constitucionales.

Varios tribunales en Colombia, la India, Sudáfrica, Canadá y otros países desarrollan procesos de activismo judicial dialógico y suscitan aportes relevantes para el cambio social.¹ Uno de los grandes legados de estas jurisdicciones para el mundo constitucional es la búsqueda de decisiones deliberativas que contribuyan a redefinir su rol para superar los procesos monológicos.

¿Cómo es posible fortalecer el papel de los tribunales en la exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales? Mediante nuevas prácticas institucionales en sus litigios que permitan la deliberación entre las cortes, la sociedad civil y los poderes del Estado. Este trabajo señala que los diseños políticos latinoamericanos deben revisar sus modelos para avanzar hacia esquemas de constitucionalismos dialógicos, donde los problemas sobre los derechos y las garantías involucren a las distintas ramas del poder y a la ciudadanía para la toma de decisiones.

¹ Sobre este tema, consultar el trabajo de César Rodríguez Garavito y Diana Rodríguez Franco, *Juicio a la exclusión. El impacto de los tribunales sobre los derechos sociales en el Sur Global*, Buenos Aires, Siglo XXI Editores, 2015.

1. Punto de partida. Diseños institucionales conflictivos sin espacio para el constitucionalismo dialógico

Si partimos de la premisa de que ciertos textos constitucionales latinoamericanos recrean las disputas de poder, y no contienen suficientes mecanismos institucionales para resolverlas mediante espacios colaborativos y cooperativos (ver los casos de Ecuador, Bolivia, Brasil y Venezuela), podemos identificar que el diseño institucional imperante no logra procesar perspectivas más participativas y democráticas para la implementación de políticas dialógicas.²

Una evidencia de aquello es que los comportamientos de los actores políticos y los jueces constitucionales definen y deconstruyen la constitución en sus escalas de lenguaje cultural del conflicto político. Sería oportuno, entonces, afirmar que la norma fundamental reproduce y legitima aquellos conflictos, pero no necesariamente contiene instrumentos para su procesamiento dialógico.

Las dificultades de desempeño institucional del Estado, en cuanto a su efectividad, se deterioran o recuperan según las respuestas que ofrezca su arquetipo democratizador. Según esa perspectiva, un modelo de constitucionalismo dialógico puede intensificar los niveles de articulación institucional y reforzar los controles al poder para que funcionen sus límites. Así, el texto normativo se convierte en un lenguaje mediante el cual interpretamos los conflictos y buscamos salidas deliberativas para ellos.

El lenguaje constitucional es inacabado justamente porque no contiene la totalidad de esas experiencias. El *texto* no logra represar todos los aspectos de su realidad porque no tiene las capacidades para describir aquellas cuestiones conflictuales que lo hacen estar presente o ausente de las dislocaciones que se forman en el andamiaje estatal. Frente a ello, la interpretación constitucional funciona como un espejo vivo de los conflictos existentes en toda *norma máxima* y su incidencia en la naturaleza estatal, porque genera en su experiencia operacional dos culturas: la cultura democrática y la cultura del constitucionalismo autoritario.

La *norma máxima* no puede acumular en ella la totalidad de la experiencia estatal, sino que requiere intensos procesos dialógicos de los actores institucionales. Los conflictos políticos de esa institucionalidad se encuentran represados en su lenguaje escrito. Empero, el procesamiento y entendimiento de aquellos rebasan el lenguaje y sus tiempos porque varios de sus elementos constitutivos están fuera de los ámbitos que diseña el lenguaje constitucional. Los derechos y las garantías son otros modos de comunicar los controles al poder, y aunque este construye su propio lenguaje frente al de la constitución, la forma de preservar la supremacía de ella

² Al respecto, ver el trabajo de Roberto Gargarella, "Nuevo constitucionalismo frente al sistema de los frenos y contrapesos", en Roberto Gargarella (comp.), *Por una justicia dialógica. El poder judicial como promotor de la deliberación democrática*, Buenos Aires, Siglo XXI Editores, 2014, pp. 119 y ss.

radica en que el lenguaje del poder no se convierta en autónomo e independiente del definido por la norma iusfundamental.

Desde luego, la interpretación debe volver traducible el lenguaje constitucional a las formas en que se construyen culturalmente los conflictos –re-conociendo sus contextos– y sus resultados, precisamente porque esa tarea interpretativa también es un proceso y un efecto cultural que provoca más disputas político-institucionales, al tiempo que expande mayores representaciones para su comprensión y transforma las claves del conocimiento sobre su realidad.

1.1. Tribunales deliberativos para un diálogo constitucional

Las máximas cortes y magistraturas requieren una permanente interrelación con la ciudadanía y políticas participativas con otras ramas del poder público para mejorar el desempeño de los procesos constitucionales.

Cuando les corresponde ejercer interpretaciones y controles de constitucionalidad, y velar por el cumplimiento de procedimientos iusfundamentales no están desarrollando un rol que no le compete a la ciudadanía. Ella debe ser parte de esos procesos. Pero, eso es posible cuando es capaz de intervenir y participar con argumentos razonados y racionales en la esfera pública para conocer y opinar en la interpretación de la ley fundamental. Para ello, los jueces deben discutir cómo entienden su papel y cómo pueden aportar para reactivarlo con lógicas deliberativas y participativas.

El núcleo de la interpretación constitucional es dinámico. Los argumentos legales-fácticos son confrontados, remodelados y reorganizados para definir la última palabra. El juez ejerce un rol preponderante para crear o reproducir el derecho existente. Y en la búsqueda de sus definiciones, es capaz de trastocar, derribar o desechar fundamentos nuevos o tradicionales para dar espacio a la visión que cree de la constitución. Esta función no está desprovista de politicidad. Su quehacer consiste en hurgar los presupuestos normativos para enlazarlos con las diversidades y realidades sociales que son sujetas a su conocimiento, donde deben encontrar los contrastes o desequilibrios para prever dónde puede estar la salida. En ese ámbito, los jueces combinan una labor jurídico-política porque asumen modos de comprensión y razonamiento legal para la institucionalidad y las relaciones de poder que existen en la sociedad y sus procesos conflictuales, donde deben asumir las subjetividades políticas para encarar los lugares que definen la vida en común: formas organizativas, variadas disputas, costumbres y desarraigos, intereses y sus desplazamientos, es decir cómo afrontan las perspectivas y los dilemas que encierra la vida cotidiana.

Todo aquello que hace el juez (cómo piensa y se comporta) también está construido por su posición con relación al derecho y sus pensamientos dominantes. Esta relación es determinante para entender sus decisiones. Puede ser capaz de romper de forma radical con su pasado –usar razonamientos similares o afines que le asistieron en casos anteriores– o de concretar una salida innovadora y reciente –argumentos y

razonamientos nuevos-. Así, en todo momento, apunta a una dirección que marca también una posición con relación al poder.

La capacidad política del juez en su accionar consiste en desafiar los dominios ilimitados del derecho para hacerlo actuar en los problemas cotidianos y prácticos. El operador de justicia es un constructor del contexto político de la justicia y es también su consecuencia. Sus prescripciones se inscriben para reproducir o alterar ese contexto. Por ello, sus métodos y prácticas para entender y actuar con la norma jurídica son también las posturas políticas que emplea para aplicarla. Las contradicciones sociales que se expresan en la sociedad reciben respuestas de los jueces para blindarles mayor seguridad o reformular sus cimientos. El derecho puede entrañar esas contradicciones o perpetuarlas. Entonces, el juez puede plantear los resultados posibles y dar paso a las consecuencias políticas que generan la vigencia de una norma. Este rol manifiesta modos distintivos de pensamiento a la comprensión (política) del derecho. El juez constitucional genera y propone alternativas para analizar en qué momento se halla el derecho frente a una situación concreta, para sugerir hacia dónde se encamina y qué debe hacerse al respecto. La política y lo político del derecho requieren la intermediación del operador constitucional para revelar las precisiones normativas y fácticas sobre los problemas que enfrentan.

Los sentidos interpretativos de la constitución pueden estancarse o también pueden distorsionarse en la voluntad de los jueces. A posteriori no es complicado detectar varios mensajes interpretativos que preceden a las dificultades mayores derivadas de las tareas de los jueces. Ellos son los responsables de hacer posible un derecho que entienda y facilite la vida de los pueblos, o de retardar las formas de materializar los derechos y el derecho en las comunidades. ¿Puede el derecho ofrecer posibilidades de solución a los problemas actuales de la gente? Los argumentos y las respuestas a esta pregunta, así como las formas de contestar que tienen los jueces, son cuestiones de acción política y que entrañan un rol político.

El derecho opera a partir de un estado de cosas y también funda ese estado. Los actores de la jurisdicción constitucional actúan en ese contexto para darle un sentido al derecho desde sus concepciones intersubjetivas políticas de la justicia, el orden, la autoridad y la norma, donde establecen su posición en ese estado de cosas. Los jueces también adaptan políticamente ese estado mediante la coerción o el consentimiento para dar forma a los detonantes jurídicos que lo profundizan, y ese quehacer es la continuación del ejercicio para dar vigencia al cómo y al porqué de las proposiciones normativas en cada momento que está sujeto a su determinación.

La adjudicación iusfundamental se sustenta en discusiones políticas y filosóficas sobre los derechos y las garantías para la comunidad. Y esas discusiones no pueden cerrarse ni agotarse en los criterios exclusivos de los operadores de justicia. Por tanto, de lo que se trata es de abrir esas discusiones a la comunidad y que sea la promotora, impulsadora e instancia decisiva en esos debates. Los modelos institucionales latinoamericanos se caracterizan por consagrar procesos donde las definiciones para la interpretación de la división de poderes y la independencia judicial se restringen

a la intervención de la actoría institucional, y deja por fuera –generalmente– las innovaciones y diversidades que los actores sociales pueden contribuir en la búsqueda de esas definiciones.

Huelga señalar que ciertos diseños latinoamericanos atraviesan serios fenómenos marcados por la crisis del control de constitucionalidad (revisar los casos de Ecuador, Brasil, Venezuela, Argentina y Bolivia), donde aparecen variados procesos conflictuales como: i) mayores diputas políticas de los jueces constitucionales con los actores político-partidarios; ii) entrecruzamientos permanentes de las decisiones judiciales en las políticas públicas y en gestión del Ejecutivo; y iii) la ascensión del poder judicial con su intervención constante en las políticas institucionales y sus frágiles límites.

Las cuestiones políticas y el tratamiento judicial para su resolución no pueden agotarse en los votos solitarios de un grupo de jueces. Son cuestiones que merecen ser discutidas en escenarios múltiples: con y para la sociedad. A propósito, la naturaleza actual de los Estados está signada por distintos tipos de intromisiones judiciales en los procesos de formación de la voluntad gubernamental. Los roces y abusos que pueden suscitarse en el quehacer judicial pueden causar trastornos en los procesos constitucionales. Si bien no se trata de cuestionar la trascendencia del papel jurisdiccional en los equilibrios estatales, sí hay que advertir que frente a un excesivo judicialismo, como paradigma de la última palabra constitucional, la reactivación de las voces y protagonismos populares pueden ser instrumentos de democratización para los conflictos políticos.

Las autoridades de elección popular expresan decisiones de la voluntad soberana y los fallos de los jueces no pueden ir más allá de esas decisiones ni alterarlas. Su actuación no puede reivindicar únicamente la impronta de mayorías judiciales como forma de expresión democrática en la adopción de sus fallos por la presencia del voto de los jueces. Frente a ello, los constitucionalismos necesitan intermediaciones dialógicas e instancias deliberativas con la participación social para contener y conectar el quehacer judicial con las agencias estatales mediante las discusiones argumentativas de sus pugnas para mirar cómo dirimir la constitución y ayudar a pensar su destino. La voluntad ciudadana debe estar presente en las instancias judiciales y en los repertorios del Ejecutivo y sus políticas.

Por otra parte, los debates de los jueces sobre los alcances de los derechos reconocidos en la constitución están permeados por decisiones políticas, que no atañen únicamente a los poderes públicos, porque atraviesan e inciden en temas complejos que implican las formas como una sociedad construye sus derechos. Por citar unos ejemplos, pueden mencionarse la justicia indígena, la plurinacionalidad, los derechos de pueblos y nacionalidades, la interculturalidad, entre otros.

Y es que no está en cuestionamiento que los jueces intervengan en los conflictos políticos –porque su tarea está pensada para ello–; lo indispensable en la propuesta de modelos conversacionales y dialógicos es que su intervención se rijan por parámetros argumentativos y deliberativos con los poderes públicos y la sociedad. Por

cierto, que esa exigencia responde a que los operadores de justicia constitucional deben defender justamente los principios de la democracia, lo cual, generalmente, implicaría suscitar permanentes disgustos al poder, incomodarlo, ponerlo en evidencia, expurgar sus reales pretensiones; y esto, por una simple razón: el poder democrático debe siempre volver a la sociedad, no enquistarse en el Estado.

1.1.1. Activismo jurisdiccional dialógico y conversacional para un control constitucional democrático

¿Existe primacía de los poderes políticos del intérprete sobre los límites normativos? Si bien la interpretación final de la constitucionalidad de los actos de los poderes públicos le corresponde al máximo organismo o tribunal de cierre constitucional,³ este es un rol eminentemente político. No obstante, también requiere discutir sobre sus controles y los alcances de su independencia con la evaluación de sus conflictos institucionales porque, de lo contrario, estamos frente a escenarios jurisdiccionales con poderes ilimitados.

Puede ser una tragedia vivir bajo este aforismo: “La constitución es lo que los jueces dicen que es”;⁴ sin embargo, lo medular para nuestras democracias constitucionales es asumir que necesitamos instrumentos que puedan contener al poder porque i) existen poderes otorgados que ii) deben funcionar a partir de controles recíprocos. Y el punto central para discutir es que el control de los controles es el control de constitucionalidad.

Pero, para posicionar ese control, el organismo encargado de hacerlo debe cuidar de no caer en ejercer controles descontrolados. Su tarea es defender la supremacía constitucional y, a partir de allí, sus fallos pueden caer en la tentación de defender la supremacía institucional del organismo que los emite frente a la carta máxima, cuando de lo que se trata es de bregar por la defensa del ordenamiento constitucional y no de una institución.

³ Conforme el diseño institucional de cada Estado, compete este tipo de control al tribunal o corte constitucional o corte suprema de la función judicial. Lo interesante de discutir este tema, y acercarlo a la naturaleza política de sus actores, radica en reconocer que la configuración de estos organismos puede sobrepasar el poder que poseen las *funciones* del Estado y convertirse en un megapoder, o incluso un poder constituyente permanente. Por consiguiente, es pertinente formular la siguiente pregunta aplicable según las variantes para cada caso: la corte constitucional, ¿un poder con más poder que otros poderes del Estado? La pregunta original fue planteada en los siguientes términos: “La Corte Suprema, ¿un poder con más poder que los otros poderes?”, pertenece a Germán Bidart Campos y consta en su obra *La Corte Suprema*. La utilizo cambiada en esta sección para expresar la racionalidad política de los jueces y enfrentarla a otros contenidos conceptuales y categorías analíticas con relación a los límites del control e interpretación constitucional.

⁴ Jorge Bercholz explica dos posiciones sobre la autoría de este aforismo: según G. Bidart Campos, le corresponde a Hughes, mientras que Juan Carlos Hitters la atribuye a Cooley (ver *La independencia de la Corte Suprema a través del control de constitucionalidad respecto de los otros poderes políticos del Estado (1935-1998)*, Buenos Aires, Ediar, 2004, p. 32. Para mayor información ver pie de página 25).

No es pertinente pretender exigir los mismos estándares de independencia judicial que a los jueces de primer nivel, porque el juez constitucional es un actor político que debe elegir, entre diversas opciones hermenéuticas constitucionales, la que más convenga para la plena vigencia de la república democrática. No hay que perder de vista que son políticos porque tienen y usan un poder frente a las expresiones políticas de los demás poderes del Estado.

El óbice surge cuando por ser el máximo órgano que concretiza la norma iusfundamental cree estar exento de límites interpretativos, o que estos no deben tener controles por tratarse del más alto instrumento jurídico. El límite trascendental de la interpretación constitucional debe trazarse por el desafío de buscar un constitucionalismo dialógico con otros poderes del Estado, no en imponer su visión político-jurídica frente a aquellos, ni en reemplazarlos en sus funciones.

Otro de los límites interpretativos es que la tarea del máximo tribunal no consiste en entregar, permanentemente, significados modificatorios de la constitución, sino en afianzar su estabilidad normativa. El poder de la corte o tribunal constitucional debe discutirse a partir de reconocer que está sujeto a presiones políticas de otras funciones del Estado, reconocimiento que no debe ser en un sentido peyorativo, sino con la finalidad de asegurar que el control de constitucionalidad no puede convertirse en un poder que les corresponde a otros órganos del Estado.

El control constitucional es un poder que necesita tener concreciones puntuales y restrictivas porque una institución, por más trascendental que sea para la vida constitucional, no puede ser más fuerte que el conjunto de la institucionalidad estatal. ¿Cuáles son los controles independientes que pueden activarse para hacer valer la autorrestricción de los jueces constitucionales?

Hay que empezar por que los jueces constitucionales deben explicitar y transparentar sus posiciones políticas, puesto que eso ayudaría a que la sociedad les exija definir los límites de su poder en los asuntos y procesos que traten.

No es posible discutir su poder a partir de que los jueces constitucionales nieguen o ignoren su actoría política. Deben aceptarlo, precisamente, como una muestra de interés y preocupación para el desarrollo del pluralismo jurídico como una corriente de interpretación que exige la hermenéutica moderna por una razón cardinal: administrar justicia iusfundamental exige también que tengan un poder para hacer control constitucional, y ese poder no es exclusivamente técnico-jurídico, está más allá (o por fuera) de las luchas políticas. Ese es un poder que actúa sobre/para aquellas.

Si no discutimos la justicia constitucional en términos del aparato político del Estado, las coaliciones gobernantes y las fuerzas apolíticas en disputa en cada momento histórico, no es posible cambiar la forma como funciona esa justicia en la práctica.

Si no debatimos, desde los factores reales de poder de la institucionalidad y sus microfísicas, no es posible desenmarañar sus vínculos políticos porque seguiremos esperando que usen exclusivamente un ropaje institucional que les desborda.

Hay dos retos pendientes para discutir el rol político de los miembros de una corte o tribunal constitucional: i) su designación está en manos del poder político y ii) la autoridad de los jueces de este alto tribunal debe ser políticamente limitada;

es decir, cuando se pronuncia en cuestiones constitucionales no puede desestimar o desconocer las perspectivas de otras instituciones (más) democráticas.

Su desafío está en cómo puede construir un diálogo político transparente con ellas y con la sociedad. Lo clave también está en entender que su poder no puede ser mayor que el de la ciudadanía y su constitución. Para ello, el gran consenso debe ser reconocer que no pueden estar por encima de las demás funciones y de la ley suprema. Ser su guardián no supone ubicarse en el mismo nivel o más allá de la supremacía de ella.

El gran tema pendiente es cómo incorporar al sistema de justicia constitucional mecanismos deliberativos abiertos para que los ciudadanos también participen de los procesos interpretativos de la constitución.

Necesitamos actualizar y reformar el diseño institucional vigente para fijar límites oportunos hacia las condiciones del ejercicio interpretativo, así como para los parámetros de habilitación de los jueces en el control constitucional. Estos aspectos indispensables deben promoverse, tanto en la etapa de designación como en el momento de ejercicio de funciones de los miembros del máximo tribunal.

El ejercicio del control de constitucionalidad implica intervenir en los conflictos políticos sin despolitizar el accionar y la argumentación de los jueces, sino a partir de exigirles una deliberación política pública, la cual debemos pedirle que se ubique en uno de los intereses republicanos para servir a los propósitos de los frenos y contrapesos institucionales: no para anularlos.

Las brechas interpretativas entre lo que la constitución dice y lo que los jueces deciden que esta dice, no se cierran desde la negación o el purismo apolítico de los magistrados, sino a partir de su convencimiento de que son actores políticos y jurisdiccionales que deben estar abiertos a discutir políticamente con la sociedad sin vaciar sus fallos de contenidos políticos, sino incorporándolos en la agenda pública con deliberación social y procedimientos dialógicos con la institucionalidad.

Debido a los poderes, capacidades y lugar institucional, los tribunales pueden aportar, según Gargarella, para un diálogo constitucional en los Estados a partir de diferentes iniciativas democráticas como las siguientes:

Cooperar para que las normas legislativas surjan como producto de un intercambio de razones y no como la simple imposición de un grupo de interés o sector de la sociedad sobre los demás; solicitar a los legisladores que abran al público el proceso de toma de decisiones para reducir la influencia de grupos de interés; requerir a las autoridades políticas que convoquen audiencias públicas para supervisar temas complejos de la aplicación de la ley; examinar los procesos legislativos para garantizar debates genuinos; colaborar en el diseño de las soluciones y políticas frente a violaciones de derechos; convocar a reuniones públicas para promover debates abiertos⁵ para soluciones adecua-

⁵ Roberto Gargarella, "Justicia dialógica en la ejecución de los derechos sociales. Algunos argumentos de partida", en Alicia Ely Yamin y Siri Gloppen (coords.), *La lucha por los dere-*

das a las violaciones de derechos; revisar las decisiones políticas específicas y determinar si las autoridades políticas cumplieron con sus obligaciones legales en el proceso decisonal; entre otras.

2. La función de los jueces como actividad dialógica con la ciudadanía

¿Funcionan los límites normativos de la interpretación para los jueces políticos? Toda constitución expresa un proyecto político-ideológico para una sociedad; y los jueces, al convertirse en los defensores de ese designio, llegan a ser también los grandes promotores políticos de su implementación.⁶ Ubicar el carácter político de los jueces constitucionales no reside en señalar un quehacer militante partidario de estos, sino en reconocer que en el cumplimiento de sus funciones existe una naturaleza política irrefutable.⁷

El ejercicio de la tarea interpretativa y del control constitucional corresponde a funciones políticas que representan varios peligros. En palabras de Bercholz serían:

i) la tensión entre la razón de Estado y las pretendidas razones jurídicas, el también llamado “decisionismo político”; ii) el difuso y complejo límite entre su función de control de actos legislativos o de “legislador negativo” pero vedado el campo de actuación como “legislador positivo” por gracia de la división de poderes, que reserva ese ámbito a los otros poderes políticos del Estado; iii) el rol del tribunal más preocupado, o por las garantías individuales o por la consolidación del proceso político democrático como proceso de afianzamiento de las libertades públicas; iv) la función constituyente y legislativa complementaria que debe inexorablemente asumir la Corte dada la imprecisión, ambigüedad y vacíos que presentan los textos constitucionales.⁸

chos de la salud. ¿Puede la justicia ser una herramienta de cambio?, Buenos Aires, Siglo XXI Editores, 2013, pp. 289-2.

⁶ Los jueces constitucionales desempeñan una gran influencia en las relaciones políticas de la vida estatal y son quienes dan forma a la intervención de la constitución en ellas. Incluso autores como Alfonso García Figueroa ubican esta característica como uno de los requerimientos para alcanzar un proceso de constitucionalización del sistema jurídico y sostiene que “los principios constitucionales con su fuerte impronta moral y política intervienen en la argumentación política, rigen las relaciones entre los poderes del Estado y, lo que es más relevante para nuestros fines, permiten así a órganos jurisdiccionales como el tribunal constitucional entrar a examinar la argumentación política que subyace a las normas jurídicas” (“La teoría del derecho en tiempos de constitucionalismo”, en Míguel Carbonell (ed.), *Neoconstitucionalismo(s)*, Madrid, Trotta, 2009, p. 164).

⁷ García Figueroa advierte: “[L]a argumentación jurídica tiende a transformarse en argumentación moral y política, reforzando así la unidad del razonamiento práctico” (*ibid.*, p. 164).

⁸ Bercholz, *op. cit.*, pp. 32-33.

La función del juez estriba entre ampliar y expandir las garantías de los derechos o impulsar y justificar las arbitrariedades. Pero su carácter político se acentúa al máximo cuando se enfrenta al poder político para decirle sí o no; y, en ese escenario, es menester evidenciar si afianza los instrumentos jurídicos que le permitan interpretar la verdad jurídica existente, o si los desnaturaliza para posicionar falacias en procura de cristalizar una verdad política. Por ello, es inviable la división entre política y derecho.

Desacreditar un proceso legal porque aparentemente se hizo político o explicar su realidad a partir de los fenómenos de la politización de la justicia o la judicialización de la política es una visión simplista, donde se desconoce que hacer derecho es una actividad vinculada a la política.⁹ Hay que admitir que los jueces siempre han sido un poder político, y para la consagración de los fines constitucionales es indispensable empezar a tratarlos como tal. Es necesario cuestionar la independencia de la judicatura constitucional para que los propios actores institucionales se legitimen o no con su accionar, demuestren cómo usan la ley suprema y si esta tiene destinatarios especiales, analizar sus fallos en la sociedad y estudiarlos críticamente en las universidades, preguntarles si son partidarios de una república para proteger a la sociedad o si esta es la que debe salir en su defensa para recomponer sus responsabilidades republicanas.

Cuando, por ejemplo, existen casos de operadores constitucionales que salen a favor de “los derechos del Estado” y no de los individuos, es posible precisar cómo están tomando partido. Cuando reducen las garantías jurisdiccionales para desamparar a la ciudadanía, o cuando se convierten en portadores de ecos complacien-

⁹ La naturaleza política del tribunal constitucional no se refiere a la noción tradicional de “hacer política”, sino a la de “hacer derecho”, según César Landa. Este autor explica que “se trata de una concepción que nace a partir de su reconocimiento –en última instancia– como vocero del poder constituyente, en la medida que es el intérprete supremo de la constitución. Esta concepción, a su vez, se encuentra determinada tanto por sus decisiones, que pueden tener efectos políticos, como por la posibilidad de someter a control constitucional las denominadas cuestiones políticas (*political questions*). Si bien la tensión entre política y derecho es un conflicto universal y permanente, es posible afirmar que el rol jurídico-político del tribunal constitucional cobra mayor relevancia cuando acuden a esta instancia causas importantes debido al bajo consenso político entre la oposición y el Gobierno para resolverlas en sede política; generándose una alta presión en la esfera de decisión judicial por parte de los poderes públicos, pero también de los poderes privados y fácticos” (“Los precedentes constitucionales. El caso del Perú”, en Claudia Escobar García (ed.), *Teoría y práctica de la justicia constitucional*, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2010, pp. 104-105). Lo interesante en la tesis de este autor es que en realidades políticas conflictivas, el tribunal constitucional que resuelve en forma jurídica los conflictos de contenido político, económico, social o cultural “no puede hacerse la ilusión de estar situado, ante la opinión pública, por encima de las contiendas que él mismo ha de juzgar. Sino que, al estar inmerso en ellas en su rol de tribunal imparcial puede generar consensos conjugando la *ratio* y la *emotio* que toda constitución tiene, mediante las modernas técnicas de la interpretación y argumentación constitucional” (p. 105).

tes al momento de juzgar, es muy factible vislumbrar los rostros y colores con que pintan a la justicia.

La garantía jurisdiccional es un proceso bidireccional: en un primer sentido es una garantía para la defensa del derecho de la constitución, y en un segundo sentido es la protección y/o satisfacción de los derechos de las personas. Junto a lo dicho, Ferreyra sugiere lo siguiente sobre el paradigma de la defensa jurisdiccional:

Defensa ‘jurisdiccional’ de la constitución, en contraste con la defensa política de la misma, es probablemente una de las mayores contribuciones que la dogmática ha ensayado y la experiencia demostrado, para proveer a la garantía de intangibilidad de las disposiciones contenidas en el ordenamiento constitucional. Desde tal óptica, defensa jurisdiccional y defensa política marcan, bajo esta referencia, solamente la peculiar naturaleza del órgano al cual se encarga la salvaguarda de la constitución, sea este un órgano eminentemente político [...] o judicial [...] y no la propiedad –principal o accesoria– del acto por el cual se lleva a cabo tal custodia.¹⁰

En función de ese enfoque, la propuesta de Ferreyra no apunta a descifrar las razones del interrogante de si los jueces tienen o no poder político, cuando ejercen el control de constitucionalidad, sino la ubicación en la sistemática constitucional del órgano que lo desempeña, lo cual son aspectos distintos de análisis. Por ello, sugiere:

1. Es en la jurisdicción constitucional donde con más vigor que en ningún otro sitio se puede observar la aguda tensión entre ‘Derecho’ y ‘Política’. Es que en estos territorios –a veces limítrofes, a veces yuxtapuestos–, se verifica la ‘judicialización’ de la política, ya que los asuntos de esta última filiación se reconducen (o deberían ser reconducidos) hacia soluciones institucionales con parámetros jurídicos constitucionales preestablecidos.¹¹

cita?

Sostengo aquí que mientras mayor es la responsabilidad jurisdiccional, mayor puede ser la actoría política. Por lo expuesto, también es indispensable que la ciudadanía impulse iniciativas propias sobre el trabajo de las cortes constitucionales y los perfiles profesionales de los jueces, como las siguientes: exigir siempre que se transparenten sus agendas de trabajo, debatir las estrategias interpretativas utilizadas por los jueces, cuestionar sus fidelidades o deslealtades al derecho, escudriñar cuál fue su tema de tesis profesional en la universidad, investigar cómo plantearon los problemas de investigación, verificar cuáles fueron las conclusiones con las que culminaron sus estudios de especialización, exigirles publicaciones para conocer

¹⁰ Raúl Gustavo Ferreyra, *Notas sobre derecho constitucional y garantías*, Buenos Aires, Ediar, 2008, p. 218.

¹¹ *Idem*.

sus formas de pensar, pedir que presenten investigaciones científicas y doctrinarias para entender cómo hacen justicia de acuerdo con el derecho.

2.1. Prácticas deliberativas entre las cortes, la sociedad civil y los poderes del Estado para renovar los sistemas institucionales de justicia

El principio democrático cuestiona la posibilidad de que un poder contramayoritario decida los aspectos más relevantes de una comunidad, y lo haga desatendiendo los eventuales espacios para la intervención y coparticipación social en tales decisiones.

Una seña muy particular que exigen los nuevos constitucionalismos es el desplazamiento protagónico del papel institucional del legislador en el funcionamiento de la democracia y el Estado al papel que asumen los jueces para defender los mandatos constitucionales. Ello supone que todos los conflictos puedan ser constitucionalizados con la finalidad de reducir el margen de influencia partidista o de algún poder que pueda presentarse en el momento de resolver las controversias. Los más disímiles aspectos de las políticas públicas y los aspectos más diversos de interés común ahora pasan a manos de los jueces constitucionales. Lo que en su momento fue la búsqueda del paradigma del gobierno de las leyes para superar el de los hombres, parecería que el nuevo imaginario reside en producir el gobierno de los jueces.

Esos mandatos constitucionales que se rigen por un orden de valores y principios también enfrentan a los jueces a mayores niveles de incertidumbre y discrecionalidad, a diferencia de un esquema positivista donde predomina el imperio de la regla por sobre ese orden axiológico. Por esta razón, es imprescindible reforzar los autocontroles, las limitaciones internas y externas, los controles sociales y sus responsabilidades hacia los jueces. Todo lo cual debe existir en un esquema estatal progresivo para evitar que aquellos fenómenos deficitarios de nuestras democracias, como la politización de la justicia (constitucional) y la judicialización de la política, sigan reproduciéndose. ¿A quién rinden cuentas los máximos examinadores en materia constitucional?

Es oportuno discutir cuáles podrían ser las garantías con que cuenta la ciudadanía para demandar mayores y mejores argumentaciones de los operadores de justicia constitucional. Al igual que contamos con algunas garantías para la tutela en derechos, es imprescindible crear políticas que también puedan ser garantías potentes para asegurar procesos dialógicos y participativos de la ciudadanía en el quehacer jurisdiccional. Las políticas innovadoras deberían estar orientadas a precautelarse dos aspectos esenciales: (i) la libertad de criterios para discutir y opinar de manera pública y transparente sobre los temas que se encuentran en conocimiento de las cortes constitucionales para su decisión, y (ii) la definición de mecanismos conciliadores entre las cortes y los demás organismos del Estado para la búsqueda de soluciones a los problemas de los derechos constitucionales.

La palabra final sobre la forma de entender o ejercer un derecho que me pertenece no la tengo yo. Esa decisión sobre cómo accedo, ejerzo y protejo mi derecho está consignada para los administradores de justicia o para un grupo de magistrados especializados. Y ahí reside una de las grandes tensiones de los constitucionalismos contemporáneos. Si las normas expresan una manifestación soberana de la colectividad, y si estas expresan los procedimientos y métodos para resguardar mis libertades y derechos como consecuencia de razones morales y racionales manifestadas en el ordenamiento jurídico, ¿cómo es posible que la última palabra sobre su eficacia y validez le concierna a un tercero que resolverá sobre mi vida?

Es probable que se traten de tensiones entre constitucionalismo y democracia, pero hay un cuestionamiento formulado por el profesor Raúl Gustavo Ferreyra que me parece oportuno citar: “¿Quiénes son los guardianes de los mandatos constitucionales? Si la respuesta corresponde exclusivamente a los jueces, entonces el resto de la sociedad no tiene ya nada más que hacer”.

Así, no serían ellos, somos nosotros. Ante ese planteamiento, yo formularía otro más incisivo: ¿Quién hizo y aprobó la constitución? El poder constituyente; y ¿quién hace y aprueba las leyes? Los legisladores como representantes del poder popular y en su nombre. Bajo este correlato, ¿por qué son los jueces los dueños de la última palabra sobre los derechos que nos conciernen a la colectividad?

Y ante esta inquietud cabrían más inquietudes en torno a cuestionar si esa palabra final está enmarcada en la voluntad personal de un operador jurídico o en la voluntad constituyente. El problema radica en que nuestros modelos institucionales latinoamericanos se han empeñado recurrentemente en designar y buscar defensores específicos del texto constitucionales; y, con ello, excluyen a los individuos y pueblos de convertirse en permanentes custodios. Incluso, la tradición conceptual de autores como Kelsen y Schmitt estuvo muy preocupada por reafirmar el funcionamiento de estructuras judiciales y constitucionales que dotaran a instancias estatales de preservar ese rol con exclusividad.

Más todavía, en ese contexto, se reactivaría un dilema esencial del derecho constitucional: las decisiones más relevantes y las que marcan nuestro mundo de la vida están en las manos de un poder contramayoritario sin legitimidad de origen popular. ¿Cuáles son los artificios institucionales que hacen que el poder soberano no mande y no alcance a la última frase de un juez? No está en entredicho que su elección provenga de autoridades democráticas, pero el debate ha sido sintetizado por Roberto Gargarella de esta manera: “¿Por qué la rama del poder menos democrática (en tanto no elegimos directamente a sus miembros, ni podemos removerlos cuando estamos en desacuerdo con ellos) puede ‘derrotar’ a las ramas que se encuentran bajo nuestro control?”.

Pero, si el poder popular está vivo, ¿qué nos corresponde hacer? Activar el constitucionalismo de los pueblos para exigir y demandar más deliberación, más fundamentaciones iusfundamentales correctas (para usar la expresión de Alexy), más argumentaciones racionales y objetivas que expresen debates entre principios,

reglas y directrices. ¿Tienen los jueces la última palabra en un constitucionalismo de derechos? Si tomamos en serio el constitucionalismo popular, los jueces no tienen la última palabra.

Si logramos articular las dimensiones epistemológicas de dos tipos de constitucionalismos –el popular y el dialógico–, es factible pensar en diseños institucionales más colaborativos para compartir iniciativas desde la sociedad y desde la institucionalidad, sin desconocer su autonomía e independencia, para propiciar políticas constitucionales participativas del Estado y la ciudadanía. Entre esas políticas pueden citarse algunas sugeridas por Roberto Gargarella:

[T]ribunales que crean mecanismos destinados a monitorear el cumplimiento de sus sentencias, con la ayuda de la ciudadanía; tribunales que exhortan a los gobiernos a cumplir con ciertos derechos, o les advierten sobre el carácter inconstitucional de ciertas alternativas; tribunales que en lugar de imponer una solución a los legisladores, establecen plazos dentro de los cuales estos últimos deben remediar una situación de violación de derechos; tribunales (y este es nuestro ejemplo favorito) que comienzan a tomar en serio el análisis de los debates legislativos, para asegurar que ellos expresen un proceso genuino de aprendizaje mutuo o, en otros términos, que esos debates no resulten meras pantallas destinadas a avalar una legislación impulsada por grupos de interés, o una decisión que el Ejecutivo se niega a discutir y mejorar junto con la oposición en el Congreso.¹²

3. A manera de conclusiones. Discutir una agenda de políticas constitucionales para los poderes públicos y la ciudadanía hacia la justicia dialógica

El modelo tradicional de los pesos y contrapesos para la vigencia de una república democrática merece una revisión crítica sobre las restricciones que ofrece en la perspectiva de un modelo jurisdiccional deliberativo entre la institucionalidad pública y la ciudadanía.

Las cortes no se encargan de definir ni implementar las políticas públicas, pero sí pueden colaborar para activar el debate legislativo a partir del conocimiento y tratamiento de sus causas, así como aportar en el proceso dialógico para la legislación de otro tipo de normativas.

¹² Paola Bergallo y Roberto Gargarella, “Presentación”, en Roberto Gargarella (comp.), *Por una justicia dialógica. El poder judicial como promotor de la deliberación democrática*, Buenos Aires, Siglo XXI Editores, 2014, p. 12.

Las tensiones de la jurisdicción constitucional pueden ser procesadas mediante otros instrumentos que permitan concebirlas como funciones cooperativas y colaborativas en constante diálogo.

Por tanto, de lo que se trata es de construir mayores mecanismos democráticos para que la vigencia de los derechos y la constitucionalización del derecho constituyan procesos acompañados y de mayor relación con la voluntad popular y su participación en la toma de decisiones de jueces y legisladores. El control popular permitirá que esos ámbitos puedan estar fortalecidos y profundizados con la finalidad de que la adjudicación constitucional no quede atrapada en la autocomplacencia y la discrecionalidad cerrada de los intérpretes judiciales y legislativos de la norma suprema.

Un proyecto democratizador de la justicia radica en que la sociedad participe en las acciones de discernimiento y argumentación de los contenidos constitucionales y que se constituyan ejercicios de debate público y deliberación social.

El desafío es promover cambios orientados a la construcción del constitucionalismo dialógico, donde a la sociedad le corresponde ejercer el derecho a discutir la última palabra con los poderes públicos y los jueces para la profundización de la democracia constitucional, y, en ese contexto institucional y jurisdiccional, las políticas constitucionales deliberativas y participativas pueden contribuir a fortalecer nuevos proyectos de constitucionalismo social y plural.

Los defensores de la constitución deben adoptar innovaciones institucionales para crear procesos de toma de decisiones con debates judiciales abiertos al público y la difusión de las discusiones a través de diferentes medios de comunicación.

La complejidad de las realidades latinoamericanas y sus problemas de desigualdad y pobreza requieren reconstruir los diseños institucionales jurisdiccionales para proyectar un diálogo permanente y sostenido entre tribunales y legislaturas para responder con otras dinámicas a los conflictos de derechos y sus garantías, con mecanismos incluyentes e inclusivos de deliberación social. Estas innovaciones también contribuirían a fortalecer los diálogos interjurisdiccionales entre tribunales locales y cortes internacionales en la protección de derechos.

¿Por qué el desarrollo del derecho constitucional latinoamericano no ha innovado para incluir el sentir y saberes de nuestros pueblos en la creación de otros métodos de interpretación constitucional? ¿Cuánto ha logrado la ciencia constitucional para desarrollar su epistemología a partir del *sentipensar* de las distintas comunidades de la región?

El desafío radica en retomar el papel de la sociedad en la interpretación constitucional, no tanto en seguir preguntándonos cómo interpretarla, sino quién debe hacerlo. La vida de nuestros pueblos, culturas y diversidades de lo que somos constituyen fuentes de derecho y derechos. Inventan nuevos referentes para la concreción material de los principios y libertades humanas, que no necesariamente son considerados por la justicia constitucional para la construcción de nuevos paradigmas argumentativos.

Debemos suscitar rupturas epistemológicas para formular otros argumentos en la interpretación, que provengan de la valoración y el reconocimiento de los aportes del devenir histórico de nuestros pueblos y el pluralismo jurídico que estos han logrado construir.

Los derechos cambiantes y las realidades latinoamericanas demandan oportunidades para pensar una nueva ciencia constitucional, donde los principios de la interpretación y de los derechos constitucionales puedan renovarse a partir de miradas prácticas del acumulado cultural y vivencial de los pueblos que integran el hemisferio.

La concreción de los derechos constitucionales debe sustentarse en diversos modelos argumentativos que surjan desde la expansión de razones públicas. Las pugnas que se suscitan en la sociedad por aquellos requieren activar una intermediación de las razones que expresan los individuos, colectivos, grupos sociales y diferentes nacionalidades que puedan estar en conflicto. No se trata de reivindicar una razón/verdad única, sino de poner atención a los sentidos que puedan aportar los sujetos de derechos para encarar las limitaciones de los modelos argumentativos, los cuales no son capaces de crear nuevas herramientas en los ámbitos de la interpretación para posibilitar otros diálogos en los escenarios jurisdiccionales y suscitar una deliberación entre las cortes y los tribunales encargados de proteger la norma máxima.

La coherencia e intensidad de la producción jurisdiccional demanda paradigmas deliberativos con las razones múltiples que subsisten en la comunidad. No sólo de razones propias, sino mediadas por legítimas razones plurales.

Las razones argumentativas pueden desarrollarse desde el reconocimiento de que nuestras sociedades son pluriculturales y multiétnicas. Sostengo aquí que falta crear esferas públicas de discusión, donde se suscite un intercambio fraterno e incluyente de identidades, de culturas, de saberes, porque esto es lo que hará viable la existencia de sociedades donde se defiendan contenidos de respeto para cada cual y de la responsabilidad solidaria universal de *uno para con el otro*.

Bibliografía

- BERGALLO, Paola y Roberto GARGARELLA, "Presentación", en Roberto Gargarella (comp.), *Por una justicia dialógica. El poder judicial como promotor de la deliberación democrática*, Buenos Aires, Siglo XXI Editores, 2014.
- BERCHOLC, Jorge, *La independencia de la Corte Suprema a través del control de constitucionalidad respecto de los otros poderes políticos del Estado (1935-1998)*, Buenos Aires, Ediar, 2004.
- CÓRDOVA VINUEZA, Paúl, *Derechos sin poder popular*, Quito, Centro Andino de Estudios Estratégicos / Centro de Estudios Construyendo Ciudadanía y Democracia de la Universidad Central del Ecuador, 2013.

- _____, “Resistencia y deliberación pública: derechos de participación para transformar las relaciones socio-estatales”, *Anales: Revista de la Universidad Central del Ecuador*, núm. 371, marzo de 2013, pp. 257-288.
- _____, “La constitución de los comunes. Constitucionalismos dialógicos para desafiar las biopolíticas”, en Pablo Eduardo SLAVIN, Támara ROGERS y Claudina ORUNESU (comps.), *Nuevos debates en filosofía y ciencia política*, Mar del Plata, Universidad Nacional de Mar del Plata, Facultad de Derecho, 2015.
- _____, “La crisis del control de constitucionalidad”, Conferencia, Universidad Católica de Colombia, Bogotá, 16 de septiembre de 2015.
- _____, “Más poder al poder. Nuevos constitucionalismos autoritarios”, Simposio, XII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional “El diseño institucional del Estado democrático” en homenaje a Fernando Hinestrosa y Carlos Restrepo Piedrahita, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 17 de septiembre de 2015.
- _____, “Interpretación constitucional intercultural y constitucionalismo popular”, Conferencia, XV Jornadas de Ciencia, Filosofía y Derecho, Universidad Nacional de Mar del Plata, Mar del Plata, 20 de noviembre de 2015.
- _____, “¿Cómo deciden los jueces? (Des)encuentros de la interpretación y argumentación jurisdiccional frente a la democracia constitucional”, *Justicia Electoral y Democracia*, año 2, núm. 3, noviembre de 2015, pp. 21-30.
- _____, “La Constitución desconstitucionalizada. Líneas jurisprudenciales del sistema de administración de justicia constitucional ecuatoriano”, en Luis Fernando TORRES (ed.), *Debate constitucional*, Quito, Cevallos, 2016.
- FERREYRA, Raúl Gustavo, *Notas sobre derecho constitucional y garantías*, Buenos Aires, Ediar, 2008.
- _____, *Fundamentos constitucionales*, Buenos Aires, Ediar, 2013.
- GARCÍA FIGUEROA, Alfonso, “La teoría del derecho en tiempos de constitucionalismo”, en Miguel CARBONELL (ed.), *Neoconstitucionalismo(s)*, Madrid, Trotta, 2009.
- GARGARELLA, Roberto, “Justicia dialógica en la ejecución de los derechos sociales. Algunos argumentos de partida”, en Alicia Ely YAMIN y Siri GLOPPEN (coords.), *La lucha por los derechos de la salud. ¿Puede la justicia ser una herramienta de cambio?*, Buenos Aires, Siglo XXI Editores, 2013.
- _____, “Nuevo constitucionalismo frente al sistema de los frenos y contrapesos”, en Roberto GARGARELLA (comp.), *Por una justicia dialógica. El poder judicial como promotor de la deliberación democrática*, Buenos Aires, Siglo XXI Editores, 2014.
- HEVIA, Martín, “Examen para candidatos a la Corte”, *El Clarín*, 1 de marzo de 2016.
- LANDA, César, “Los precedentes constitucionales. El caso del Perú”, en Claudia ESCOBAR GARCÍA (ed.), *Teoría y práctica de la justicia constitucional*, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2010.

VOLVER A LA TABLA DE CONTENIDO

William Ernesto Santamaría Alvarenga* (El Salvador)

Sentencias de la Sala de lo Constitucional: ¿ciudadanización de la democracia?

RESUMEN

Este estudio es una síntesis del rol de la Sala de lo Constitucional de El Salvador en la democracia. Se describen los motivos de los constituyentes para justificar la creación de la Sala. Se expone la importancia de su configuración subjetiva para el cumplimiento de sus funciones, y se detallan las principales resoluciones que impactaron al sistema electoral, en la medida en que dan prioridad al ciudadano como actor central de la democracia, frente al rol instrumental de los partidos políticos. Se describen las reacciones desde el poder político. Finalmente, se reflexiona sobre el rol de los jueces constitucionales en los Estados democráticos de derecho así como los alcances y límites a su potestad de control al poder político.

Palabras clave: Sala de lo Constitucional, ciudadanos, partidos políticos.

ZUSAMMENFASSUNG

Der Beitrag gibt einen Überblick über die Rolle des Verfassungssenats in der Demokratie von El Salvador. Er befasst sich zunächst mit den Motiven, die zu der Gründung des Verfassungssenats geführt haben. Anschließend geht der Artikel auf die Bedeutung der subjektiven Ausgestaltung bei der Erfüllung der Aufgaben des Verfassungssenats ein und stellt die wichtigsten Entscheidungen, die Auswirkungen auf das Wahlsystem hatten, insoweit diese den Bürgern als zentralen Akteuren der Demokratie den Vorrang gegenüber den politischen Parteien mit ihrer rein instrumentellen Rolle gaben, vor. Des Weiteren werden die Reaktionen der Politik auf diese Entscheidungen beschrieben. Abschließend werden einige Überlegungen zur Rolle der Verfas-

* Abogado y magíster en Ciencia Política de la Universidad Centroamericana José Siméon Cañas. Notario y docente en la Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales de la Universidad de El Salvador. williamsantamaria@hotmail.com.

sungsrichter im demokratischen Rechtsstaat sowie dem Geltungsbereich bzw. den Grenzen ihrer Kontrollrechte gegenüber der Politik aufgezeichnet.

Schlagwörter: Verfassungssenat, Bürger, politische Parteien.

ABSTRACT

This study summarizes the role of the Constitutional Chamber of El Salvador in democracy. It describes the motives of the constituents in justifying the creation of the Chamber. It discusses the importance of its subjective configuration for the fulfillment of its functions, and it details the main decisions that have had an impact on the electoral system, to the extent that they have prioritized citizens as central actors in democracy, in relation to the instrumental role of political parties. The study also describes the reactions of political power. Finally, it reflects on the role of constitutional judges in democratic states based on the rule of law, as well as the scope and limits of their authority to control political power.

Keywords: Constitutional Chamber, citizens, political parties.

Introducción

Este artículo presenta una descripción, desde el estricto enfoque dogmático jurídico, de las principales sentencias de la Sala de lo Constitucional de El Salvador en materia de derechos políticos y su impacto. Desde 2010, el tribunal constitucional se ha convertido en tema de debates, muchos de corte más ideológico que jurídico, debido a la diversidad de resoluciones que han afectado sensiblemente el sistema electoral y reducido la cuota de poder de decisión de los partidos políticos al nombrar funcionarios públicos. El argumento en torno al cual giran prácticamente todas estas sentencias es que, en un Estado democrático de derecho, son los ciudadanos los actores protagónicos, frente al rol instrumental de los partidos políticos. Esto, en interpretación constitucional, se estudia como el principio *pro homine*. Se pretende mostrar las más importantes resoluciones sobre esta materia, así como las reacciones desde la sociedad civil y la clase política en diversas etapas, que van desde el rechazo absoluto por parte de esta última hasta el punto de considerar a la Sala de lo Constitucional como instrumento de la actual oposición política al gobierno de turno. Finalmente se harán algunas reflexiones que, por un lado, resaltan los aciertos jurídicos de las resoluciones de la Sala de lo Constitucional, pero que, por el otro, ponen en cuestionamiento, no el reconocimiento de derechos en las sentencias, sino su eficacia real en el empoderamiento ciudadano de los instrumentos de la democracia salvadoreña.

1. Regulación jurídica de la Sala de lo Constitucional

La Constitución salvadoreña vigente, promulgada en 1983, fue la que le dio existencia formal a la Sala de lo Constitucional. Para exponer la importancia de este acto constituyente, es valioso observar las consideraciones contenidas en el *Informe Único* de la Comisión de Estudio del Proyecto de Constitución, que, según el artículo 268 de la Constitución, está considerado dentro de los documentos fidedignos para la interpretación de la carta magna vigente en El Salvador.

En ese sentido, la Comisión reconoce la importancia de regular las funciones del máximo tribunal, que en aquel entonces era denominado Sala de Amparos, conformada por tres magistrados, y por ello se creó un tribunal constitucional dependiente del Órgano Judicial, integrado por cinco magistrados y que se denominaría Sala de lo Constitucional.¹

Es por ello que el artículo 174 de la Constitución determina la existencia de una Sala de lo Constitucional dentro de la organización administrativa de la Corte Suprema de Justicia. Esta Sala tiene las funciones de conocer y resolver demandas de inconstitucionalidad (control concentrado de constitucionalidad), los procesos de amparo, inaplicabilidad, *habeas corpus*, pronunciarse sobre la constitucionalidad de un proyecto de ley en caso que los *órganos* Legislativo y Ejecutivo estén en disputa sobre ese punto, y sobre los casos en que se deban suspender o extinguir los derechos de ciudadanía en los hechos determinados por la misma Constitución.

El Órgano Judicial está conformado en su máxima jerarquía por la Corte Plena, que es el conjunto de todos los magistrados de las Salas de la Corte Suprema de Justicia. Según la Ley Orgánica Judicial, son cuatro salas, configuradas de la siguiente forma: a) Sala de lo Penal, conformada por tres magistrados; b) Sala de lo Civil, también conformada por tres magistrados; c) Sala de lo Contencioso Administrativo, conformada por cuatro magistrados, y d) Sala de lo Constitucional, conformada por cinco magistrados.² Dichos magistrados son nombrados por los diputados de la Asamblea Legislativa (Cn., artículo 131, ordinal 19°).

De esta organización administrativa, la Constitución no hace expresa referencia, excepto en el caso de la Sala de lo Constitucional, en el artículo precitado, donde además de establecer el número de magistrados, se determina que el presidente de

¹ Así lo expresa literalmente la comisión redactora de la Constitución: “[S]e estimó que un sistema apropiado intermedio entre la creación de un tribunal especial no dependiente del Poder Judicial y, la atribución a la Corte Suprema de Justicia en pleno de todos los procesos constitucionales, consistía en ampliar el número de los magistrados de la Sala de Amparos, con el nombre de Sala de lo Constitucional, otorgándole jurisdicción y competencia para el conocimiento y solución de todos los procesos de esta naturaleza” (Comisión de Estudio del Proyecto de Constitución, *Informe único*, San Salvador, Palacio Legislativo, 22 de julio de 1983).

² Asamblea Legislativa, Ley Orgánica Judicial, Decreto Legislativo 123 de 6 de junio de 1984, publicado en *Diario Oficial*, núm. 115, 20 de junio de 1984.

dicha Sala será también *el* presidente de la Corte Suprema de Justicia y del Órgano Judicial.

De importante interés resulta observar que el artículo 183 otorga a la Sala de lo Constitucional la facultad y el deber de ser el único tribunal de la Corte Suprema de Justicia con competencia para realizar el control de constitucionalidad del ordenamiento jurídico infraconstitucional. Es importante porque señala dos puntos esenciales para comprender el rol de la Sala de lo Constitucional en el Estado de derecho salvadoreño: en primer lugar, debido a su competencia especializada, se constituye como el máximo tribunal de justicia en el territorio nacional, por lo que en el Estado no existe otro tribunal superior que pueda anular sus resoluciones; en segundo lugar, las sentencias que declaran la inconstitucionalidad de las leyes infraconstitucionales tienen carácter *erga omnes*, es decir que son de obligatorio cumplimiento en todo el territorio de la República.

Se ha sostenido que la Sala de lo Constitucional no es autónoma, sino que depende del órgano judicial, ya que su regulación constitucional se ubica en la misma sección correspondiente a este órgano de Estado. No obstante, hay al menos tres resoluciones en las que la Sala, debido a sus funciones otorgadas por el poder constituyente, equipara y proclama un auténtico tribunal constitucional, al estilo de otros Estados que tienen sus tribunales constituidos fuera de la organización administrativa del poder u Órgano Judicial, debido a que reúne siete requisitos fundamentales: a) ser un órgano constitucional; b) ser un órgano jurisdiccional; c) ser un tribunal independiente, por ser el máximo tribunal de justicia del Estado; d) su configuración subjetiva está conformada por magistrados letrados e imparciales; e) es un tribunal permanente en el tiempo; f) es un órgano constitucional especializado, y g) sus integrantes son designados única y exclusivamente por la Asamblea Legislativa, por lo que dichos funcionarios gozan, no sólo de legitimación jurídica constitucional, sino también de legitimación democrática derivada.³

Por lo anterior, no es casualidad que los miembros de la Comisión de Estudio del Proyecto de Constitución hicieran énfasis en la función *política* de la Sala de lo Constitucional, al exponer en su informe: “Estimó además la Comisión que debiese ser la propia Asamblea Legislativa la que designara a los miembros de la Sala de lo Constitucional, en atención a que ellos ejercitan una función y administran una justicia que reúne caracteres de orden político, no de política partidista, sino de aquella que se refiere a la interpretación de las normas constitucionales que son normas políticas”.⁴

La Sala de lo Constitucional funciona materialmente como tal a partir del 1 de julio de 1984. Al decretarse la Constitución, el artículo 186 determinaba que el

³ Corte Suprema de Justicia, Resolución de Improcedencia 16-2011 de 27 de abril de 2011; Resolución de Improcedencia 32-2012 de 5 de junio de 2012; Sentencia de Inconstitucionalidad 71-2012 de 23 de octubre de 2013.

⁴ Comisión de Estudio del Proyecto de Constitución, *op. cit.*

período de ejercicio de los magistrados de las cuatro salas sería de cinco años con posibilidad de reelección.

No obstante, en las negociaciones en torno a los acuerdos de paz,⁵ se pactó hacer diversas reformas a la Constitución en 1991, y una de ellas fue ampliar el período de mandato de los magistrados a nueve años, con la posibilidad de ser reelectos, y se incorporó un nuevo mecanismo de elección de dichos magistrados, que consiste en que la Asamblea decide la elección con base en listas presentadas por el Consejo Nacional de la Judicatura y por elección de abogados en el libre ejercicio.⁶

Los magistrados son renovados cada tres años por terceras partes; así, cada tres años, la Asamblea Legislativa elige a cinco magistrados para sustituir a los que ya cumplieron nueve años en el mandato.⁷

Desde el inicio de sus funciones hasta mediados de 2009, la Sala de lo Constitucional ha tenido pocas resoluciones que impacten mediáticamente; prácticamente, la mayoría de sentencias sobre puntos políticos se han basado en declaratorias de inconstitucionalidad de artículos del Código Electoral sobre diversos puntos, pero ninguno de ellos tuvo mayor trascendencia en la vida política del país.

2. Configuración subjetiva de la Sala a partir de 2009

El 16 de julio de 2009, a través del Decreto Legislativo 71, la Asamblea Legislativa nombró a cinco nuevos magistrados propietarios y suplentes de la Corte Suprema de Justicia, cuatro de ellos para la Sala de lo Constitucional, cuyo período de ejercicio concluye el 15 de julio de 2018.

Los magistrados propietarios pertenecientes a la Sala de lo Constitucional que fueron elegidos son Edward Sidney Blanco Reyes, Florentín Meléndez Padilla, José Belarmino Jaime y Rodolfo Ernesto González Bonilla.

En el mismo decreto, la Asamblea acordó que el presidente de la Sala de lo Constitucional y, por tanto, de la Corte Suprema de Justicia y del *Órgano Judicial* sería el doctor José Belarmino Jaime, quien, según la organización administrativa de la Sala, fungiría como presidente hasta el 15 de julio de 2012.⁸

⁵ El Salvador pasó por una etapa de guerra civil entre las fuerzas armadas y la guerrilla conformada por el Frente Farabundo Martí para la Liberación Nacional (FMLN), que duró 12 años, desde 1980 hasta 1992. A partir de 1989, el Estado inició un proceso de negociación con la guerrilla para finalizar el conflicto armado; uno de esos acuerdos fueron diversas reformas de la Constitución, entre las que figuran las descritas en el presente estudio. Además, el FMLN fue reconocido como partido político.

⁶ Asamblea Legislativa, Decreto Legislativo 64 de 31 de octubre de 1991, publicado en el *Diario Oficial*, núm. 217, t. 313, 20 de noviembre de 1991.

⁷ Constitución de la República de El Salvador, artículo 186.

⁸ Asamblea Legislativa, Decreto Legislativo 71 de 16 de julio de 2009, publicado en el *Diario Oficial*, núm. 133, t. 384, 17 de julio de 2009.

A partir de julio, los magistrados de dicha Sala detentaban la legitimidad democrática constitucional para el ejercicio de sus funciones.

En este estudio se consideró importante no sólo exponer las resoluciones sobre derechos políticos y sistema electoral de la actual Sala de lo Constitucional, sino también hacer una breve referencia a su configuración subjetiva, es decir, a los nuevos integrantes de la Sala. Esto, por una importante razón: la Comisión de Estudio del Proyecto de Constitución, al finalizar la exposición de motivos de la actual regulación constitucional de la Sala de lo Constitucional, reconoce que “la composición de la Sala de lo Constitucional puede ser determinante para fijar en el futuro el rumbo del progreso en el cumplimiento de las disposiciones programáticas de la Constitución”⁹

Es decir que, atendiendo a lo expuesto en el informe de la comisión, para el cumplimiento de los derechos y obligaciones consagradas en la Constitución, no basta con la creación de una Sala de lo Constitucional con “funciones de orden político”, sino que es “determinante” que esté conformada por magistrados independientes y comprometidos con el cumplimiento de la Constitución, como documento de naturaleza esencialmente *jurídica y política*.

Ahora bien, las primeras resoluciones de la nueva Sala no generaron impacto en el ámbito político. De hecho, los procesos que empezaron a conocer no versaban sobre temas político-electorales. Lo que marcó el hito de la Sala de lo Constitucional en la relación entre *justicia y política* fue, a partir del 29 de julio de 2010, cuando se dictó la sentencia de inconstitucionalidad 61-2009. Esta sentencia abrió dos posibilidades novedosas y controvertidas. Novedosas por dos motivos: en primer lugar, se reconoció a los ciudadanos el derecho de votar libremente por los candidatos a diputados de la Asamblea Legislativa, a través del desbloqueo de las listas de candidatos de un partido político determinado; en segundo lugar, se permitió la existencia de candidatos no partidarios (independientes) para las elecciones de diputados a la Asamblea Legislativa. Esto a partir de una interpretación conforme y sistemática de la Constitución, en la cual incluso se armonizó a jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH).¹⁰

Como se dijo, esta sentencia, además, fue controvertida porque los partidos políticos vieron en ella la posibilidad de perder cuotas de poder político en la Asamblea Legislativa,¹¹ ya que, de implementarse dichas reformas, ya no serían ellos, sino los

⁹ Comisión de Estudio del Proyecto de Constitución, *op. cit.*

¹⁰ Corte IDH, *Caso Castañeda Gutman vs. Estados Unidos Mexicanos*, Sentencia de 18 de enero de 2012.

¹¹ Su fundamento se encuentra implícitamente en el hecho de que el mismo día de la publicación de la sentencia, la Asamblea Legislativa aprobó un acuerdo de reforma constitucional, precisamente del artículo 126, que contiene los requisitos para ser elegido diputado. En virtud de ese acuerdo se incluyó la exigencia de pertenecer a un partido político. Ver Asamblea Legislativa, Acuerdo de Reforma Constitucional 1 de 29 de julio de 2010, publicado en el *Diario Oficial*, núm. 150, t. 388, 16 de agosto de 2010. Cabe señalar que la Sala declaró inconstitucional

ciudadanos, quienes directamente decidieran la configuración subjetiva de la Asamblea Legislativa, eligiendo incluso candidatos sin afiliación partidaria.

A partir de esta sentencia, la relación entre la Sala de lo Constitucional y el poder político –no sólo en el seno de la Asamblea Legislativa sino también en el interior de los partidos políticos, y las organizaciones de la sociedad civil que trabajan con temas políticos, democráticos y electorales– se transformó de forma histórica. La Sala había sido vista siempre como una especie de apéndice subordinado al órgano legislativo y, por ende, a los partidos políticos,¹² por lo que para las organizaciones de la sociedad civil no constituía un espacio para canalizar sus demandas en materia de democracia electoral. No obstante, a partir de la Sentencia 61-2009 se produjo una ruptura en la correlación Sala de lo Constitucional-Asamblea Legislativa, al mismo tiempo que se fortaleció la confianza hacia la Sala por parte de la sociedad civil en materia de democracia en las elecciones.

Con el paso de los años, la Sala ha seguido dictando resoluciones en temas de elecciones de primer y segundo grado; además, ha ordenado en diversas ocasiones reformar los códigos electorales vigentes, incluso ha prescrito la cancelación de partidos políticos por no lograr la cantidad mínima de votos requeridos para continuar funcionando, y que habían sido “protegidos” a través de reformas a la legislación, ampliando la barrera electoral.

La Sala incluso reconoció a finales de 2014 el derecho ciudadano a la libertad total del sufragio en elecciones de diputados a la Asamblea Legislativa y el Parlamento Centroamericano,¹³ a través de las listas abiertas, es decir que, sin importar la procedencia del candidato, el ciudadano salvadoreño ahora puede elegir a quienes prefiera, sean partidarios o no, hasta la cantidad que según la circunscripción de su departamento le permita.

En virtud de esta sentencia, por ejemplo, en San Salvador, que tiene 24 diputados,¹⁴ cada ciudadano tiene el derecho de hacer hasta un total de 24 marcas, según su preferencia, sin importar si los candidatos son de partidos diferentes o incluso mezclando

este acuerdo de reforma en la Sentencia 7-2012, dictada el 16 de diciembre de 2013, y eliminó la posibilidad de que fuera ratificada e incorporada al texto de la Constitución.

¹² Los partidos políticos inscritos en El Salvador durante el desarrollo del presente estudio eran: Alianza Republicana Nacionalista (ARENA), Cambio Democrático (CD), Frente Farabundo Martí para la Liberación Nacional (FMLN), Gran Alianza por la Unidad (GANU), Partido de Conciliación Nacional (PCN) y el Partido Demócrata Cristiano (PDC). En este artículo se usarán las siglas.

¹³ El Parlamento Centroamericano (PARLACEN) es un organismo regional de integración, constituido por diputados de cada Estado parte: El Salvador, Guatemala, Honduras, Nicaragua, Panamá y República Dominicana. A partir de los resultados de las últimas elecciones en El Salvador, se rescata que por primera vez se presentó una nómina independiente de los candidatos al PARLACEN en modalidad de listas abiertas (voto cruzado), en cumplimiento de las sentencias de inconstitucionalidad 61-2009 y 48-2014.

¹⁴ Esto, según el artículo 13 del Código Electoral vigente. Asamblea Legislativa, Decreto 413 de 3 de julio de 2013, publicado en el *Diario Oficial*, núm. 138, 26 de julio de 2013.

candidatos independientes con partidarios, siempre que se marquen sólo rostros y no las banderas partidarias que encabezan cada lista.

Pero la Sala no solo ha tomado importantes decisiones en las formas de elegir candidatos a cargos de elección popular. También ha controlado el poder político en un sentido diferente: ha declarado inconstitucional diversas elecciones y nombramientos de funcionarios públicos, incluso de la misma Sala de lo Constitucional.

En ese sentido, a partir de 2011, la Sala ha declarado inconstitucionales nombramientos de magistrados del Tribunal Supremo Electoral, incluso de su presidente, Eugenio Chicas; magistrados de la Corte Suprema de Justicia, incluyendo a su presidente, José Salomón Padilla; del Fiscal General de la República; magistrados de la Corte de Cuentas de la República; del Presidente del Consejo Nacional de la Judicatura; del Ejecutivo, como el Ministro de Justicia y Seguridad Pública; y del Director General de la Policía Nacional Civil.

En tan poco tiempo (2011-2015), nunca antes una Sala de lo Constitucional había declarado inconstitucionales tal cantidad de nombramientos y elecciones de segundo grado. Las razones argumentadas por esta Sala giran, en la mayoría de casos, alrededor de dos actuaciones inconstitucionales por parte de la Asamblea Legislativa:

- a) Nombrar como funcionarios públicos a personas con afiliación partidaria, es decir que estén inscritos a un partido político determinado, lo cual, según la Sala, afecta la independencia de dichos funcionarios en el ejercicio de sus funciones, y
- b) que una misma configuración subjetiva de la Asamblea Legislativa (que dura tres años) elija dos veces a uno o varios de estos funcionarios de segundo grado, ya que, según la Sala, esto obstruye el derecho de los siguientes diputados de la Asamblea Legislativa a nombrar también a estos funcionarios, cuya renovación ocurre cada tres años, a menos que hayan sido reelegidos.

En el núcleo de estas resoluciones de la actual Sala de lo Constitucional existe un común denominador reconocido por los mismos magistrados de la Sala, tanto en sus resoluciones como ante los medios de comunicación: en la democracia, que informa el sistema político salvadoreño, la centralidad pertenece al “ciudadano” frente a la función instrumental de los partidos políticos.

A continuación se describirán las sentencias donde este común denominador es invocado por la Sala de lo Constitucional, y que ha generado cambios en los precedentes jurisprudenciales de dicho tribunal.

3. La ciudadanía como actor central de la democracia

Como se ha expresado *supra*, la Sala ha dictado diversas sentencias en materia de derechos políticos, donde se ha ordenado en distintas ocasiones a la Asamblea

Legislativa reformar o crear nuevas leyes para garantizar el cumplimiento de sus sentencias, todas ellas sobre la forma de elección de funcionarios de primer grado, es decir, la realizada de forma popular por la ciudadanía.¹⁵

Asimismo, se han declarado inconstitucionales diversos nombramientos y elecciones de funcionarios públicos porque estos o tenían afiliación partidaria o fueron electos de forma incorrecta por la Asamblea Legislativa.

Alrededor de estas resoluciones, es frecuente encontrar en la argumentación de la Sala de lo Constitucional una idea que les da sentido jurídico-político a estas sentencias: “[E]l ciudadano y su participación en la vida pública constituyen la esencia de la democracia, por encima de los partidos políticos y de grupos con intereses particulares”.¹⁶

Es decir que la Sala fundamenta sus sentencias con base en el principio *pro homine*, anteponiendo a la persona (ciudadano) frente a los partidos políticos, ya que en reiterada jurisprudencia señala su carácter instrumental,¹⁷ esto es que los partidos políticos son meros mediadores de la voluntad ciudadana, por lo que toda limitación hacia la expresión de dicha voluntad debe ser declarada inconstitucional. Lo anterior no significa, según la misma jurisprudencia, la extinción de los partidos políticos sino, por el contrario, su fortalecimiento en democracia, al exigir que sus actuaciones sean más transparentes.¹⁸

De hecho, la Sala reconoce el importante rol de los partidos políticos en la democracia, argumentando que, a pesar de ello, es el ciudadano el actor central en todo proceso democrático. Estos razonamientos han sido ampliados ante los medios de comunicación, expresando claramente en reiteradas oportunidades que los cuatro magistrados están de acuerdo en ese punto.¹⁹

La misma situación se presentó cuando la Sala declaró inconstitucional el “transfuguismo político”, es decir que diputados electos por un partido político se

¹⁵ Constitución de la República de El Salvador, artículos 80 y 83.

¹⁶ Corte Suprema de Justicia, Sentencia de Inconstitucionalidad 61-2009 de 29 de julio de 2010.

¹⁷ Por ejemplo, en las sentencias 61-2009 de 29 de julio de 2010, 7-2011 de 13 de mayo de 2011, 2-2006 de 22 de junio de 2012 y 43-2013 de 22 de agosto de 2014.

¹⁸ Corte Suprema de Justicia, Sentencia 43-2013 de 22 de agosto de 2014.

¹⁹ En 2014 se realizó un foro denominado “Los Desafíos Democráticos del Sistema Político Salvadoreño”, al que fue invitado el magistrado Rodolfo González, quien manifestó precisamente la idea que informa las sentencias sobre temas político-partidarios y político-electorales: “[R]esaltó el propósito de la línea jurisdiccional adoptada por la instancia que integra desde 2010: Colocar al ciudadano como el actor central del sistema electoral. González defendió estas sentencias de aquellos que consideran que la Sala impulsa una democracia sin partidos. Según el magistrado, esto es imposible y de hecho, el pluripartidismo constituye un pilar fundamental de la democracia” (Gerardo Arbaiza, “Hacia un sistema político que ponga al ciudadano como actor central”, *Diario Digital Contrapunto*, 28 de noviembre de 2014. Disponible en: <http://www.contrapunto.com.sv/archivo2016/reportajes/hacia-un-sistema-politico-que-ponga-al-ciudadano-como-actor-central>).

trasladaran a otro o se declararan independientes, ya que esto “perjudica la gobernabilidad democrática, porque cambian la configuración inicial *establecida por el pueblo en las urnas*”.²⁰

Una vez más, la Sala buscaba garantizar la voluntad soberana expresada en las elecciones, en el sentido que los diputados fueron electos por los ciudadanos porque formaban parte de una preferencia partidaria determinada. Es de recordar que para entonces no había sido implementado el voto cruzado, por lo que los diputados electos para el período 2012-2015 eran pertenecientes a partidos políticos y, de esa forma, fueron electos con el sistema de listas cerradas y desbloqueadas.

4. Reacciones desde el poder político y la sociedad civil

Ante la nueva visión de administrar justicia constitucional en materia política, las reacciones no se hicieron esperar. Se originó un proceso desde los partidos políticos, compuesto por tres etapas: a) búsqueda de alternativas legales para anteponerse a las resoluciones de la Sala; b) esfuerzos interpartidarios para destituir o modificar la configuración subjetiva de la Sala (sobre todo la presidencia) haciendo uso para ese fin de mecanismos legales a nivel nacional e internacional; y c) incumplimiento directo de algunas de las resoluciones de la Sala.

4.1. Búsqueda de vías legales de incumplimiento

La primera etapa inició el mismo día en que se publicó la Sentencia 61-2009, ya que la Asamblea Legislativa aprobó el Decreto de Reforma Constitucional 1, con la pretensión de reformar el artículo 126 de la Constitución, que incluiría como requisito para optar a ser diputado “ser postulado por un partido político o coalición legalmente inscritos, y en el orden de precedencia que el partido o coalición [estableciera]”.²¹

Además, ese mismo día, la Asamblea también aprobó el Acuerdo de Reforma Constitucional número dos, que reformaría el artículo 202 de la Constitución, con el fin de establecer como requisito para formar parte de los concejos municipales “ser postulados a dichos cargos por un partido político”.²²

Es importante señalar que, según el ordenamiento jurídico salvadoreño, la Constitución puede ser parcialmente reformada a través de un proceso especial que implica, en primer lugar, la aprobación de la reforma por parte de la mitad más uno

²⁰ Corte Suprema de Justicia, Sentencia de Inconstitucionalidad 66-2013 de 1 de octubre de 2014.

²¹ Acuerdo de Reforma Constitucional 1 de 29 de julio de 2010, publicado en el *Diario Oficial*, núm. 150, t. 388, 16 de agosto de 2010.

²² Acuerdo de Reforma Constitucional 2 de 29 de julio de 2010, publicado en el *Diario Oficial*, núm. 150, t. 388, 16 de agosto de 2010.

de los diputados electos y, en segundo lugar, la ratificación de dicha reforma con el voto de los dos tercios de los diputados electos en la siguiente Asamblea Legislativa.²³ Por lo que, en este caso, la Asamblea 2009-2012 sólo aprobó la reforma, a la espera que la siguiente Asamblea (2012-2015) decidiera sobre su ratificación.

Estos acuerdos de reforma constitucional tenían como objetivo dejar sin efecto las disposiciones de la Sentencia 61-2009. No obstante, seguiría teniendo los efectos jurídicos *erga omnes* mientras la reforma constitucional no fuera ratificada. Ante esta acción, la Sala declaró inconstitucional dicho acuerdo de reforma constitucional, argumentando que tienen la facultad para declarar inconstitucional cualquier decreto legislativo que sea contrario a la Constitución, incluso en el proceso de reforma constitucional.²⁴

El 16 de diciembre de 2010, casi cinco meses después de dictada la sentencia, la Asamblea Legislativa emitió un decreto que contenía las disposiciones para la postulación de las candidaturas no partidarias en las elecciones legislativas.²⁵ Pronto se observó que el Decreto colocaba a los candidatos no partidarios en posición de desigualdad frente a los candidatos postulados por los partidos políticos, ya que establecía barreras de tipo económico –pagar una fianza, exigencia de fuentes de financiamiento privado– y de elaboración de programa electoral, requisitos que no eran exigidos a los partidos políticos en ese momento. En octubre de 2011, este decreto y sus reformas fueron declarados parcialmente inconstitucionales en los artículos que reflejaban esta desigualdad, lo que obligó a volver a realizarle reformas para darle mejor adecuación.

Entre 2010 y 2011, la Sala de lo Constitucional expulsó del ordenamiento jurídico varios decretos legislativos en materia electoral, dictados para regular las elecciones de 2012, bajo el argumento de que la Asamblea legislaba para favorecer a los partidos políticos frente a los candidatos no partidarios. Además, declaró inconstitucional el nombramiento de miembros del Tribunal Supremo Electoral, ya que estaban afiliados a partidos políticos que no participaron en las elecciones presidenciales de 2009;²⁶

²³ Constitución de la República de El Salvador, artículo 248.

²⁴ Corte Suprema de Justicia, Sentencia de Inconstitucionalidad 7-2012 de 16 de diciembre de 2013.

²⁵ Decreto Legislativo 555 de 16 de diciembre de 2010, publicado en el *Diario Oficial*, núm. 8, 12 de enero de 2011.

²⁶ Según el artículo 208 de la Constitución, “[h]abrará un Tribunal Supremo Electoral que estará formado por cinco magistrados, quienes durarán cinco años en sus funciones y serán elegidos por la Asamblea Legislativa. Tres de ellos de cada una de las ternas propuestas por los tres partidos políticos o coaliciones legales que hayan obtenido mayor número de votos en la última elección presidencial. Los dos magistrados restantes serán elegidos con el voto favorable de por lo menos los dos tercios de los diputados electos, de dos ternas propuestas por la Corte Suprema de Justicia, quienes deberán reunir los requisitos para ser magistrados de las cámaras de Segunda Instancia, y no tener ninguna afiliación partidista”.

asimismo, en otra sentencia ordenó la disolución de dos partidos políticos por no alcanzar la cantidad de votos mínimos para continuar con su existencia legal.²⁷

Pero el hecho que propició mayor tensión entre ambas instituciones fue un decreto legislativo dictado el 2 de junio de 2011,²⁸ por medio del cual se reformó la ley orgánica judicial, que establecía las reglas de toma de decisión en la Sala, obligando a que todas las sentencias requirieran unanimidad de los magistrados. Con esta reforma, se obligaba a que todas las decisiones de la Sala fueran tomadas por los cinco magistrados y no por cuatro, como había sucedido anteriormente.

Lo que llamó la atención de dicha reforma no fue sólo su contenido, sino el contexto en que se decretó. Se elaboró como un decreto transitorio, es decir que según el proceso de formación de ley contemplado en la constitución, no era necesario esperar los ocho días mínimos de *vacatio legis*, tras su publicación en el *Diario Oficial*. Ese mismo día, el decreto llegó a manos del Presidente de la República, quien lo sancionó y envió al *Diario Oficial* para su publicación, por lo que la reforma entró en vigencia el mismo día en que fue decretada, fenómeno que no suele ocurrir en la dinámica del proceso de formación de ley, a menos que las reformas respondan a un carácter “urgente”.²⁹ En la elaboración de esta reforma participaron tanto el partido de izquierda (FMLN, a través del Presidente de la República) como los de derecha (ARENA, GANA, PCN y PDC).³⁰

El Decreto 743 provocó diversas reacciones de apoyo a la Sala por parte de la sociedad civil. Entre ellas, marchas³¹ y manifestaciones públicas, nacionales e internacionales,³² en repudio al decreto, considerado como un obstáculo en la de-

²⁷ Corte Suprema de Justicia, Sentencia de Inconstitucionalidad 11-2005 de 23 de noviembre de 2011.

²⁸ Asamblea Legislativa, Decreto 743 de 2 de junio de 2011, publicado en el *Diario Oficial*, núm. 391, t. 102, 2 de junio de 2011.

²⁹ Reglamento Interior de la Asamblea Legislativa, Decreto Legislativo 756 de 28 de julio de 2005, publicado en el *Diario Oficial*, núm. 198, 25 de octubre de 2005, artículo 76.

³⁰ Así se expresa en los noticieros de ese momento: “Con los votos de los partidos ARENA, GANA, PCN y PDC, la Asamblea Legislativa reformó durante la Sesión Plenaria de este jueves 2 de junio de 2011, la ‘Ley Orgánica Judicial’ incrementando de cuatro a cinco, el número de votos con los que la Sala de lo Constitucional puede emitir sus fallos” (“Partidos de derecha aprueban Decreto 743 que busca frenar actuación de Sala de lo Constitucional”, *El Salvador Noticias.net*, 2 de junio de 2011. Disponible en: <http://www.elsalvadornoticias.net/2011/06/02/partidos-de-derecha-aprueban-reforma-que-busca-frenar-actuacion-de-sala-de-lo-constitucional/>).

³¹ Para detalles sobre las manifestaciones que se originaron en torno al Decreto 743, ver “A dos años de la derogatoria del 743”, *Mediolleno*, 2 de junio de 2013. Disponible en: <http://mediolleno.com.sv/noticias/a-dos-anos-de-la-derogatoria-del-743>.

³² La congresista Ana Sol Gutiérrez, del estado de Maryland y de ascendencia salvadoreña, recibió en entrevista al magistrado Sydney Blanco, quien le comentó la situación que estaba ocurriendo en El Salvador. Ella hizo una “fuerte crítica el miércoles 13 de julio al Presidente salvadoreño Mauricio Funes, ante la firma del decreto 743 que fue estampada por el mandatario y que busca que la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema, apruebe recursos de

mocracia del Estado de derecho por la independencia que la Sala había mostrado –por primera vez en su historia– frente al poder político.

Hubo también reacciones en contra del decreto por parte del Procurador para la Defensa de los Derechos Humanos,³³ e incluso del FMLN,³⁴ criticando la decisión de aprobarlo de los partidos de derecha, aunque aclarando que como partido advierten que la Sala estaba “legislando” con sus sentencias.³⁵ La presión por parte de los diversos sectores llevó incluso al partido ARENA a retractarse y sumarse a la solicitud de derogación del decreto.³⁶

Por su parte, la Sala de lo Constitucional emitió dos resoluciones, declarando inaplicable el Decreto 743 por “vulnerar el proceso de formación de la ley –art. 135 Cn.–, el carácter colegiado de la Sala de lo Constitucional –art. 186 inc. 3º Cn.– y el derecho de acceso a la jurisdicción –art. 2, en relación con el 182 ord. 5º Cn.”³⁷ Finalmente, los diputados tuvieron que derogar el decreto a través de una reforma que se promulgó el 27 de julio de 2011, retornando a los requisitos de antes de la emisión del Decreto 743.³⁸

amparo e inconstitucionalidades de manera unánime, a través del voto de los cinco magistrados que la componen, y no de cuatro, como se hacía hasta el 1 de junio pasado”. Asimismo, recibió a otros líderes salvadoreños en el exterior, a quienes les expresó la misma situación (“Congresista de Maryland pide a Presidente Funes que reaccione”, *El imparcial*, 15 de julio de 2011. Disponible en: http://elimparcialnews.com/2011/07/15/congresista-de-maryland-pide-a-presidente-funes-que-reaccione/#.V5lG4KKq_B5).

³³ Declaraciones del Procurador, en Josué Ortiz, “Procurador Óscar Luna condena el decreto 743”, *La Página*, 13 de junio de 2011. Disponible en: <http://www.lapagina.com.sv/nacionales/52561/2011/06/13/Procurador-%C3%93scar-Luna-condena-el--decreto-743>.

³⁴ Declaraciones del partido FMLN, en Ricardo Vaquerano, “FMLN censura decreto 743 pero calla sobre Funes”, *El Faro*, 5 de junio de 2011. Disponible en: <http://www.elfaro.net/es/201106/noticias/4322/FMLN-censura-decreto-743-pero-calla-sobre-Funes.htm>.

³⁵ Puntualizaciones sobre la postura del FMLN en torno a la Sala de lo Constitucional, en Estela Henríquez, “FMLN rechaza que magistrados hagan reforma electoral”, *La Prensa Gráfica*, 5 de julio de 2011. Disponible en: <http://www.laprensagrafica.com/el-salvador/politica/203059-fmln-rechaza-que-magistrados-hagan-la-reforma-electoral.html>.

³⁶ Declaraciones del presidente del partido ARENA, Alfredo Cristiani, en “ARENA se retracta y pide la derogatoria del decreto 743”, *La Prensa Gráfica*, 9 de junio de 2011. Disponible en: <http://www.laprensagrafica.com/el-salvador/politica/197321-arena-se-retracta-y-pide-la-derogatoria-del-decreto-743.html#sthash.vr3ZDkC4.dpuf>.

³⁷ Corte Suprema de Justicia, Resolución de Improcedencia 37-2011 de 6 de julio de 2011, y Sentencia de Inconstitucionalidad 2-2006 de 22 de junio de 2011. En este último caso, el director de la Imprenta Nacional se negó a publicar la sentencia debido a que no fue dictada por unanimidad, por lo que la Sala, en Resolución del 27 del mismo mes y año, ordenó su publicación en dos periódicos de circulación nacional, no sin antes declarar que las funciones de la Imprenta son las de publicar las resoluciones y que no tiene legitimidad jurídica para cuestionarlas, mucho menos tratándose del máximo tribunal de justicia en el país.

³⁸ Decreto Legislativo 798, de 27 de julio de 2011, publicado en el *Diario Oficial*, núm. 152, t. 392, 18 de agosto de 2011.

4.2. Búsqueda de destitución de magistrados de la Sala

La Sala de lo Constitucional empezó a percibir un sensible incremento de demandas por año. Según un informe de rendición de cuentas publicado en 2014, en 2009 recibió 946 procesos; en 2010, 1.003 procesos; en 2011, 1.389; en 2012, 1.417; en 2013, 1.633, y en 2014, 1.663 procesos constitucionales.³⁹ La Sala no conoce de oficio, sino a petición de parte a través de demandas; al advertir que estaba resolviendo a favor de criterios democráticos, se incrementaron las demandas solicitando control constitucional a las actuaciones del poder político.

Ante esto, el 24 de abril de 2012, la Asamblea Legislativa nombró un nuevo presidente para la Sala de lo Constitucional, el magistrado Ovidio Bonilla Flores, cuyo mandato iniciaría ese mismo año. En el mismo acto, la Asamblea trasladó al antiguo presidente, el magistrado Belarmino Jaime, a otra Sala. Se destaca que dichos acuerdos se hicieron con los votos de 64 de los 84 diputados, y que el único que no dio su voto fue el partido ARENA.⁴⁰ Esto también provocó tensiones tanto dentro como fuera de la Sala de lo Constitucional, debido a que esta era una nueva manera de limitar las actuaciones de la Sala por parte del poder político.

Por su parte, la Sala, antes de iniciar el período del nuevo magistrado presidente, declaró inconstitucional su nombramiento debido a que una misma Asamblea Legislativa (2009-2012) había nombrado dos veces magistrados para la Corte Suprema de Justicia, coartando así el derecho de la siguiente Asamblea (2012-2015) de hacer ese nombramiento. Además, declaró inconstitucional el traslado del magistrado Belarmino Jaime a otra Sala, ya que se advertía “vulneración a la garantía de inamovilidad judicial en la designación de magistrados para integrar la referida Sala”.⁴¹ Esto debido a que, en virtud de las características de la Sala de lo Constitucional, la Asamblea no tenía legitimidad para trasladar a otra sala a un magistrado de dicho tribunal. Adicionalmente, la Sala había declarado inconstitucional los nombramientos de todos los magistrados del período 2012-2021,⁴² no solamente el nombramiento del magistrado Bonilla y los magistrados electos para el período 2006-2015.⁴³

Ante esta sentencia, la Asamblea Legislativa y el magistrado Bonilla acudieron ante la Corte Centroamericana de Justicia (CCJ) para que este organismo supra-

³⁹ Corte Suprema de Justicia, *Informe de rendición de cuentas 2014*, San Salvador, febrero de 2015.

⁴⁰ Ver “Ovidio Bonilla Flores nombrado como presidente de la Corte Suprema de Justicia”, *El Salvador Noticias.net*, 24 de abril de 2012. Disponible en: <http://www.elsalvadornoticias.net/2012/04/24/ovidio-bonilla-flores-nombrado-como-presidente-de-la-corte-suprema-de-justicia/>.

⁴¹ Corte Suprema de Justicia, Sentencia de Inconstitucionalidad 19-2012 de 5 de junio de 2012.

⁴² *Ibid.*

⁴³ Corte Suprema de Justicia, Sentencia de Inconstitucionalidad 23-2012 de 5 de junio de 2012.

nacional conociera del caso y anulara la Sentencia 19-2012. La CCJ admitió la demanda el 21 de junio de ese mismo año. Sin embargo, la Sala de lo Constitucional, el 25 de junio, declaró inaplicable dicha resolución, argumentando la existencia de “violación al art. 89 Cn., ya que auto atribuye una competencia que no respeta el orden constitucional y excede el ámbito material del derecho de integración; y por violación al art. 183 Cn., en tanto desconoce el carácter jurídicamente vinculante de la sentencia que esta Sala emitió en el presente proceso”.⁴⁴

A pesar de esta resolución, la CCJ siguió conociendo, al punto de llegar a sentencia definitiva en torno al caso, a favor de la Asamblea Legislativa.⁴⁵ En consecuencia, la Sala reiteró su resolución, el 17 de agosto de 2012.⁴⁶ Para entonces, el magistrado Bonilla ya había asumido la presidencia de la Sala, en acompañamiento público del presidente de la Asamblea Legislativa y otros partidos políticos; la división entre quienes apoyaban a los cuatro magistrados y quienes los repudiaban era tan evidente que incluso la puerta de la oficina de la presidencia estaba bajo llave, por lo que se tuvo incluso que llamar a un cerrajero para acceder a ella.⁴⁷ Estos hechos fueron expuestos ante la Fiscalía General de la República por el magistrado Florentín Meléndez, quien fungía como presidente interino.⁴⁸

Ante esta situación irregular entre ambos órganos de Estado, el Presidente de la República Mauricio Funes convocó a los partidos políticos para llegar a acuerdos políticos en torno al tema de los magistrados. Para el 19 de agosto ya se habían hecho, entre otros, los siguientes acuerdos:

- a) Que la Asamblea Legislativa nombraría como magistrados propietarios para el período 2012-2021 a cinco magistrados, entre ellos a Ovidio Bonilla y José Salomón Padilla;

⁴⁴ Corte Suprema de Justicia, Resolución de seguimiento de sentencia de inconstitucionalidad 19-2012 de 25 de junio de 2012.

⁴⁵ Corte Centroamericana de Justicia, Resolución Expediente 9-20-06-2012, Nicaragua, 15 de agosto de 2012.

⁴⁶ De hecho, en 2013, la Sala declaró inconstitucional el artículo 22 del Estatuto de la Corte Centroamericana de Justicia, argumentando: “[L]a competencia asignada a dicho órgano supranacional para resolver conflictos entre ‘Poderes u órganos fundamentales de los Estados’, y los derivados del incumplimiento de fallos judiciales, priva al Estado salvadoreño de la capacidad de decisión autónoma sobre las competencias básicas de sus órganos, quebranta la prohibición constitucional de indelegabilidad de dichas funciones y la exclusividad de la jurisdicción, según los arts. 83, 86 inc. 1º, 146 y 172 inc. 1º Cn.” (Corte Suprema de Justicia, Sentencia de Inconstitucionalidad 71-2012 de 23 de octubre de 2013).

⁴⁷ Ver “Ovidio Bonilla, presidente de la Corte, arropado por fracciones del FMLN, GANA, CN y PES”, *El Salvador Noticias.net*, 16 de julio de 2012. Disponible en: <http://www.elsalvador-noticias.net/2012/07/16/ovidio-bonilla-presidente-de-la-corte-arropado-por-fracciones-del-fmln-gana-cn-y-pes/>.

⁴⁸ Ver Ricardo Flores, “Crece la lista de delitos de Ovidio Bonilla”, *La Prensa Gráfica*, 11 de agosto de 2012. Disponible en: <http://www.laprensagrafica.com/el-salvador/lodeldia/277185-crece-la-lista-de-delitos-de-ovidio-bonilla>.

- b) Que el magistrado Ovidio Bonilla ya no sería miembro de la Sala de lo Constitucional;
- c) Que el magistrado Belarmino Jaime volvería nuevamente a la Sala de lo Constitucional, pero que ya no sería su presidente; y
- d) Que el nuevo miembro de la Sala de lo Constitucional sería el magistrado José Salomón Padilla, quien además sería el presidente de la Sala, Corte Suprema de Justicia y Órgano Judicial.⁴⁹

Estos acuerdos políticos tuvieron eficacia jurídica cuando fueron materializados por la Asamblea Legislativa ese mismo mes; como se dijo, el nuevo magistrado presidente era José Salomón Padilla mientras que los cuatro magistrados nombrados en 2009 continuaron formando parte de la Sala de lo Constitucional.⁵⁰

No obstante, este acuerdo no concluyó el conflicto entre la Sala de lo Constitucional y los partidos políticos, ya que, en octubre de 2013, los cuatro magistrados declararon inconstitucional el nombramiento del magistrado Salomón Padilla, debido a que se comprobó que tenía afiliación partidaria, lo que perjudicaba la independencia judicial.⁵¹ Ese mismo día, el magistrado Padilla manifestó que acataría la sentencia, aunque la consideraba “injusta”,⁵² por lo que se tuvo que nombrar nuevo magistrado presidente, acto que se efectuó el 31 de julio de 2014.⁵³

4.3. Etapa del no cumplimiento directo de las sentencias de la Sala

El control constitucional al poder político ha generado un desgaste en los partidos políticos, debido a que varios sectores de la sociedad civil veían en la nueva Sala de lo Constitucional un espacio institucional que impulsaba la democracia en El Salvador, dada la desconfianza que se percibía hacia las actuaciones de los partidos políticos.

⁴⁹ Acuerdo final entre el Presidente de la República Mauricio Funes y representantes de los partidos políticos ARENA, FMLN, GANA, CN, PES y CD, Casa Presidencial, 19 de agosto de 2012.

⁵⁰ Ver Otto Morán, Douglas González y Marco Tulio Ramos, “Diputados ponen fin a choque de poderes con elección magistrados Corte Suprema 2006 y 2012”, *La Página*, 21 de agosto de 2012. Disponible en: <http://www.lapagina.com.sv/nacionales/70476/2012/08/21/Diputados-ponen-fin-a-choque-de-poderes-con-eleccion-magistrados-Corte-Suprema-2006-y-2012>.

⁵¹ Sentencias de Inconstitucionalidad 77-2013 y 97-2013 de 14 de octubre de 2013.

⁵² Óscar Iraheta, “Salomón Padilla acatará fallo que lo declara inconstitucional”, *El Salvador.com*, 14 de octubre de 2013. Disponible en: <http://www.elsalvador.com/articulo/sucesos/salomon-padilla-acatara-fallo-que-declara-inconstitucional-41390>.

⁵³ Israel Serrano, “Armando Pineda es elegido presidente de la Corte Suprema de Justicia”, *La Página*, 31 de julio de 2014. Disponible en: <http://www.lapagina.com.sv/nacionales/97908/2014/07/31/Armando-Pineda-es-elegido-presidente-de-la-Corte-Suprema-de-Justicia>.

En algunas ocasiones, a partir de la destitución del exmagistrado Salomón Padilla, la Asamblea ha optado por acatar la mayoría de las resoluciones de la Sala, excepto algunos casos específicos; uno de los más representativos es la Sentencia del 27 de agosto de 2014, en la que, por unanimidad, se declaró inconstitucional un artículo de la Ley de Partidos Políticos y se ordenó a la Asamblea reformar dicha ley a fin de imponer a los partidos la obligación de publicar sus fuentes de financiamiento privado.⁵⁴

Otro caso fue cuando se dictó la sentencia que originó las listas abiertas en las elecciones de diputados a la Asamblea Legislativa y al Parlamento Centroamericano; a pesar de no contar con el respaldo de los partidos, sí tuvo cumplimiento, debido a que la Sala determinó que si la Asamblea no legislaba para antes de las elecciones de 2015, sería el Tribunal Supremo Electoral (TSE) el que se encargaría de dictar, con base en la sentencia, los criterios para la elección.⁵⁵ De hecho, eso fue precisamente lo que ocurrió a través de un decreto transitorio en el que la asamblea delegó al TSE la elaboración de acuerdos para darle cumplimiento a la sentencia.⁵⁶

5. Actual relación Sala de lo Constitucional-Poder Político

En la actualidad, la opinión general del Gobierno es que la Sala de lo Constitucional está siendo un instrumento de la oposición política para desestabilizar al país, e incluso hay quienes sostienen que se está realizando un experimento de “golpe blando”. Esto, debido a sus más recientes resoluciones, las cuales se describen brevemente a continuación.⁵⁷

⁵⁴ Corte Suprema de Justicia, Sentencia de Inconstitucionalidad 43-2013 de 22 de agosto de 2014.

⁵⁵ Corte Suprema de Justicia, Sentencia de Inconstitucionalidad 48-2014 de 5 de noviembre de 2014.

⁵⁶ Asamblea Legislativa, Decreto 884 de 4 de diciembre de 2014, publicado en el *Diario Oficial*, núm. 232, 11 de diciembre de 2014.

⁵⁷ El FMLN y otros sectores de izquierda se han pronunciado en diversas oportunidades sobre ese punto. Por ejemplo, la Comisión Política del FMLN emitió un comunicado oficial ante las recientes resoluciones de la Sala de lo Constitucional, cuestionando las operaciones de los cuatro magistrados de dicho órgano de Estado que siguen mandatos de operadores políticos poderosos y sectores económicos del país, con un fin desestabilizador. Según el comunicado: “Estos poderes ‘jamás aceptaron haber perdido el control del Ejecutivo y del Legislativo desde el año 2009’” (“FMLN repudia intento de la Sala por imponer un gobierno de jueces”, *Verdad Digital.com*. Disponible en: <http://verdaddigital.com/index.php/politica/10800-10800>). Además, a nivel internacional, Venezuela describe que El Salvador es objeto de todo un plan de generar golpes blandos en el continente y que eso se verifica con “las medidas de la Sala de lo Constitucional contra las finanzas del Gobierno y otras acciones” (“Latinoamérica sigue siendo el objetivo de los golpes blandos”, *Telesur*, 22 de agosto de 2015. Disponible en: <http://www.telesurtv.net/news/Latinoamerica-sigue-siendo-el-blanco-de-los-golpes-blandos-20150822-0012.html>).

El 6 de julio de 2016, la Sala admitió una demanda de inconstitucionalidad⁵⁸ contra un acuerdo de reforma constitucional en virtud del cual se pretendía modificar el tiempo de ejercicio de los diputados y los concejos municipales; en la regulación actual, ambos duran tres años, y la reforma ampliaría ese plazo a cinco.⁵⁹

El argumento invocado para esta admisión fue que la reforma se acordó en el período comprendido entre la elección de los nuevos diputados y el 1 de mayo de 2015, fecha en que iniciaron su cargo, por lo que, a juicio de la Sala, “la intervención de dos legislaturas para la reforma constitucional implica que el pueblo participa, a través de la elección de los representantes legislativos, en el apoyo o rechazo de la reforma constitucional, [mediante] la elección de los diputados y la postura que estos adoptan ante el proceso de reforma constitucional”.

Según lo anterior, los acuerdos de reforma deben hacerse antes de las elecciones de la siguiente asamblea legislativa, para que los ciudadanos, que son el actor central de la democracia, puedan demostrar en las elecciones su apoyo o rechazo a dicha reforma, votando o no por los candidatos que la promueven. Por esta razón, en la misma resolución se impuso una medida cautelar para impedir que la Asamblea ratificara ese acuerdo de reforma, evento que ya era un hecho notorio por haberse emitido dictamen favorable de la comisión de la Asamblea Legislativa encargada de este tipo de reformas. Este nuevo bloqueo político volvió a generar comentarios en contra de la Sala por parte de todos los partidos políticos, los cuales, con esta medida cautelar, se veían afectados por igual en sus intereses.⁶⁰

Además de esta resolución, y en el marco del plan de política criminal, el Presidente de la República Salvador Sánchez Cerén solicitó a la Asamblea Legislativa autorización para que se emitieran títulos valores de crédito por un monto de novecientos millones de dólares. El 23 de abril de 2015, la Asamblea dictó un decreto favorable sobre esa autorización.⁶¹

Para el 10 de junio de ese año, la Sala había admitido una demanda de inconstitucionalidad sobre este acto y además emitió una medida cautelar que suspendió el uso de ese dinero. El argumento de la demanda es que para la aprobación de este

⁵⁸ Corte Suprema de Justicia, Admisión de demanda de inconstitucionalidad 33-2015, dictada el 6 de julio de 2016.

⁵⁹ Asamblea Legislativa, Acuerdo de reforma constitucional 3 de 23 de abril de 2015, publicado en el *Diario Oficial*, núm. 74, t. 407, 27 de abril de 2015.

⁶⁰ Resoluciones como esta, que afectan a todos los partidos políticos, descartan la idea general que indica que la Sala responde a los intereses de la derecha política, entendida como el partido de derecha que es el actor de oposición política en la actualidad, es decir, Alianza Republicana Nacionalista (ARENA).

⁶¹ Asamblea Legislativa, Decreto 1000 de 23 de abril de 2015, publicado en el *Diario Oficial*, núm. 74, t. 407, 23 de abril de 2015.

decreto se había hecho “uso indebido” del procedimiento de aprobación de decretos, así como el uso “inapropiado” de un diputado suplente.⁶²

A pesar de que en diversas oportunidades el Gobierno pidió a la Sala que no retrasara la decisión, no fue sino hasta el 13 de julio de 2016 cuando dictó sentencia,⁶³ en la cual no sólo declaró inconstitucional la autorización de esa cantidad de dinero por parte de la Asamblea Legislativa, sino que además expresó en su fallo que los diputados suplentes a partir del período 2015-2018 estarían inhabilitados para esa función, argumentando que carecían de legitimidad democrática, debido a que, en las elecciones, el ciudadano en ningún momento los había elegido para ejercer el cargo. Igualmente, obliga a que si en las próximas legislaturas se requieren diputados suplentes, estos deberán ser elegidos de la misma forma que los diputados propietarios.⁶⁴

Se observa nuevamente cómo la Sala de lo Constitucional invoca el argumento del ciudadano como máximo decisor en la elección de los representantes ante el parlamento y deja sin efecto, a partir de esa fecha, la legitimidad de las actuaciones de los diputados suplentes.

Ante esta sentencia, la jefa del grupo parlamentario del FMLN, diputada Norma Guevara, expresó que la Sala está dictando sentencias de forma arbitraria ya que, por ejemplo, los mismos cuatro magistrados en su momento fueron electos con participación de diputados suplentes,⁶⁵ por lo que considera la posibilidad de iniciar proceso de antejuicio⁶⁶ para levantar el fuero de que gozan los magistrados y denunciarlos por el delito de prevaricato.⁶⁷

Otra reciente resolución es una admisión de demanda en contra de un decreto que reformó el reglamento de la ley general de electricidad,⁶⁸ en virtud del cual se

⁶² En El Salvador se ha acostumbrado que cada diputado tenga “su” diputado suplente, de tal forma que otro suplente no puede ejercer esa función por otro diputado que no sea “el suyo”. Fue en ese contexto donde se presentó la demanda de inconstitucionalidad, alegando vicios en el procedimiento.

⁶³ Corte Suprema de Justicia, Sentencia de Inconstitucionalidad 35-2015 de 13 de julio de 2016.

⁶⁴ *Ibid.*

⁶⁵ Beatriz Mendoza, “Norma Guevara: la historia va juzgar a estos magistrados”, *La Prensa Gráfica*, 25 de julio de 2016. Disponible en: <http://www.laprensagrafica.com/2016/07/25/norma-guevara-la-historia-va-a-juzgar-a-estos-magistrados#.V5egyNL4hrU>.

⁶⁶ En el caso de los magistrados de la Corte Suprema de Justicia, el procedimiento está regulado esencialmente en el artículo 236 de la Constitución vigente; es atribución de la Asamblea Legislativa determinar si procede quitarles el fuero o no, para ser juzgados como ciudadanos comunes.

⁶⁷ Según el artículo 310 del Código Penal Vigente, comete prevaricato “[e]l juez que a sabiendas dictare resolución contraria a la ley o fundada en hechos falsos, por interés personal o por soborno”, y tiene una pena de prisión de tres a seis años e inhabilitación especial del cargo por igual tiempo.

⁶⁸ Decreto Ejecutivo 39 de 16 de junio de 2016, publicado en el *Diario Oficial*, núm. 112, t. 411 de la misma fecha.

hizo un cargo para inversión social en energía eléctrica del 13% del valor del precio promedio. La demanda plantea que este cargo es una especie de impuesto disfrazado, y que, por lo tanto, no se ha seguido el debido proceso en lo referente a la reserva de ley tributaria. Además de admitir la demanda, la Sala, a través de una medida cautelar, suspendió la entrada en vigencia y los efectos del impuesto, es decir, se suspendió la obligatoriedad del cobro del “impuesto”, mientras se conoce el caso y se emite una sentencia.⁶⁹ Las dos resoluciones anteriores, en sus efectos, han afectado la recaudación de fondos para financiar proyectos del Gobierno, sobre todo en materia de seguridad pública.⁷⁰

Finalmente, la Sala también dictó sentencia de inconstitucionalidad contra la Ley de Amnistía General para la Consolidación de la Paz, que se decretó poco después de firmado el Acuerdo de Chapultepec con el que terminó el conflicto armado, y en virtud del cual todos los delitos cometidos durante el conflicto fueron amnistiados.⁷¹

En esta sentencia, la Sala declara inconstitucional la ley de amnistía en razón de que la

extensión objetiva y subjetiva de la amnistía es contraria al derecho de acceso a la justicia, a la tutela judicial –protección de los derechos fundamentales–, y al derecho a la reparación integral de las víctimas de crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra constitutivos de graves violaciones al derecho internacional humanitario, pues impide el cumplimiento de las obligaciones estatales de prevención, investigación, enjuiciamiento, sanción y reparación integral, y de esa manera viola los arts. 2 inc. 1° y 144 inc. 2° Cn., en relación con los arts. 1.1 y 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, 2.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y 4 del Protocolo II de 1977, adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de

⁶⁹ Corte Suprema de Justicia, Admisión de Demanda de Inconstitucionalidad 116-2016 de 13 de julio de 2016.

⁷⁰ La Comisión Política del FMLN difundió un comunicado en donde rechazó las últimas sentencias emitidas por la Sala de lo Constitucional, las cuales invalidaron la Ley de Amnistía, la emisión de los \$900 millones en títulos valores y la suspensión temporal del cobro del 13% a la tarifa eléctrica. En el comunicado, el partido de izquierda denuncia una supuesta intención de los magistrados de la Sala de desestabilizar al gobierno del presidente Salvador Sánchez Cerén, ya que afirman que con estas sentencias bloquean el financiamiento de los programas gubernamentales. El comunicado reza: “[L]os magistrados de la Sala de lo Constitucional se muestran tal como verdaderamente son: operadores políticos de poderosos sectores económicos del país, que jamás aceptaron haber perdido el control del Ejecutivo y del Legislativo desde el año 2009” (“FMLN: Sentencias de la Sala forman parte de un plan para desestabilizar al Gobierno”, *Informa TVX*, 16 de julio de 2016. Disponible en: <http://www.informatvx.com/fmln-sentencias-de-la-sala-son-planes-para-desestabilizar-al-gobierno/>).

⁷¹ Asamblea Legislativa, Decreto Legislativo 486 de 20 de marzo de 1993, publicado en el *Diario Oficial*, núm. 56, t. 318, 22 de marzo de 1993.

1949, relativo a la Protección de las Víctimas de los Conflictos Armados sin Carácter Internacional.⁷²

Esta resolución ha abierto, al menos formalmente, la posibilidad de investigar y juzgar las principales violaciones de los derechos humanos en El Salvador, cometidas por las fuerzas armadas y la guerrilla durante el conflicto armado. Esto ha generado expectativas en los sectores de la sociedad que tienen interés en la reivindicación de los derechos humanos de las víctimas del conflicto, aunque eventualmente pueda involucrar a algunos sujetos de la actual clase política.

Todos estos casos han creado diversidad de opiniones a favor o en contra desde la sociedad civil, especialmente desde la clase política, comportamientos que rara vez se habían observado por parte de ambos sectores de la sociedad salvadoreña ante las decisiones de la Sala de lo Constitucional.

6. Reflexiones finales

Después de haber descrito las principales resoluciones de la Sala de lo Constitucional sobre asuntos que impactan el sistema político salvadoreño, es pertinente arribar a las siguientes reflexiones finales, las cuales resaltan tanto lo que a nuestro juicio son aciertos jurídicos en las resoluciones que reconocen importantes derechos políticos, como algunos cuestionamientos en los procedimientos y eficacia real de dichos reconocimientos:

- a) El rol de los magistrados de la Sala de lo Constitucional en el período 2009-2018 ha sido y sigue siendo importante en el proceso de democratización del Estado salvadoreño, a través del control constitucional al poder de los partidos políticos. Como se ha podido observar, las resoluciones han generado opiniones y acciones de apoyo o de rechazo por parte no sólo de la clase política sino también de sectores de la sociedad civil. Esto se puede constatar con los diversos decretos que ha emitido la Asamblea Legislativa en torno a la institución y configuración subjetiva de la Sala.
- b) Contrario a lo que se había creído, vía costumbre, en El Salvador, la relación entre el poder político y el Órgano Judicial –representado en este caso por la Sala de lo Constitucional, como máximo tribunal de justicia– no debe ser armónica, si eso significa que uno de los órganos de gobierno realice actos contrarios a la Constitución, los derechos humanos y la legislación secundaria. En consecuencia, la independencia judicial debe garantizarse en todo Estado democrático de derecho, y, por tanto, los controles inter-orgánicos están plenamente justificados. En ese sentido, el mecanismo de

⁷² Corte Suprema de Justicia, Sentencia de Inconstitucionalidad, 44-2013/145-2013 de 13 de julio de 2016.

selección de jueces y magistrados, considerando las exigencias de no afiliación partidaria, generan un clima de estabilidad y mayor garantía de transparencia en el ejercicio de la judicatura.

- c) La incidencia de la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia en el proceso democrático en El Salvador es evidente. Desde 2010 a la fecha, la Sala ha marcado hitos sobre temas de orden político y electoral que ninguna otra configuración subjetiva de la Sala había marcado. No sólo con el reconocimiento de los derechos políticos de los ciudadanos y ciudadanas que aparecen literalmente en la Constitución, sino con su potencialización, vía argumentativa, dando mayor margen de decisión al ciudadano, en el momento de determinar sus preferencias electorales. En ese sentido, los criterios jurisprudenciales de la Sala se han orientado por el principio *pro homine*, privilegiando al ciudadano como centro de toda actividad política democrática frente al poder de los partidos políticos, a los que ha recordado su función instrumental para representar, no sustituir, a los ciudadanos.
- d) En el mismo orden de ideas, la Sala ha realizado una labor contralora de la independencia de los funcionarios públicos, esto al declarar inconstitucional su afiliación partidaria, ya sea a nivel de elección de segundo grado o por nombramiento del Órgano Ejecutivo. Queda así demostrado el poder político de los tribunales constitucionales.
- e) A pesar de lo anterior, se deben tomar en cuenta las opiniones contrarias a las resoluciones de la Sala de lo Constitucional. Aunque en sus actuaciones no se cometen ilegalidades, sí es posible hacer un análisis sobre su amplio margen de maniobra para bloquear políticas de gobierno, bajo el argumento jurídico del control constitucional. Es importante valorar que la Sala de lo Constitucional no tiene en El Salvador mayores límites jurídicos, de tal forma que, durante nueve años, los cinco funcionarios que la conforman, con la amplia cuota de poder de decisión que ejercen, están prácticamente exentos de control por parte de los otros órganos de Estado, lo que podría vulnerar el principio de controles interorgánicos, necesarios en un Estado constitucional de derecho. Por lo tanto, es pertinente el debate sobre reformas en torno a este punto.
- f) Las resoluciones de la Sala de lo Constitucional han dado lugar al gobierno de turno a considerar que hay un uso ideológico por parte de sectores de la oposición política de esta institución, ya que muchas de las sentencias tienen un efecto adverso al financiamiento de la gestión gubernamental. Esto ha generado debates sobre si con la Sala se está realizando un experimento de “golpe suave” a través del “gobierno de los jueces”. En este punto, es importante continuar con las líneas de investigación del conjunto de resoluciones emitidas y por emitir hasta junio de 2018.
- g) Es fundamental reflexionar en torno a la eficacia de estas sentencias en el empoderamiento ciudadano de sus derechos políticos, ya que el sólo hecho

de reconocerles una gran cantidad de derechos no es garantía de su efectivo ejercicio. En El Salvador hay escasos espacios de formación política ciudadana, y es claro que los derechos políticos requieren una sistemática formación del supuesto actor destinatario de las sentencias: los ciudadanos. La ausencia de estos espacios, y la gran cantidad de sentencias sobre el sistema político, han generado dudas y sospechas por parte de algunos sectores que indican que la Sala ha subutilizado el argumento *pro homine* de “ciudadanización de la democracia” como subterfugio jurídicamente válido de limitar la gobernabilidad del gobierno de turno.

- h) Finalmente, se subraya la idea de que para una adecuada administración de justicia, no basta con el cumplimiento de la independencia judicial frente al poder político o económico, sino también con un serio compromiso por parte de los jueces y magistrados con la democracia como forma de gobierno. Este compromiso democrático debe verse reflejado en las decisiones que tomen, considerando que sus funciones tienen fundamentación y legitimación en la medida en que giren en torno al beneficio de los habitantes del Estado. En reiteradas ocasiones se han escuchado comentarios y solicitudes a la Sala de lo Constitucional relativas a una especie de “llamado a la conciencia” en el momento de tomar decisiones de importancia nacional. Sobre este punto, la ciudadanía salvadoreña requiere espacios abiertos en los que académicamente se pueda fomentar una mayor formación política y ponerla en práctica en las instituciones del Estado.

Bibliografía

- “A dos años de la derogatoria del 743”, *Mediolleno*, 2 de junio de 2013. Disponible en: <http://mediolleno.com.sv/noticias/a-dos-anos-de-la-derogatoria-del-743>.
- “ARENA se retracta y pide la derogatoria del decreto 743”, *La Prensa Gráfica*, 9 de junio de 2011. Disponible en: <http://www.laprensagrafica.com/el-salvador/politica/197321-arena-se-retracta-y-pide-la-derogatoria-del-decreto-743.html#sthash.vr3ZDkC4.dpuf>.
- ARBAIZA, Gerardo, “Hacia un sistema político que ponga al ciudadano como actor central”, *Diario Digital Contrapunto*, 28 de noviembre de 2014. Disponible en: <http://www.contrapunto.com.sv/archivo2016/reportajes/hacia-un-sistema-politico-que-ponga-al-ciudadano-como-actor-central>.
- ASAMBLEA CONSTITUYENTE, Comisión de Estudio del Proyecto de Constitución, *Informe Único*, San Salvador, Palacio Legislativo, 22 de julio de 1983.
- _____, Constitución de la República de El Salvador, Decreto 38 de 16 de diciembre de 1983, publicado en el *Diario Oficial*, núm. 234, t. 281, 20 de diciembre de 1983.
- ASAMBLEA LEGISLATIVA, Ley Orgánica Judicial, Decreto Legislativo 123 de 6 de junio de 1984, publicado en *Diario Oficial*, núm. 115, 20 de junio de 1984.

- _____, Decreto Legislativo 64 de 31 de octubre de 1991, publicado en el *Diario Oficial*, núm. 217, t. 313, 20 de noviembre de 1991.
- _____, Decreto Legislativo 486 de 20 de marzo de 1993, publicado en el *Diario Oficial*, núm. 56, t. 318, 22 de marzo de 1993.
- _____, Decreto Legislativo 756 de 28 de julio de 2005, publicado en el *Diario Oficial*, núm. 198, 25 de octubre de 2005.
- _____, Decreto Legislativo 71 de 16 de julio de 2009, publicado en el *Diario Oficial*, núm. 133, t. 384, 17 de julio de 2009.
- _____, Acuerdo de Reforma Constitucional 1 de 29 de julio de 2010, publicado en el *Diario Oficial*, núm. 150, t. 388, 16 de agosto de 2010.
- _____, Acuerdo de Reforma Constitucional 2 de 25 de julio de 2010, publicado en el *Diario Oficial* núm. 150, t. 388, 16 de agosto de 2010.
- _____, Decreto 743 de 2 de junio de 2011, publicado en el *Diario Oficial*, núm. 391, t. 102, 2 de junio de 2011.
- _____, Decreto 413 de 3 de julio de 2013, publicado en el *Diario Oficial*, núm. 138, 26 de julio de 2013.
- _____, Decreto 884 de 4 de diciembre de 2014, publicado en el *Diario Oficial*, núm. 232, 11 de diciembre de 2014.
- _____, Acuerdo de Reforma Constitucional 3 de 23 de abril de 2015, publicado en el *Diario Oficial*, núm. 74, t. 407, 27 de abril de 2015.
- _____, Decreto 1000 de 23 de abril de 2015, publicado en el *Diario Oficial*, núm. 74, t. 407, 27 de abril de 2015.
- “Congresista de Maryland pide a Presidente Funes que reaccione”, *El Imparcial*, 15 de julio de 2011. Disponible en: http://elimparcialnews.com/2011/07/15/congresista-de-maryland-pide-a-presidente-funes-que-reaccione/#.V5lG4KKq_B5.
- CORTE IDH, *Caso Castañeda Gutman vs. Estados Unidos Mexicanos*, Sentencia de 18 de enero de 2012.
- CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sentencia de Inconstitucionalidad 61-2009 de 29 de julio de 2010.
- _____, Resolución de Improcedencia 16-2011 de 27 de abril de 2011.
- _____, Sentencia de Inconstitucionalidad 7-2011 de 13 de mayo de 2011.
- _____, Sentencia de Inconstitucionalidad 2-2006 de 22 de junio de 2011.
- _____, Resolución de Improcedencia 37-2011 de 6 de julio de 2011.
- _____, Sentencia de Inconstitucionalidad 11-2005 de 23 de noviembre de 2011.
- _____, Sentencia de Inconstitucionalidad 19-2012 de 5 de junio de 2012.
- _____, Resolución de Improcedencia 32-2012 de 5 de junio de 2012.
- _____, Sentencia de Inconstitucionalidad 23-2012 de 5 de junio de 2012.
- _____, Sentencia de Inconstitucionalidad 2-2006 de 22 de junio de 2012.
- _____, Resolución de seguimiento de sentencia de inconstitucionalidad 19-2012 de 25 de junio de 2012.
- _____, Sentencia de Inconstitucionalidad 71-2012 de 23 de octubre de 2013.
- _____, Sentencia de Inconstitucionalidad 43-2013 de 22 de agosto de 2014.

- _____, Sentencia de Inconstitucionalidad 66-2013 de 1 de octubre de 2014.
- _____, Sentencia de Inconstitucionalidad 48-2014 de 5 de noviembre de 2014.
- _____, Admisión de demanda de inconstitucionalidad 33-2015, de 6 de julio de 2016.
- _____, Admisión de demanda de inconstitucionalidad 116-2016 de 13 de julio de 2016.
- _____, Sentencia de Inconstitucionalidad 35-2015 de 13 de julio de 2016.
- _____, Sentencia de Inconstitucionalidad 44-2013/145-2013 de 13 de julio de 2016.
- FLORES, Ricardo, “Crece la lista de delitos de Ovidio Bonilla”, *La Prensa Gráfica*, 11 de agosto de 2012. Disponible en: <http://www.laprensagrafica.com/el-salvador/lodeldia/277185-crece-la-lista-de-delitos-de-ovidio-bonilla>.
- “FMLN repudia intento de la Sala por imponer un gobierno de jueces”, *Verdad Digital.com*. Disponible en: <http://verdaddigital.com/index.php/politica/10800-10800>.
- “FMLN: Sentencias de la Sala forman parte de un plan para desestabilizar al Gobierno”, *Informa TVX*, 16 de julio de 2016. Disponible en: <http://www.informatvx.com/fmln-sentencias-de-la-sala-son-planes-para-desestabilizar-al-gobierno/>.
- HENRÍQUEZ, Estela, “FMLN rechaza que Magistrados hagan reforma electoral”, *La Prensa Gráfica*, 5 de julio de 2011. Disponible en: <http://www.laprensagrafica.com/el-salvador/politica/203059-fmln-rechaza-que-magistrados-hagan-la-reforma-electoral.html>.
- IRAHETA, Óscar, “Salomón Padilla acatará fallo que lo declara inconstitucional”, *El Salvador.com*, 14 de octubre de 2013. Disponible en: <http://www.elsalvador.com/articulo/sucesos/salomon-padilla-acatara-fallo-que-declara-inconstitucional-41390>.
- “Latinoamérica sigue siendo el objetivo de los golpes blandos”, *Telesur*, 22 de agosto de 2015. Disponible en: <http://www.telesurtv.net/news/Latinoamerica-sigue-siendo-el-blanco-de-los-golpes-blandos-20150822-0012.html>.
- MENDOZA, Beatriz, “Norma Guevara: la historia va juzgar a estos magistrados”, *La Prensa Gráfica*, 25 de julio de 2016. Disponible en: <http://www.laprensagrafica.com/2016/07/25/norma-guevara-la-historia-va-a-juzgar-a-estos-magistrados#.V5egyNL4hrU>.
- ÓRGANO EJECUTIVO, Decreto 39 de 16 de junio de 2016, publicado en el *Diario Oficial*, núm. 112, t.411, junio de 2016.
- ORTIZ JOSUÉ, “Procurador Óscar Luna condena el decreto 743”, *La Página*, 13 de junio de 2011. Disponible en: <http://www.lapagina.com.sv/nacionales/52561/2011/06/13/Procurador-%C3%93scar-Luna-condena-el-decreto-743>.
- “Ovidio Bonilla Flores nombrado como presidente de la Corte Suprema de Justicia”, *El Salvador Noticias.net*, 24 de abril de 2012. Disponible en: <http://www.elsalvadornoticias.net/2012/04/24/ovidio-bonilla-flores-nombrado-como-presidente-de-la-corte-suprema-de-justicia/>.
- “Ovidio Bonilla, presidente de la Corte, arropado por fracciones del FMLN, GANA, CN y PES”, *El Salvador Noticias.net*, 16 de julio de 2012. Disponible en: <http://>

www.elsalvadornoticias.net/2012/07/16/ovidio-bonilla-presidente-de-la-corte-arropado-por-fracciones-del-fmln-gana-cn-y-pes/.

“Partidos de derecha aprueban Decreto 743 que busca frenar actuación de Sala de lo Constitucional”, *El Salvador Noticias.net*, 2 de junio de 2011. Disponible en: <http://www.elsalvadornoticias.net/2011/06/02/partidos-de-derecha-aprueban-reforma-que-busca-frenar-actuacion-de-sala-de-lo-constitucional/>.

SERRANO, Israel, “Armando Pineda es elegido presidente de la Corte Suprema de Justicia”, *La Página*, 31 de julio de 2014. Disponible en: <http://www.lapagina.com.sv/nacionales/97908/2014/07/31/Armando-Pineda-es-elegido-presidente-de-la-Corte-Suprema-de-Justicia>.

VAQUERANO, Ricardo, “FMLN censura decreto 743 pero calla sobre Funes”, *El Faro*, 5 de junio de 2011. Disponible en: <http://www.elfaro.net/es/201106/noticias/4322/FMLN-censura-decreto-743-pero-calla-sobre-Funes.htm>.

VOLVER A LA TABLA DE CONTENIDO

Diana Marcela Daza Gacha* (Colombia)
Laura Cristina Montenegro Sarmiento** (Colombia)

Tensiones en la democracia. El modelo colombiano leído desde los paradigmas democráticos

RESUMEN

Este artículo da cuenta de la caracterización del modelo democrático colombiano a partir de una lectura desde los paradigmas participativo, representativo y directo. Se analizan tres aspectos: la Constitución (en su parte dogmática, así como las discusiones en la Asamblea Nacional Constituyente), los mecanismos de participación (entendidos como la parte procedimental de la democracia) y su uso en la realidad. Así, concluimos que dicho modelo se caracteriza por la tensión entre tres visiones de la democracia liberal: participativa (respecto a su consagración constitucional), directa (en lo referente al diseño de los mecanismos) y representativa (por su materialización).

Palabras clave: modelo democrático colombiano, democracia participativa, democracia representativa, democracia directa.

ZUSAMMENFASSUNG

Der Beitrag beschreibt das kolumbianische Demokratiemodell und geht dabei von den Paradigmen der partizipativen Demokratie, der repräsentativen Demokratie sowie der direkten Demokratie aus. Dazu werden drei Bereiche untersucht: die Verfassung (ihre Dogmatik sowie die Debatten des nationalen Parlaments, der „Asamblea Nacional Constituyente“), die Partizipationsmechanismen (als der verfahrensrechtliche Aspekt einer Demokratie) und deren tatsächliche Umsetzung. Wir kommen zu dem Schluss, dass das untersuchte Modell durch das Spannungsverhältnis von

* Estudiante de octavo semestre de Derecho de la Universidad Nacional de Colombia. dimdaza-ga@unal.edu.co.

** Estudiante de octavo semestre de Derecho de la Universidad Nacional de Colombia. lcmontene-gros@unal.edu.co.

dreifach, für eine liberale Demokratie charakteristischen, Visionen gekennzeichnet ist: der partizipativen Demokratie (hinsichtlich der Verankerung in der Verfassung), der direkten Demokratie (bei der Ausgestaltung der Verfahren) und der repräsentativen Demokratie (bei ihrer Umsetzung).

Schlagwörter: Kolumbianisches Demokratiemodell, partizipative Demokratie, repräsentative Demokratie, direkte Demokratie.

ABSTRACT

This article discusses the characterization of the Colombian democratic model based on a reading of the participatory, representative and direct paradigms. It analyzes three aspects: the Constitution (in its dogmatic part, as well as the discussions in the National Constituent Assembly), the mechanisms of participation (understood as the procedural part of democracy), and their use in reality. Thus, we conclude that this model is characterized by the tension between three visions of liberal democracy: participatory (with respect to its constitutional enshrinement), direct (regarding the design of the mechanisms), and representative (for its materialization).

Keywords: Colombian democratic model, participatory democracy, representative democracy, direct democracy.

Introducción

Autores como Barco,¹ Blanco,² Guerrero,³ Gómez⁴ y Sanz⁵ se refieren a Colombia como una de las democracias con mayor tradición en América Latina. Para garantizar una mejor comprensión de qué es la democracia en Colombia debe haber dos tipos de aproximaciones: desde la teoría y desde la concreción en la realidad de la democracia en el país.

La Constitución de 1991 significó una reforma importante no sólo de las instituciones existentes sino de los mecanismos que permitían a los ciudadanos hacer parte de la vida política del país y del modelo democrático mismo. Las modificaciones introducidas por la carta al modelo democrático impiden clasificarlo desde

¹ Virgilio Barco, "El narcotráfico y la violencia: una amenaza mortal a la democracia", *Colombia Internacional*, núm. 6, 1989, pp. 23-28.

² Jorge Blanco, "Partidos políticos y movimientos sociales en Colombia y Venezuela. Entre caudillismo y bipartidismo", *Verba Iuris*, vol. 1, fasc. 25, 2011, pp. 185-216.

³ Javier Guerrero, "Colombia y Venezuela siglo XX: entre la modernidad democrática y la modernización reaccionaria. Elementos críticos de una historia comparada", *Historia Crítica*, núm. 16, 1998, p. 25.

⁴ Diana Gómez, "Democracia y narcotráfico en Colombia", *Paz-anda*, vol. 2, núm. 1, 2009, pp. 89-112.

⁵ Antonio Sanz, "Colombia tras las elecciones: economía, conflicto armado y derechos humanos", *Papeles de Cuestiones Internacionales*, núm. 94, 2006, p. 49.

los tipos de democracia liberal: participativa, directa y representativa. De cara a lo anterior, la pregunta es en qué corriente de la democracia liberal se inscribe el modelo colombiano.

Sin embargo, no es posible responder indicando una sola de las vertientes de la democracia liberal. Si bien se reconoce constitucionalmente la existencia de una democracia participativa, institucionalmente existen más mecanismos de democracia directa consagrados en la carta política y el elemento representativo emerge como el eje en la materialización del modelo democrático en el país. Así, los tipos de democracia son asumidos como unidad de análisis y en las tensiones entre ellos es posible caracterizar al modelo colombiano.

En este orden se desarrolla la caracterización del modelo colombiano. En primer lugar, se presenta el modelo democrático desde la Constitución y las discusiones de la Asamblea Nacional Constituyente (ANC), que dan cuenta de la prevalencia del elemento participativo. Desde el Preámbulo hasta el resto del articulado constitucional, la participación de los ciudadanos en las decisiones que los afectan constituye un pilar del orden instituido por la carta de 1991. En segundo lugar, se presenta una caracterización de los mecanismos de participación ciudadana cuya estructura se acerca más al paradigma de democracia directa, en el que se pretende una inmediata interacción entre gobernantes y gobernados. En tercer lugar, a partir de una aproximación a la concreción en la realidad del modelo democrático se describe la situación de los mecanismos de participación, donde el voto prevalece como instrumento propio de la democracia directa.

El aporte de la presente investigación radica en que ofrece una lectura desde las corrientes de democracia liberal acerca del modelo colombiano. Teniendo en cuenta que la producción académica se ha centrado en temas puntuales como los partidos políticos,⁶ la influencia de la economía en la democracia,⁷ los factores que

⁶ Ver Carlos Arévalo y Elisabeth Ungar Bleier, "Partidos y sistema de partidos en Colombia hoy: ¿crisis o reordenación institucional?", en Miriam Kornblith *et al.*, *Partidos políticos en la Región Andina: entre la crisis y el cambio*, Lima, International Institute for Democracy and Electoral Assistance, 2004; Marcela Prieto, "La importancia de nuestros partidos políticos para el desarrollo de la democracia", *El Nuevo Ajedrez Político*, julio-septiembre de 2010; Francisco Sanín, *¿Lo que el viento se llevó?: los partidos políticos y la democracia en Colombia, 1958-2002*, Bogotá, Grupo Editorial Norma, 2007.

⁷ Ver Fernando Giraldo, *La economía en la Constitución del 91: la contradicción entre Estado y mercado*, Octavo Congreso Internacional sobre Globalización y Crisis Financiera, Málaga, 6-25 de octubre de 2010; Eduardo Posada Carbó, "Café y democracia en Colombia: reflexiones desde la historia", *Revista de Economía Institucional*, vol. 14, núm. 27, 2012, pp. 241-254; Julio Silva-Colmenares, *Economía y democracia en Colombia: La situación en los 90 y perspectivas para el siglo XXI*, Bogotá, Instituto Luis Carlos Galán, 1994.

la amenazan,⁸ la participación en sí misma⁹ o el uso de mecanismos democráticos en particular,¹⁰ este estudio resulta útil para lograr una comprensión más global del sistema democrático colombiano. Para ello, metodológicamente, se llevó a cabo revisión documental tanto de fuentes primarias como de bibliografía que diese cuenta de las tensiones existentes en el interior del modelo democrático colombiano; Además, se utilizó el análisis temático por categorías de índole cualitativo descrito por Van Campenhoudt.

1. El modelo democrático desde la ANC y la Constitución de 1991

No es posible hablar del actual modelo democrático colombiano sin antes precisar cuáles son los contenidos constitucionales al respecto. El objetivo de las líneas siguientes es demostrar que la carta política consagró una democracia participativa a partir de dos supuestos: (i) la pretensión de los constituyentes de instituir un modelo que garantizara la participación ciudadana (objeto de las discusiones en la ANC) y (ii) la importancia asignada a la participación en la redacción del texto constitucional (contenido en la Constitución de 1991). Lo anterior se contrastará con otros elementos del modelo democrático como la consagración de mecanismos de participación (principalmente de democracia directa) y la prevalencia de la democracia representativa en la materialidad del modelo.

⁸ Ver Felipe Botero, Gary Hoskin y Mónica Pachón, “Sobre forma y sustancia: una evaluación de la democracia electoral en Colombia”, *Revista de Ciencia Política*, vol. 30 núm. 1, 2010, pp. 41-64; Sonia Peña, “Sistemas políticos en Colombia. Redes de inclusión en los años sesenta y noventa. Una aproximación desde la teoría de sistemas”, *Diálogo de Saberes*, núm. 26, 2007, pp. 191-230; Eduardo Posada Carbó, *La nación soñada: violencia, liberalismo y democracia en Colombia*, Bogotá, Grupo Editorial Norma, 2006; Martín Tanaka, *La situación de la democracia en Colombia, Perú y Venezuela a principios de siglo*, informe presentado ante la Comisión Andina de Juristas, Lima, 2002; Alejo Vargas, “La democracia colombiana tratando de salir de su laberinto”, *Reflexión Política*, año 2, núm. 3, 2000.

⁹ Ver Rocío Araújo y María Torres (eds.), *Retos de la democracia y de la participación ciudadana*, Colección Textos de Jurisprudencia, Bogotá, D. C., Fundación Hanns Seidel - Universidad del Rosario, 2011; Leopoldo Múnera, “Los estudios sobre la participación en Colombia”, *Revista Análisis Político*, núm. 36, 1999, pp. 1-22; Fabio Velásquez y Esperanza González, *¿Qué ha pasado con la participación ciudadana en Colombia?*, Bogotá, Fundación Corona, 2003.

¹⁰ Ver Sivia Cogollos y Jaime Ramírez, “El camino tortuoso de la participación ciudadana. Una mirada al cabildo abierto en Bogotá”, *Universitas Humanística*, núm. 63, 2007, pp. 109-131; Andrés Hernández, “Modelos de democracia participativa en Bogotá”, *Controversia*, núm. 191, 2008, pp. 227-279; Carolina Moisés, *El cabildeo y su importancia en la democracia participativa*, Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana, 2001; Mauricio Ortiz, *Participación política a través de acciones constitucionales. Estudio de caso: matrimonio igualitario para personas del mismo sexo en Colombia*, Bogotá, D. C., Universidad del Rosario, 2014.

1.1. Discusiones en la ANC

La ANC representa un importante hito para la consagración del actual modelo democrático, ya que la carta política es el resultado de las discusiones que se dieron en aquella. Tales discusiones giraron en torno a aspectos procedimentales, mas no dogmáticos, en las que los constituyentes coincidieron en la necesidad de instituir un modelo que garantizara la participación ciudadana. Para dar cuenta de dichas discusiones se hizo una revisión de los proyectos de acto reformativo, contenidos en las gacetas de la ANC, y la información recolectada se sometió al análisis temático por categoría de índole cualitativa de Van Campenhoudt.¹¹

Lo anterior halla fundamento en el contexto mismo de la ANC y en las situaciones identificadas por los constituyentes, marcadas por la distancia entre representantes y representados bajo el anterior modelo democrático. La ANC surge en el denominado movimiento de la “Séptima Papeleta”, que pretendía la manifestación del constituyente primario, inicialmente para reformar la carta política y enfrentar la crisis para entonces existente en Colombia (descrita por Rampf y Chavarro,¹² Jiménez¹³ y Orjuela¹⁴). La crisis se podía evidenciar en dos aspectos principalmente: (i) la distancia entre los ciudadanos y las instituciones y (ii) la existencia de un conflicto armado.

La Constitución de 1886 planteaba un modelo representativo caracterizado por la ausencia de mecanismos de participación diferentes a las elecciones,¹⁵ restringiendo el ejercicio de los derechos políticos al voto. Lo anterior impedía la participación de las minorías¹⁶ y no garantizaba la representación de los intereses de las mayorías, pues los partidos políticos las habían abandonado.¹⁷ Los constituyentes coincidían en la existencia de una crisis de representación y en que los partidos políticos carecían de legitimidad¹⁸ por precedentes como el bipartidismo.¹⁹ Por tal razón se pretendía

¹¹ Luc van Campenhoudt, *Manual de investigación en ciencias sociales*, México, Limusa, 2005.

¹² David Rampf y Diana Chavarro, *La Asamblea Nacional Constituyente de Colombia de 1991. De la exclusión a la inclusión o ¿un esfuerzo en vano?*, Berlín, Berghof Foundation, 2014, p. 5.

¹³ Carolina Jiménez, “Momentos, escenarios y sujetos de la producción constituyente. Aproximaciones críticas al proceso constitucional de los noventas”, *Análisis Político*, núm. 58, 2006, p. 133.

¹⁴ Luis Orjuela, “Así era el país en el que nació la Carta del 91. ¿Por qué y para qué se llegó a la convocatoria de una Asamblea Nacional Constituyente?”, *Constitución de 1991, 20 años. Logros y pendientes*, Bogotá, Universidad de los Andes, 2011, p. 6.

¹⁵ Alejandro Guzmán, *Democracia participativa en la Asamblea Nacional Constituyente de 1991*, tesis para optar por el grado de magíster en Derecho, Manizales, Universidad de Manizales, 2011, p. 89.

¹⁶ ANC, *Gaceta Constitucional* 19, 11 de marzo de 1991, p. 12.

¹⁷ ANC, Proyecto de Acto Reformativo 54, 8 de marzo de 1991, p. 16.

¹⁸ ANC, *Gaceta Constitucional* 1, 5 de febrero de 1991, p. 2.

¹⁹ Ver Francisco Leal, “Colombia: un bipartidismo en crisis”, en L. Meyer y J. Reyna, *Los sistemas políticos en América Latina*, Madrid, Siglo XXI Editores, 1989, pp. 238-243; Esther

ampliar los derechos políticos, así como los escenarios para su ejercicio sin que esto significara la eliminación de los partidos políticos.

La segunda expresión de la crisis en Colombia era el conflicto armado. Sectores de la población no se encontraban representados en las instituciones (como rezago del Frente Nacional por la limitación de la participación de otros partidos políticos)²⁰ y ante la ausencia de una oposición real, las inconformidades se manifestaban en vías de hecho e, incluso, en la creación de grupos guerrilleros.²¹ El período 1982-1991 se caracterizó por un nuevo espacio de relaciones entre el Gobierno y la insurgencia,²² marcado por negociaciones que culminarían con la firma de un acuerdo político que requería un mecanismo útil para consolidar el proceso de paz, brindando garantías de participación.

La superación de la crisis de representación requería tratar tres temas relevantes: derechos políticos, partidos políticos y estatuto de la oposición. Las propuestas de los constituyentes son congruentes en cuanto a la ampliación de los derechos políticos, en tanto los existentes resultaban insuficientes para acercar a los ciudadanos al Estado. Usando como sustrato el proyecto presentado por el Gobierno,²³ otros constituyentes construyeron un amplio catálogo de derechos políticos que incluían aspectos individuales y colectivos (ligados a la conformación de partidos políticos como intermediarios entre el Estado y los ciudadanos).²⁴ Los derechos individuales se podían ejercer frente al Estado, por ejemplo, mediante la denuncia a servidores públicos²⁵ o frente a los partidos políticos con la propuesta de derechos de adherentes y afiliados.²⁶

Se pretendía garantizar igualdad en la contienda electoral a los partidos políticos de oposición²⁷ mediante la consagración de derechos especiales; mientras unos optaron por dejarlo en manos del Legislativo,²⁸ otros fomentaron la consagración de garantías mínimas para la oposición en la Carta Constitucional.²⁹

Parra, "Vicisitudes del bipartidismo en Colombia", *Reflexión Política*, vol. 1, núm. 1.2010, p. 1; Andrés Dávila, "¿Del bipartidismo a un nuevo sistema de partidos? Crisis, constituyente y reconstrucción de un orden político democrático en Colombia", *América Latina Hoy. Revista de Ciencias Sociales*, 1992, núm. 3, p. 36; Arévalo y Ungar Bleier, *op. cit.*, p. 55.

²⁰ Eduardo Pizarro, *Una lectura múltiple y pluralista de la historia*, relatoría elaborada para la Comisión Histórica del Conflicto y sus Víctimas, 2015, p. 27.

²¹ Rampf y Chavarro, *op. cit.*, p. 5.

²² Stefan Jost (ed.), *20 años de la Constitución colombiana. Logros, retrocesos y agenda pendiente*, Bogotá, Fundación Konrad Adenauer, 2012, p. 29.

²³ ANC, *Gaceta Constitucional* 5, 15 de febrero de 1991, p. 5.

²⁴ ANC, Proyecto de Acto Reformatorio 50, 7 de marzo de 1991, p. 11.

²⁵ *Idem.*

²⁶ ANC, Proyecto de Acto Reformatorio 123, 8 de marzo de 1991, p. 28.

²⁷ ANC, Informe de la Comisión Primera. Partidos, Sistema Electoral y Estatuto de la Oposición, Bogotá, 27 de mayo de 1991.

²⁸ ANC, Proyecto de Acto Reformatorio 9, 19 de febrero de 1991, p. 12.

²⁹ ANC, Proyecto de Acto Reformatorio 67, 27 de febrero de 1991, p. 17; ANC, Proyecto de Acto Reformatorio 82, 8 de marzo de 1991, p. 28.

A partir de lo expuesto, es posible concluir que desde la ANC se pretendió crear un modelo en el cual el ciudadano tuviese múltiples escenarios de ejercicio de sus derechos políticos. Mediante el diseño institucional se pretendió acercar al ciudadano a las instituciones de modo que este pudiese participar en las decisiones que le afectan, de forma directa o indirecta, con el uso de mecanismos de participación ciudadana.

1.2. Contenido de la Constitución Política

La segunda premisa propuesta para sustentar que la Constitución Política consagra un modelo de democracia participativa es que se le asignó una preponderante importancia en el texto constitucional. En las líneas siguientes se hace una lectura similar a la presentada por Palau,³⁰ relacionando el Preámbulo con artículos constitucionales en cuanto a la centralidad de la que goza la participación en el modelo colombiano. Así mismo, se presentan algunas características del modelo constitucional que permiten ubicarlo en la democracia participativa como tipo de democracia liberal.

La participación merece mención expresa en el Preámbulo. Así lo promulga la Constitución Política: dentro de un marco jurídico, democrático y participativo que garantice un orden político, económico y social justo”.³¹ La participación hace parte entonces del marco en el cual se tutelan los valores contenidos en el Preámbulo, a saber: la vida, la convivencia, el trabajo, la igualdad, el conocimiento, la libertad y la paz.

En el articulado constitucional hay mención a la *participación* en la formulación general de la parte dogmática de la Constitución como valor (art. 1) y fin del Estado (art. 2), además de ser consagrada como derecho (art. 40) y deber ciudadano (art. 95). Las características generales del modelo democrático en Colombia, a partir del texto constitucional son: a) la soberanía popular (art. 3), b) el propósito de lograr la igualdad material (art. 13), c) la consagración de libertades y derechos, y d) la amplitud de espacios de participación. La soberanía popular se halla consagrada en el artículo 3 de la carta política.³² Es pertinente destacar que la redacción del artículo indica dos formas de ejercicio de la soberanía: de manera directa o a través de sus representantes. El ejercicio directo de la soberanía tiene lugar cuando los ciudadanos hacen uso de los derechos consagrados por la carta política en cuanto, por ejemplo, a la conformación y ejercicio del control político.³³

³⁰ Juan Palau, “Democracia participativa e instituciones de participación en la Constitución de 1991”, *Derecho Público*, núm. 3, 1993, p. 82.

³¹ ANC, Constitución Política de Colombia, Bogotá, Panamericana, 1991, p. 50.

³² *Ibid.*, p. 52.

³³ Jorge Artunduaga, Carlos Bernal y Johann Schomberger, *La titularidad del poder tributario en Colombia*, tesis para obtener el grado de Abogado, Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana, 2005, p. 19.

El segundo elemento característico de la democracia colombiana es la pretensión de conseguir la igualdad material, como lo consagra el segundo inciso del artículo 13 de la carta política. Más allá de la predicada igualdad formal de todos los habitantes del territorio ante la ley, se reconoce la existencia de desigualdades que influye en la construcción del modelo democrático, en tanto dicho reconocimiento orienta la adopción de medidas como la financiación estatal de campañas.

El tercer elemento es la consagración de derechos y libertades en la carta política. Existe en la Constitución un amplio catálogo de derechos consagrados en el Título II. En el acápite destinado a los derechos fundamentales, por ejemplo, se establece el libre desarrollo de la personalidad y la libertad de enseñanza. Así mismo, la estipulación de los DESC cobra efectividad en la construcción de una democracia que tiene como orientador la igualdad material, en tanto se encuentra consignada en los principios constitucionales.

La ampliación de los escenarios de participación es también una de las principales características de la Constitución Política de 1991. Se consagran, entre otros escenarios donde el ciudadano puede participar: instituciones de educación (art. 41); servicios de salud (art. 49); control de calidad de bienes y servicios (art. 78); asociaciones profesionales, cívicas, sindicales, comunitarias, juveniles, benéficas o de utilidad común no gubernamentales (art. 103), por mencionar algunos ejemplos. Así mismo, se incluyen otros sujetos titulares del derecho a la participación como los adolescentes (art. 45).

De lo expuesto, es posible inferir que la visión de la democracia consagrada en la Constitución es participativa conforme a las características identificadas por José Olivos:³⁴ i) colaboración entre ciudadanos y representantes por mecanismos como el referéndum y la iniciativa popular y ii) soberanía popular. Así mismo, por adscribirse a la democracia liberal, la garantía de derechos y libertades constituye un elemento fundamental.

2. Democracia directa en los mecanismos de participación ciudadana

El propósito de este aparte es dar cuenta del aspecto procedimental del modelo democrático: los mecanismos de participación ciudadana. Así, la pretensión de la carta política de 1991 de materializar la democracia participativa en su parte dogmática se concreta en el establecimiento de los mecanismos de participación democrática en su parte procedimental. Lo anterior, a partir de exponer los mecanismos de participación directa en general consagrados en la Constitución Política de Colombia y reglados por la Ley 134 de 1994, y su desarrollo con la demo-

³⁴ José Olivos, *La democracia participativa en México*, ponencia presentada en el Congreso Iberoamericano de Derecho Electoral, México, D. F., 2010, p. 7.

cracia directa; luego, definir la democracia directa y explicar sus características; y, finalmente, comentar los mecanismos de participación directa en articulación con la democracia directa dada.

Respecto a los mecanismos de participación ciudadana, estos son: voto, plebiscito, referendo, iniciativa popular, cabildo abierto y revocatoria del mandato. Cada uno de ellos hace parte del aspecto procedimental de la democracia en Colombia: justamente son la concreción de los principios enunciados en la carta política usados por los ciudadanos como medios para ejercer sus derechos civiles y políticos.

En ese orden de ideas, el *voto* fue definido por la Constitución de 1886 como una “función constitucional”,³⁵ de modo que quien sufragaba no confería mandato al funcionario electo, por lo que este no adquiría compromiso con los electores. Sin embargo, en la Constitución de 1991 se consagra como un “derecho y deber de los ciudadanos”,³⁶ para que elijan por voto directo a sus representantes³⁷ y les atribuyan un compromiso por el que deben responder.

Por su parte, el *plebiscito* se refiere al pronunciamiento del pueblo que es convocado por el Presidente de la República. Lo anterior, con el fin de apoyar o rechazar una determinada decisión del Ejecutivo, específicamente sobre políticas que no requieran aprobación del Congreso, excepto las relacionadas con los estados de excepción y el ejercicio de los poderes correspondientes.³⁸

Ha de distinguirse el plebiscito del *referendo*. Este último corresponde a la convocatoria que se hace al pueblo para que apruebe o no un proyecto de norma jurídica o derogue o no una norma ya vigente.³⁹ Así, puede ser: *derogatorio* cuando esté a consideración la derogación o no de la norma; *aprobatorio*, cuando la corporación pública correspondiente no lo haya adoptado y se ponga a consideración del pueblo que lo aprueba o lo rechaza, total o parcialmente; *constitucional*, cuando se busca la aprobación de reformas constitucionales, o *legal*, cuando verse sobre una iniciativa legal por el respaldo no menor al 10% del censo electoral determinado.⁴⁰

La lógica del modelo democrático colombiano es, justamente, acercar al ciudadano a las instituciones, así como refrendar las decisiones de sus representantes y formular iniciativas normativas. La posibilidad de formular *iniciativas populares* normativas es el derecho político de un grupo de ciudadanos de presentar proyectos de acto legislativo, ley, ordenanza y de resolución para su debate y aprobación, modificación o negación por la corporación correspondiente.⁴¹ La *iniciativa popular*

³⁵ Constitución Política de Colombia, 1886, artículo 179.

³⁶ ANC, Constitución Política de Colombia, 1991, artículo 258.

³⁷ Moisés, *op. cit.*, p. 22.

³⁸ Congreso de la República, Ley 134 de 1994, artículo 77.

³⁹ *Ibid.*, artículo 3°.

⁴⁰ ANC, Constitución Política de Colombia, 1991, artículos 377 y 378; Congreso de la República, Ley 134 de 1994, artículo 32.

⁴¹ Moisés, *op. cit.*, p. 34.

puede ser nacional, departamental, distrital, municipal o local, dependiendo del ámbito territorial, y referirse a asuntos de competencia del Gobierno nacional o de las entidades territoriales o de las corporaciones públicas de elección popular o la convocatoria de una asamblea constituyente, según su objeto.⁴²

Por su parte, el *cabildo abierto* corresponde a la reunión pública de los concejos distritales, municipales o juntas administradoras locales, donde los habitantes podrán participar directamente con el fin de discutir asuntos de interés para la comunidad.⁴³ Es un escenario en el cual los ciudadanos, a pesar de no tener voto, pueden ejercer un control político cercano sobre quienes eligieron, de modo tal que su participación va más allá de las elecciones o la conformación del poder político.

Finalmente, la *revocatoria del mandato* es un derecho político por medio del cual los ciudadanos dan por terminado el mandato que le han conferido a un gobernador o alcalde.⁴⁴ Lo anterior, en tanto el representante elegido haya incumplido con las instrucciones por las que fue elegido.⁴⁵

El cabildo abierto y la revocatoria del mandato se diferencian de los demás medios de participación en que no fortalecen la participación del pueblo en las decisiones de sus representantes sino en el control del mandato. Una innovación en cuanto una de las principales falencias de la Constitución de 1886 fue justamente la creación de mecanismos que permitieran hacer exigibles las cargas impuestas al gobernante.

Corresponde ahora explicar el criterio bajo el cual serán analizados los mecanismos de participación ciudadana: la democracia directa, definida por Sartori⁴⁶ a partir de dos características: i) es una democracia sin representantes y ii) es una relación cara a cara (o casi) entre verdaderos participantes, que implica inmediatez en las interacciones. Para acercar a los lectores a su desarrollo, diferentes autores parten de la descripción de la democracia de los griegos, en la que las decisiones se adoptaban colectivamente en la polis, espacio geográfico sin duda inferior a la mayoría de los Estados nación.

Una caracterización de la democracia griega se encuentra en el *Epitafio de Pericles*, que es analizada por Musti.⁴⁷ El autor hace un análisis metódico de un discurso donde es posible identificar la consideración de la democracia como paradigma que admite un régimen de mayoría en el que se afirman los derechos de todos, con sus divergencias y diferencias particulares.⁴⁸ En este régimen, “el pueblo acudía a la plaza o Asamblea a decidir colectivamente sobre los asuntos que le concernían”;⁴⁹ no

⁴² *Ibid.*, p. 29.

⁴³ Congreso de la República, Ley 134 de 1994, artículo 9°.

⁴⁴ *Ibid.*, artículo 6°.

⁴⁵ Moisés, *op. cit.*, p. 38.

⁴⁶ Giovanni Sartori, *¿Qué es la democracia?*, Bogotá, Altamir, 1994, p. 78.

⁴⁷ Doménico Musti, *Demokratía. Orígenes de una idea*, Madrid, Alianza Editorial, 2000.

⁴⁸ *Ibid.*, p. 40.

⁴⁹ Corina Yturbe, *Pensar la democracia: Norberto Bobbio*, México, Universidad Autónoma de México, 2001, p. 62.

obstante, la noción de pueblo debe atender a factores materiales que hacen que diste de un concepto en el que, *prima facie*, hay homogeneidad. Además de diferencias de edad, capacidad mental, ser esclavo, meteco o mujer, impedía la participación activa de la que eran titulares los ciudadanos.⁵⁰ Es preciso aclarar que la participación, aun cuando se ejercía por votación, distaba mucho de la que posteriormente se concibió como representativa. En la democracia antigua, el voto afectaba directamente la decisión sobre un asunto; en la democracia representativa, el voto faculta a los elegidos para adoptar decisiones.

Hoy en día subsisten elementos de la democracia directa sin que se mantenga el modelo en el cual se garantice la inmediatez de las interacciones en la toma de todas las decisiones. Según algunos autores liberales, la democracia directa “es incompatible con un Estado grande y populoso”.⁵¹ No obstante, pensadores como Rousseau no abandonaron esta idea. Tras la Revolución Francesa, Rousseau desarrolló sus nociones de soberanía popular directa y creyó posible la democracia directa en una sociedad agrícola. Sin embargo, estos planteamientos vieron obstaculizada su cristalización en el surgimiento de una economía comercial, urbana y potencialmente industrial.⁵²

Así mismo, algunos países conservan elementos de democracia directa, reducida a los referendos. Quienes defienden la democracia directa parten del supuesto de que no hay necesaria identidad entre los intereses de los gobernados y el gobernante. Frey⁵³ clasifica los referendos en aquellos que lo son en sentido estricto y la iniciativa. Los referendos en estricto sentido refieren a “voto[s] frente a las decisiones del Parlamento”.⁵⁴ La iniciativa correspondería a una vía por medio de la cual “los ciudadanos puedan promover medidas que se transformarán en leyes si reciben el apoyo de la mayoría”.⁵⁵

Si bien los mecanismos de referendo e iniciativa popular legislativa están directamente relacionados con la noción actual de democracia directa, no es menos cierto que los otros mecanismos de participación ciudadana también se encuentran relacionados con este tipo de democracia. Plebiscito, cabildo abierto y revocatoria del mandato son ejemplos de mecanismos en los cuales el ciudadano puede intervenir directamente en la conformación y el ejercicio del poder público. Así mismo, existen interacciones cercanas entre gobernantes y gobernados que ratifican que la soberanía popular se ejerce por el pueblo mismo o por sus representantes, siendo el uso de los mecanismos de participación un medio para ejercer la soberanía de

⁵⁰ *Ibid.*, p. 63.

⁵¹ Philip Resnick, *La democracia en el siglo XXI*, Barcelona, Anthropos, 2007, p. 78.

⁵² *Ibid.*, p. 79.

⁵³ Bruno Frey, “¿Democracia representativa o democracia directa?”, en M. Krause y M. Molteni, *Democracia directa* (pp. 21-31), Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1997.

⁵⁴ *Ibid.*, p. 22.

⁵⁵ Frances Kendall, “La clave para un gobierno responsable”, en Kraus y Molteni, *ibid.*, p. 36.

manera directa. Lo anterior es una expresión de que la soberanía popular no sólo se ejerce de forma directa cuando hay elecciones sino que esta se expresa también una vez se ha constituido el poder público, donde los gobernantes son meros delegatarios, como en su momento lo fueron los constituyentes. Bajo este supuesto, no son ellos mismos la voz del pueblo sino meros voceros que han de recoger los intereses presentes en la sociedad para representarlos en el Estado.

3. El modelo democrático desde la realidad. Elemento representativo

En este acápite se pretende evidenciar que el voto, como uno de los mecanismos de participación, es el más utilizado en la democracia colombiana: es preeminente. Las cifras de la Registraduría Nacional del Estado Civil muestran la frecuencia con que los ciudadanos en Colombia utilizan este mecanismo desde la consagración en la Constitución Política de 1991. Se han celebrado aproximadamente 12 elecciones populares, sumando más de 10 millones de votos, lo cual supera el uso de los demás mecanismos: revocatorias del mandato: 34 veces, cabildos abiertos: 89, iniciativa popular: 1, y referendos: 2.⁵⁶ Así, se precisará, en primer lugar, en qué consiste el voto como mecanismo de participación en democracia directa; en segundo lugar, cuál ha sido su relación con la democracia representativa y, en tercer lugar, cómo se ha materializado en Colombia.

3.1. Conceptualización del voto y su expresión en la Constitución

La democracia participativa pretende el privilegio de la intervención directa de los ciudadanos en las decisiones públicas. En otras palabras, no existe autoridad política que no provenga o emane del pueblo y, en consecuencia, las decisiones deben ser tomadas por él. De hecho, los actores políticos como gobernantes o representantes deben reconocer este origen del poder, devolverlo cuando sea necesario y garantizar su intervención sistemática en los asuntos públicos. (Entendido lo público como aquello que le interesa y pertenece a todos).⁵⁷ Lo anterior con el fin de que se lleven a cabo mecanismos que permitan dicha participación.

Los mecanismos de participación dentro de la democracia participativa operan, pues, a través de estrategias constitucionales y legalmente diseñadas que permiten a los ciudadanos adoptar directamente ciertas decisiones o participar en el debate

⁵⁶ Registraduría Nacional del Estado Civil, Ranking de mecanismos de participación ciudadana. Disponible en: <http://www.registraduria.gov.co/-Mecanismos-de-Participacion,320-.html>.

⁵⁷ Juan Ramírez, *La participación ciudadana en la democracia*, México, Instituto Electoral y de Participación Ciudadana, 2013, p. 16.

previo a su adopción por la autoridad pública competente.⁵⁸ Sin embargo, si nos centramos en el voto, este consiste en un proceso mediante el cual los ciudadanos ejercen su derecho tanto a elegir a las personas que los representan en las corporaciones públicas⁵⁹ como a exigirles que cumplan con su deber. Así mismo, es el mecanismo que permite al ciudadano participar en la vida política, cívica y comunitaria del país⁶⁰ y ver representados sus intereses.⁶¹

De igual manera, el voto se involucra en la democracia representativa, entendida como la forma de gobierno que pretende responder al principio de identidad entre gobernantes y gobernados, es decir, la voluntad popular y la ley. Identidad que se remite a la igualdad sustancial de los ciudadanos, o sea, al hecho de que todos son miembros de una misma unidad política y a la pretensión principal del pueblo como soberano, del que proceden el poder político y las leyes. Allí, cada gobernante es sólo un agente ejecutivo conforme a su voluntad, con un papel reducido y un mandato que le quita legitimidad cuando sus fines y proyectos no corresponden a tal.⁶²

Se menciona lo anterior porque para las democracias liberales existe una supremacía dada en la representación. Es decir que para ellas prima lo representativo sobre lo participativo.⁶³ En cuanto el voto es un medio técnico para consultar y revelar la opinión, la calidad de ciudadano no se agota en este; consiste más bien en poner en práctica todos los métodos que le permitan manifestar o rechazar el consentimiento, expresar su rechazo o aprobación.⁶⁴

Por tanto, la relación entre la democracia participativa y representativa en torno al voto se refleja en que en cualquiera de las concepciones que se adopte, es decisiva la importancia de la participación ciudadana. Por un lado, en la democracia representativa, sin la participación electoral, no existirían gobernantes, o estos se encontrarían impuestos por quienes detentan los poderes fácticos. Así mismo, las leyes y normas que rigen una sociedad carecerían de un respaldo ciudadano que las legitime, porque vendrían de fuentes o poderes autoritarios. Por otro lado, las experiencias de democracia participativa o semidirecta reflejan lo mismo en pro de haberse constituido como correctivos a deficiencias en el funcionamiento de las instituciones democráticas de representación,⁶⁵ lo que en conclusión significaría que tanto la participativa como la representativa parten de la noción de participación

⁵⁸ Araújo y Torres, *op. cit.*, p. 65.

⁵⁹ Mauricio Pava, *Mecanismos de participación ciudadana*, Bogotá, Cogestores, 2007, p. 7.

⁶⁰ Sonia Alvarado, *La participación democrática en Colombia y la educación ciudadana para el voto*, Bogotá, D. C., Universidad Militar de Colombia, 2014, p. 15.

⁶¹ INCI, *Mecanismos de participación política*. Disponible en: <http://www.inci.gov.co/servicio-al-ciudadano/mecanismos-de-participacion>.

⁶² Alain de Benoist, “Democracia representativa y democracia participativa”, *El Manifiesto. com*, 29 de abril de 2016, p. 2.

⁶³ *Idem*.

⁶⁴ *Ibid.*, p. 4.

⁶⁵ Ramírez, *op. cit.*, p. 16.

y esta se relaciona intrínsecamente con el voto como mecanismo para manifestar su voluntad.

3.2. Implementación práctica del voto

Específicamente en Colombia, Múnera⁶⁶ afirma que la participación apareció en el primer lustro de los años ochenta, pues, durante el Frente Nacional, el debate giraba sobre el carácter restringido y excluyente del régimen político colombiano, materializado en los bajos niveles de participación social, política o comunitaria. La garantía de la participación era vista como un vacío institucional, en tanto los conflictos y las contradicciones generadas por los movimientos populares y la izquierda, las diversas manifestaciones de la violencia o las múltiples facetas del clientelismo constituyeron la base para los análisis de la democracia colombiana.

Luego, bajo la presidencia de Julio César Turbay (1978-1982), el deterioro de los mecanismos de legitimación utilizados por el Estado y los partidos liberal y conservador, la autonomía del movimiento popular con respecto a las fuerzas políticas tradicionales, la coerción directa sobre el consenso dentro de la hegemonía política colombiana y el auge de la guerrilla crearon el ambiente político propicio para que se empezara a hablar de la apertura del régimen político. A su vez, durante el mandato de Belisario Betancur (1982-1986), las conversaciones de paz con las organizaciones guerrilleras adquirieron relieve en la vida política nacional y con ellas las propuestas para superar las limitaciones de la democracia colombiana.⁶⁷

El contexto anterior llevó a que la participación del conjunto de la sociedad civil en la orientación de la vida pública surgiera como un elemento fundamental para evitar la extensión de la guerra. La participación apareció en la escena política nacional como la necesidad de impulsar una serie de prácticas incluyentes, que acabaran con el monopolio político del liberalismo y el conservatismo,⁶⁸ así como con la distancia entre la ciudadanía y los mandatarios elegidos.⁶⁹ Lo anterior porque los ciudadanos no se sienten representados por sus dirigentes, hay altos niveles de abstención electoral, pretenden la búsqueda de nuevos mecanismos de participación política diferentes a la democracia representativa clásica y subyace una crisis en los partidos envueltos en un proceso de dispersión y pérdida de liderazgo.⁷⁰

Empero, en la realidad y a partir de su consagración en la Constitución de 1991, el voto no se ve como propiamente un mecanismo de participación, sino como un

⁶⁶ Leopoldo Múnera, *Los estudios sobre la participación en Colombia*, Biblioteca Digital Universidad Nacional de Colombia, 1999, p. 1.

⁶⁷ *Ibid.*, p. 2.

⁶⁸ *Idem.*

⁶⁹ Humberto de la Calle, *Reforma electoral en Colombia*, Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México, 2011, p. 2.

⁷⁰ *Idem.*

modus operandi de la democracia, que puede ser utilizado tanto en el ámbito de lo representativo como de lo participativo, ya que lo propio de la participación es poder adoptar decisiones o intervenir en el proceso de su adopción o ejercer control sobre el ejercicio del poder.⁷¹

Cabe añadir que algunos de los mecanismos de participación ciudadana consagrados en las normas superiores constituyen procesos propios de la democracia representativa, al paso que otros establecen la posibilidad de que el ciudadano actúe personal y directamente en la esfera de lo público.⁷² Por ello, podrá decirse que la Constitución se refiere de manera genérica a los derechos políticos de los ciudadanos, de los cuales unos responden al modelo representativo y otros al participativo. En otras palabras, Colombia se inscribe abiertamente en la órbita de la democracia integral, donde se mantiene la democracia representativa y se adiciona la participativa.⁷³

Se explica el contraste entre lo consagrado en la carta y lo ocurrido en la realidad: la Constitución dispone amplios espacios de ejercicio de los derechos políticos; sin embargo, en la realidad parece reducirse la participación del ejercicio del voto. Como consecuencia, se socava la legitimidad de las instituciones y limita la capacidad del mecanismo de participación de producir los resultados esperables de la democracia plena.⁷⁴

Tales fenómenos tienen su origen en la tradición democrática del país, donde las elecciones se han llevado a cabo regularmente. Sin embargo, la competitividad se ha convertido en un rasgo distintivo de ellas *sólo tardíamente en el siglo XX*. Los partidos tradicionales –el Conservador y el Liberal– tienen una larga historia de exclusión mutua del poder o de polarización, que tuvo un lapso de alternancia del poder durante los 16 años del Frente Nacional. Después de este, la competencia electoral fue restablecida y es lo que hoy se mantiene. A pesar de sus limitaciones, las elecciones son acontecimientos regulares y de importancia: 45% de la población vota; el voto se mantiene y es ejercido, aun bajo prácticas negativas.⁷⁵

Recogiendo lo antedicho, es posible concluir que existe una prevalencia del voto en la realidad colombiana. Como mecanismo de participación, y aún más, *modus operandi*, el voto permite el desarrollo próspero de la democracia participativa con elementos de democracia directa y representativa. Vale agregar que el voto hace parte de la participación en la democracia participativa y representativa, y es esencial en ellas; se establece en la carta política de 1991 como deber y derecho y en la realidad se ve limitado por condiciones materiales del país: el voto no se convierte en un verdadero control para la actuación de sus gobernantes.

⁷¹ *Ibid.*, p. 67.

⁷² *Idem.*

⁷³ *Ibid.*, p. 68.

⁷⁴ Botero, Hoskin y Pachón, *op. cit.*, p. 42.

⁷⁵ *Ibid.*, p. 47.

4. Conclusiones

El modelo democrático colombiano puede caracterizarse a partir de las tensiones existentes entre los tres tipos de democracia, a saber: participativa, directa y representativa. Así, el modelo no corresponde a un tipo específico sino que tiene matices según el aspecto analizado. Las discusiones en la ANC, cuyos ejes fueron los derechos políticos, los mecanismos de participación y las garantías a la oposición, se centraron en el aspecto procedimental de la democracia. En este particular se pretendió crear un modelo donde el ciudadano tuviese múltiples escenarios de ejercicio de sus derechos políticos, que abarcan la posibilidad de elegir y ser elegido con el control posterior no sólo de quienes elige sino de otros sujetos que actúan en representación del Estado en las entidades públicas.

Así mismo, en el texto constitucional se hace hincapié en la participación. En el Preámbulo se menciona como parte del marco en que se protegen valores como la vida, la convivencia, el trabajo y la justicia, que se asumen como fundacionales en el Estado social de derecho colombiano. En otras disposiciones se caracteriza el modelo democrático a partir de: a) la soberanía popular (art. 3), b) el propósito de lograr la igualdad material (art. 13), c) la consagración de libertades y derechos, y d) la amplitud de espacios de participación. Con lo anterior se puede inferir que el modelo democrático colombiano plasmado en la Constitución y en las discusiones de la ANC tiene un importante énfasis en la democracia participativa, cumpliendo con los requisitos de: a) colaboración entre ciudadanos y representantes por mecanismos como el referéndum y la iniciativa popular, b) soberanía popular y c) garantía de derechos y libertades, que constituye un elemento fundamental.

Sin embargo, el modelo democrático colombiano es más que una mera consagración constitucional relacionada con la participación: si el objetivo es su caracterización, los mecanismos que lo hacen operativo deben ser tenidos en cuenta. En ese sentido, los mecanismos de participación ciudadana como el voto, el plebiscito, el referendo, la iniciativa popular, el cabildo abierto y la revocatoria del mandato permiten al ciudadano hacer parte de la vida política del país.

No obstante, tales mecanismos de participación no han sido utilizados de la misma forma por los ciudadanos, y entre ellos prevalece el uso del voto. Este mecanismo propio de la democracia representativa tuvo un cambio en la Constitución de 1991 por cuanto deja de ser considerado una función constitucional y pasa a ser un derecho y un deber de los ciudadanos con el fin de que elijan a sus representantes, a quienes, con ello, se les atribuye un compromiso por el que deben responder: las instrucciones por las que fue elegido. Ello –se aclara– se plantea en la teoría. Sin embargo, en la realidad, el voto rompe con lo planteado en la carta por cuanto no genera facultades inmediatas de controlar su *modus operandi*.

Bibliografía

- AGUILERA, Armando, “Implicaciones de la violencia política en la intención de voto y en el comportamiento electoral”, *Reflexión Política*, vol. 4, núm. 7, 2007.
- ALVARADO, Sonia, *La participación democrática en Colombia y la educación ciudadana para el voto*, Bogotá, Universidad Militar de Colombia, 2014.
- ARAÚJO, Rocío y María TORRES, *Retos de la democracia y de la participación ciudadana*, Colección Textos de Jurisprudencia, Bogotá, Fundación Hanns Seidel - Universidad del Rosario, 2011.
- ARÉVALO, Carlos y Elisabeth UNGAR BLEIER, “Partidos y sistema de partidos en Colombia hoy: ¿crisis o reordenación institucional?”, en Miriam KORNBLITH *et al.*, *Partidos políticos en la Región Andina: entre la crisis y el cambio*, Lima, International Institute for Democracy and Electoral Assistance, 2004.
- ARTUNDUAGA, Jorge, Carlos BERNAL y Johann SCHOMBERGER, *La titularidad del poder tributario en Colombia*, tesis para obtener el grado de abogado, Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana, 2005.
- BARCO, Virgilio, “El narcotráfico y la violencia: una amenaza mortal a la democracia”, *Colombia Internacional*, núm. 6, 1989, pp. 23-28.
- BEJARANO, Ana María, Helena ALVIAR, Felipe BOTERO, Gary HOSKIN y Mónica PACHÓN, “Colombia: ‘Democracia amenazada’”, en Maxwell CAMERON y Juan Pablo LUNA, *Democracia en la Región Andina*, Lima, Plural Editores, 2010.
- BENOIST, Alain de, “Democracia representativa y democracia participativa”, *El Manifiesto.com*, 29 de abril de 2016.
- BLANCO, Jorge, “Partidos políticos y movimientos sociales en Colombia y Venezuela. Entre caudillismo y bipartidismo”, *Verba Iuris*, vol. 1, fasc. 25, 2011, pp. 185-216.
- BOTERO, Felipe, Gary HOSKIN y Mónica PACHÓN, “Sobre forma y sustancia: Una evaluación de la democracia electoral en Colombia”, *Revista de Ciencia Política*, vol. 30, núm. 1, 2010.
- CLAVIJO, Andrea, María ARBOLEDA y Marcela PRIETO, *Reforma política y reelección*, Bogotá, Instituto de Ciencia Política Hernán Echavarría Olózaga, 2009.
- COGOLLOS, Silvia y Jaime RAMÍREZ, “El camino tortuoso de la participación ciudadana. Una mirada al cabildo abierto en Bogotá”, *Universitas Humanística*, núm. 63, 2007, pp. 109-113.
- CORZO, Susana, *El clientelismo político como intercambio*, Barcelona, Universidad de Granada, 2002.
- DÁVILA, Andrés, “¿Del bipartidismo a un nuevo sistema de partidos? Crisis, constituyente y reconstrucción de un orden político democrático en Colombia”, *América Latina Hoy. Revista de Ciencias Sociales*, núm. 3, 1992.
- DE LA CALLE, Humberto, *Reforma electoral en Colombia*, México, Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2011.
- ESCUDERO, Ramiro, *Consideraciones sobre la participación democrática y los instrumentos para su eficacia*, Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana, 2002.

- FREY, Bruno, “¿Democracia representativa o democracia directa?”, en M. KRAUSE y M. MOLteni, *Democracia directa*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1997.
- GIRALDO, Fernando, *La economía en la Constitución del 91: la contradicción entre Estado y mercado*, Octavo Congreso Internacional sobre Globalización y Crisis Financiera, Málaga, 6-25 de octubre de 2010.
- GÓMEZ, Diana, “Democracia y narcotráfico en Colombia”, *Paz-andó*, vol. 2, núm. 1, 2009, pp. 89-112.
- GUERRERO, Javier, “Colombia y Venezuela siglo XX: entre la modernidad democrática y la modernización reaccionaria. Elementos críticos de una historia comparada”, *Historia Crítica*, núm. 16, 1998.
- GUZMÁN, Alejandro, *Democracia participativa en la Asamblea Nacional Constituyente de 1991*, tesis para optar por el grado de magíster en Derecho, Manizales, Universidad de Manizales, 2011.
- HERNÁNDEZ, Andrés, “Modelos de democracia participativa en Bogotá”, *Controversia*, núm. 191, 2008, pp. 227-279.
- INCI, *Mecanismos de participación política*. Disponible en: <http://www.inci.gov.co/servicio-al-ciudadano/mecanismos-de-participacion>.
- JIMÉNEZ, Carolina, “Momentos, escenarios y sujetos de la producción constituyente. Aproximaciones críticas al proceso constitucional de los noventa”, *Análisis Político*, núm. 58, 2006.
- KENDALL, Frances, *La clave para un gobierno responsable*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1997.
- LEAL, Francisco, “Colombia: un bipartidismo en crisis”, en L. MEYER y J. REYNA, *Los sistemas políticos en América Latina*, Madrid, Siglo XXI Editores, 1989.
- MOISÉS, Carolina, *El cabildero y su importancia en la democracia participativa*, Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana, 2001.
- MÚNERA, Leopoldo, “Los estudios sobre la participación en Colombia”, *Revista Análisis Político*, núm. 36, 1999, pp. 1-22.
- MUSTI, Doménico, *Demokratía. Orígenes de una idea*, Madrid, Alianza Editorial, 2000.
- OLIVOS, José René, *La democracia participativa en México*, ponencia presentada en el Congreso Iberoamericano de Derecho Electoral, México, D. F., 2010.
- ORJUELA, Luis, “Así era el país en el que nació la Carta del 91. ¿Por qué y para qué se llegó a la convocatoria de una Asamblea Nacional Constituyente?”, *Constitución de 1991, 20 años. Logros y pendientes*, Bogotá, Universidad de los Andes, 2011.
- ORTIZ, Mauricio, *Participación política a través de acciones constitucionales. Estudio de caso: matrimonio igualitario para personas del mismo sexo en Colombia*, Bogotá, Universidad del Rosario, 2014.
- PABÓN, Juan Antonio y Alfredo TORRES, “Estado social y democrático de derecho. Representación política y reelección inmediata en Colombia: sus efectos en el comportamiento electoral”, *Advocatus*, vol. 12.

- PALAU, Juan Carlos, "Democracia participativa e instituciones de participación en la Constitución de 1991", *Derecho Público*, núm. 3, 1993.
- PARRA, Esther, "Vicisitudes del bipartidismo en Colombia", *Reflexión Política*, vol. 1, núm. 1.2010.
- PAVA, Mauricio, "Mecanismos de participación ciudadana", Bogotá, Cogestores, 2007.
- PEÑA, Sonia, "Sistemas políticos en Colombia. Redes de inclusión en los años sesenta y noventa. Una aproximación desde la teoría de sistemas", *Diálogo de Saberes*, núm. 26, 2007, pp. 191-230.
- POSADA CARBÓ, Eduardo, *La nación soñada: violencia, liberalismo y democracia en Colombia*, Bogotá, Grupo Editorial Norma, 2006.
- _____, "Café y democracia en Colombia: reflexiones desde la historia", *Revista de Economía Institucional*, vol. 14, núm. 27, 2012, pp. 241-254.
- PRIETO BOTERO, Marcela, "La importancia de nuestros partidos políticos para el desarrollo de la democracia", *El Nuevo Ajedrez Político*, julio-septiembre de 2010.
- RAMÍREZ, Juan, *La participación ciudadana en la democracia*, México, D. F., Instituto Electoral y de Participación Ciudadana, 2013.
- RAMPF, David y Diana CHAVARRO, *La Asamblea Nacional Constituyente de Colombia de 1991. De la exclusión a la inclusión o ¿un esfuerzo en vano?*, Berlín, Berghof Foundation, 2014.
- RESNICK, Philip, *La democracia en el siglo XXI*, Barcelona, Anthropos, 2007.
- RODRÍGUEZ, Erwin, *Influencia del clientelismo en la democracia colombiana*, Bogotá, Universidad Militar de Colombia, 2013.
- SANÍN, Francisco, *¿Lo que el viento se llevó?: los partidos políticos y la democracia en Colombia, 1958-2002*, Bogotá, Grupo Editorial Norma, 2007.
- SANZ, Antonio, "Colombia tras las elecciones: economía, conflicto armado y derechos humanos", *Papeles de Cuestiones Internacionales*, núm. 94, 2006.
- SARTORI, Giovanni, *¿Qué es la democracia?*, Bogotá, Altamir, 1994.
- SILVA-COLMENARES, Julio, *Economía y democracia en Colombia: La situación en los 90 y perspectivas para el siglo XXI*, Bogotá, Instituto Luis Carlos Galán, 1994.
- SOMUANO, María, "Más allá del voto: modos de participación política no electoral en México", *Foro Internacional*, vol. XLV, núm. 1, enero-marzo, 2005, pp. 65-88.
- TANAKA, Martín, *La situación de la democracia en Colombia, Perú y Venezuela a principios de siglo*, informe presentado ante la Comisión Andina de Juristas, Lima, 2002.
- VAN CAMPENHOUDT, Luc, *Manual de investigación en ciencias sociales*, México, Limusa, 2005.
- VARGAS VELÁSQUEZ, Alejo, "La democracia colombiana tratando de salir de su laberinto", *Reflexión Política*, año 2, núm. 3, 2000.
- VELÁSQUEZ, Fabio y Esperanza GONZÁLEZ, *¿Qué ha pasado con la participación ciudadana en Colombia?*, Bogotá, Fundación Corona, 2003.
- VELÁSQUEZ, Fabio, "La institucionalización de la participación en Colombia. Notas para su interpretación", *Política & Sociedad*, vol. 10, núm. 18, 2011, pp. 155-186.

YTURBE, Corina, *Pensar la democracia: Norberto Bobbio*, México, Universidad Autónoma de México, 2001.

ZULETA, Andrea, *La corrupción, su historia y sus consecuencias en Colombia*, Bogotá, Universidad Militar de Colombia, 2015.

VOLVER A LA TABLA DE CONTENIDO

Roberta Maia Gresta (Brasil)*
Polianna Pereira dos Santos (Brasil)**

Direitos políticos como direitos da sociedade: crítica ao aprisionamento semântico dos direitos políticos¹

RESUMO

O presente artigo tem por objeto a investigação e a crítica da ressemantização dos direitos políticos pela jurisprudência brasileira, que os considera direitos da sociedade. Resgata-se a origem dos direitos políticos, ao lado dos direitos civis, com a finalidade de proteção do indivíduo ante as ingerências do Estado, para questionar a construção jurisprudencial que, projetando a dicotomia público/privado sobre a matéria eleitoral, equipara a proteção dos direitos políticos à concretização da moralidade pública. Este estudo se dedica a examinar essa construção, à qual se denomina *aprisionamento semântico dos direitos políticos*. São examinados excertos de decisões dos Tribunais Superiores sobre a matéria.

Palavras-chave: Liberdades públicas. Interesse individual. Direito Político.

ZUSAMMENFASSUNG

Gegenstand des Artikels ist die Untersuchung und Kritik der Resemantisierung von politischen Rechten als Rechten der Gesellschaft durch die brasilianische Recht-

* Doutoranda em Direito Político (UFMG). Mestre em Direito Processual (PUC Minas). Especialista em Direito Processual (IEC-PUC Minas). Professora de Graduação em Direito e Pós-graduação *lato sensu*. Assessora-chefe de Gabinete (TRE/MG). E-mail: robertamg@ufmg.br.

** Mestre em Direito Político (UFMG). Especialista em Ciências Penais (IEC-PUC Minas). Professora de Graduação em Direito (UNIPAC) e de Pós-graduação *lato sensu* (PUC Minas). Assessora Jurídica da Procuradoria Regional Eleitoral. E-mail: poliannasantos@gmail.com.

¹ O presente estudo foi desenvolvido a partir das discussões realizadas na disciplina “Balanceamento Constitucional dos Direitos Políticos”, ministrada pelo Prof. Dr. Rodolfo Pereira Viana na Universidade Federal de Minas Gerais – UFMG.

sprechung. Dazu wird auf den Ursprung der parallel zu den bürgerlichen Rechten entstandenen politischen Rechte eingegangen, deren Ziel der Schutz des Individuums vor staatlichen Eingriffen ist, um das der Rechtsprechung zugrundeliegende Konstrukt zu hinterfragen, das über die Projektion der Dichotomie öffentlich/privat auf Wahlfragen den Schutz der politischen Rechte mit der Konkretisierung der öffentlichen Moral gleichsetzt. Die Studie nimmt eine Untersuchung dieses Konstrukts vor, die als *Semantische Vereinnahmung von politischen Rechten* bezeichnet wird. Dazu werden Auszüge aus Entscheidungen der Obersten Gerichte ausgewertet.

Schlagwörter: Abwehrrechte; persönliches Interesse; politisches Recht.

ABSTRACT

This article focuses on researching and reviewing the re-semanticization of political rights by Brazilian jurisprudence, which considers them as society rights. It recovers the origin of political rights alongside civil rights, with the purpose of protecting individuals against State's interference, questioning the jurisprudential construction which, by projecting a public/private dichotomy onto electoral matters, equalizes the protection of political rights to the achievement of public morality. This study is intended to examine this construction, called *semantic imprisonment of political rights*. Excerpts of judicial decisions made by Senior Courts on this matter are reviewed.

Keywords: Civil liberties. Individual interest. Political Law.

Introdução

Os direitos políticos são espécies de direitos humanos e fundamentais. Nada obstante, percebe-se que os Tribunais Superiores em alguns momentos proferem decisões e realizam interpretações que restringem o exercício destes direitos. A justificativa mais comum – e aceita – para essas restrições tem sido a ideia de proteção da moralidade política.

Para melhor compreender o papel dos direitos políticos na democracia brasileira, fez-se necessário recorrer a uma regressão histórica dos direitos fundamentais, a partir da análise da clássica acepção dos direitos políticos e da noção de gerações sucessivas de direitos fundamentais a partir da teorização de Paulo Bonavides.

Com base em uma análise crítica das gerações de direitos fundamentais, é possível verificar que, em seu exercício, os direitos políticos não aparecem de forma isolada, senão que diretamente relacionada a outros – sobretudo, aos direitos civis. Com essa percepção é necessário questionar sobre a possibilidade de tratar essa questão dos direitos políticos e dos direitos civis a partir de uma posição de dualidade, que provoca, ou implica em, mais comumente, prejuízo – ou restrição – dos direitos políticos.

A análise realizada sobre a relação entre direitos políticos e direitos civis – ou entre liberdades públicas e liberdades individuais – se pauta, principalmente, nas teorias de Morange e Simone Goyard-Fabre, destacando-se a inadequação de ignorar a complexidade de atuação concreta dos direitos e liberdades em suas interações e tensões recíprocas.

Passa-se, então, a uma breve análise do julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 144, das Ações Declaratórias de Constitucionalidade (ADC's) nº 29 e 30, e da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 4578 pelo Supremo Tribunal Federal (STF), e das respostas do Tribunal Superior Eleitoral (TSE) às Consultas 1120-26 e 1147-09, todas relativas à Lei Complementar 135/2010, conhecida como Lei da Ficha Limpa. Essa análise tem como pretensão verificar se os Tribunais Superiores têm projetado uma dualidade entre direitos políticos e direitos individuais – neste caso indicando o direito de candidatar-se como direito individual do cidadão e a restrição ao exercício desse direito à proteção do interesse comum de ter candidatos que respeitem uma moralidade pública – se valendo da clássica dicotomia público/privado.

1. Os direitos políticos em sua clássica acepção

O reconhecimento e a forma de aplicação e garantia dos direitos fundamentais nas sociedades variaram largamente no tempo. Os direitos políticos são espécies de direitos humanos e fundamentais,² reconhecidos na visão de Paulo Bonavides como direitos de primeira geração, juntamente com os direitos civis. Essa noção de gerações sucessivas traduz um processo cumulativo, e não fragmentado, no qual a manifestação dos direitos fundamentais é identificada, a cada denominada “geração”, com um dos valores ou ideais que constituem o lema da Revolução Francesa: liberdade, igualdade e fraternidade.³

² Direitos humanos e direitos fundamentais, embora estejam intimamente relacionados entre si, não devem ser tomados por sinônimos. Os direitos fundamentais são os direitos humanos objetivamente vigentes em uma ordem concreta, enquanto que os direitos humanos nasceriam da própria natureza humana, e daí seu caráter inviolável, atemporal e universal.

³ Os direitos de segunda geração – igualdade – são marcos nas Constituições do pós-guerra (segunda), a princípio tidos como de esfera programática e aplicabilidade mediata. Tratam-se dos direitos sociais, culturais e econômicos; coletivos e de coletividade. Os direitos de terceira geração relacionados ao princípio de fraternidade – ou solidariedade – ganham força no fim do séc. XX e tem como destinatário o gênero humano. Trata-se dos direitos ao desenvolvimento, meio ambiente, paz, patrimônio comum da humanidade e comunicação. Além da clássica tríade, foram desenvolvidas (ou identificadas) novas gerações de direitos fundamentais. Convém destacar aqueles direitos fundamentais que são apontados como de quarta geração, que representariam, para Bonavides, a derradeira fase de institucionalização do Estado Social: democracia, informação e pluralismo. (Paulo Bonavides, *Curso de Direito Constitucional*, São Paulo, Malheiros, 2009 [24. ed.]).

Os direitos de primeira geração – relacionados, portanto, ao ideal de liberdade – são marco inaugural do constitucionalismo no Ocidente e têm como objetivo salvaguardar o indivíduo. Os direitos civis e direitos políticos se projetam como *status* negativos que retratam as faculdades ou atributos da pessoa, compondo, portanto, a noção de subjetividade. Trata-se de direitos de resistência ou de oposição perante o Estado – em uma compreensão segundo a qual a oposição indivíduo-Estado era tida como irremediável – que constroem o sentido de exercício da liberdade como esfera de não ingerência do Estado.

Considerando como principal marco histórico do reconhecimento dos direitos fundamentais de primeira geração a Revolução Francesa (que nesse aspecto tem destaque com relação às demais revoluções burguesas),⁴ é compreensível o fato de ter sido inicialmente tida como irremediável a oposição entre indivíduo e Estado. Não por outra razão o clássico conceito francês de *liberdade pública* é o de “tradução jurídica de uma filosofia de Direitos Humanos”, mas que, como bem enfatiza Jean Morange, somente se consolida “quando o indivíduo se vê reconhecer pelo Estado o direito de exercer, ao abrigo das pressões exteriores, uma atividade determinada”.⁵

Interessa enfatizar essas características dos direitos fundamentais de primeira geração: titularidade do indivíduo e oponibilidade contra o Estado – por serem estas, precisamente, as características que serão desconsideradas no tratamento jurisprudencial brasileiro atual dos direitos políticos. Considerando o absolutismo monárquico, que, no contexto de eclosão da Revolução Francesa, permitia total ingerência do Estado sob a vida da pessoa – que dificilmente seria reconhecida como *indivíduo* naquele momento histórico –, a luta e os direitos reconhecidos a partir dela tinham como objetivo principal a salvaguarda dos sujeitos perante o Estado. Se, de um lado, os direitos civis comporiam exatamente o núcleo da vida privada almejada pelos burgueses, de outro, os direitos políticos consistiam em liberdades indispensáveis para a construção de um Estado efetivamente comprometido com aquela salvaguarda.

Os direitos políticos se veem, então, na primeira geração dos direitos fundamentais, como direitos relacionados à liberdade, ao lado dos direitos civis. Estão reconhecidos nas principais declarações de direitos humanos, consagrados já nos primeiros documentos. Merecem destaque: (a) a Declaração do Povo da Virgínia, que em 1776 tratava das eleições dos representantes do povo e do direito de voto; (b)

⁴ Interessa, para fins de esclarecimento, citar brevemente Bonavides sobre a questão: “[...] as declarações antecedentes de ingleses podiam talvez ganhar em concretude, mas perdiam em espaço de abrangência, porquanto se dirigiam a uma camada social privilegiada (os barões feudais), quando muito a um povo ou a uma sociedade que se libertava politicamente, conforme era o caso das antigas colônias americanas, ao passo que a Declaração Francesa de 1789 tinha por destinatário o gênero humano”. (Paulo Bonavides, *Curso de Direito Constitucional*, São Paulo, Malheiros, 2009 [24. ed.], p. 562)

⁵ Jean Morange, *Direitos humanos e liberdades públicas*, Barueri, Manole, 2004 [5. ed.], p. 123.

a Declaração Francesa dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, que destaca a vontade geral como fundamento das leis e o direito dos cidadãos de concorrer para a sua formação; além de (c) a Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 1948, que destaca em seu art. XXI o direito de todos os homens de “tomar posse do governo de seu país, diretamente ou por intermédio de representantes livremente escolhidos”.

Porém, ao contrário dos direitos civis, assegurados a todos em suas relações privadas, os direitos políticos são destinados aos sujeitos considerados aptos a participar da vida pública. J. J. Gomes Canotilho esclarece que os direitos políticos se distinguem dos direitos civis na medida em que estes se estenderiam a todos os homens que vivem em sociedade, ao passo que os direitos políticos teriam âmbito mais restrito, circunscrito aos “cidadãos activos”:

Os direitos civis são reconhecidos pelo direito positivo a todos os homens que vivem em sociedade; os segundos – direitos políticos – só são atribuídos aos cidadãos activos. Sieyès formula esta distinção da seguinte maneira: os direitos civis “devem beneficiar a todos os indivíduos”; pelo contrário, nem todos têm o direito a tomar parte activa na formação dos poderes públicos, beneficiando de direitos políticos.⁶

Assim, os direitos políticos podem ser compreendidos como prerrogativas inerentes à cidadania, que disciplinam as diversas manifestações da soberania popular. São a expressão dos indivíduos no âmbito coletivo, voltados para a formação e o controle do poder político. O cerne desses direitos, portanto, não é servir ao Estado, mas assegurar que o Estado se conduza com respeito às diretrizes fundamentais da sociedade. Por isso mesmo, a maior extensão e reconhecimento de direitos políticos – especialmente do direito de voto – entre os adultos que não estão apenas *de passagem* pelo território e que tenham plena capacidade mental – são requisitos apontados por Robert Dahl⁷ para identificar um governo democrático ou analisar a qualidade da democracia.

Com isso é delineável o papel dos *direitos políticos* (liberdades públicas) no âmbito do *Direito Político* (disciplina jurídica): a participação democrática no poder, indispensável ao fundamento de legitimidade deste. Como bem aponta Simone Goyard-Fabre, “a existência do direito político significa que a política não se reduz a simples relações de força” e exige um conjunto de “normas que regem a organização institucional da política e seu fundamento no âmbito por ela determinado e delimitado”.⁸ Complementa Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias que tais normas “es-

⁶ José Joaquim Gomes Canotilho, *Direito constitucional e teoria da constituição*, Coimbra, Almedina, 2003 [7. ed.], pp. 388-389.

⁷ Robert Alan Dahl, *On democracy*, Londres, Yale University Press, 2000.

⁸ Simone Goyard-Fabre, *Os princípios filosóficos do direito político moderno*, Tradução Irene A. Paternot, São Paulo, Martins Fontes, 1999. (Ensino superior), p. 2.

tabelecem limites e restrições ao exercício do poder pelo Estado nas suas relações com a sociedade, de modo a assegurar, simultaneamente, a plenitude das liberdades fundamentais das pessoas”⁹.

Sintetizadas tais reflexões, importa assinalar, nessa breve revisão bibliográfica, que os direitos políticos, como liberdades públicas, assumem caráter coletivo em relação a seu *modo de exercício* e não a qualquer fundamento des-subjetivado. Tanto quanto os direitos civis, são concebidos subjetivamente: surgem e se desenvolvem sob o ideal de liberdade e com a finalidade de proteção do indivíduo ante as ingerências do Estado.

2. Os direitos políticos em seu momento de exercício: interação e tensão entre as liberdades públicas

A alocação dos direitos políticos como direitos fundamentais de liberdade não é suficiente, porém, para dar conta da totalidade da cidadania. Isso porque, no momento de seu exercício, os direitos políticos *não aparecem de forma isolada, mas entremeada* a outros direitos. Em especial aos direitos civis, que, por sua vez, não se exaurem no âmbito das relações privadas, pois se projetam para a esfera social e, o que aqui mais importa, para a esfera política.

Cabe, então, recorrer a um significativo aporte teórico fornecido por Morange, que didaticamente divide as liberdades públicas em *liberdade individual* (no singular) e *liberdades coletivas*. A liberdade individual tem como facetas a liberdade física e “uma certa forma de liberdade intelectual”, pelas quais se resguarda a autonomia do indivíduo e se protegem suas escolhas.¹⁰ Por sua vez, as liberdades coletivas encerram o reconhecimento “da liberdade dos indivíduos de se agruparem com tal ou qual objetivo”.¹¹

Mas, conforme explica Morange, todas essas liberdades se apresentam, de forma preponderante, como indissociáveis. Tomando o exemplo da liberdade religiosa, o autor destaca que esta:

[...] apresenta um aspecto individual (liberdade de consciência), mas não se concebe como realidade social sem um aspecto coletivo. Ela implica a liberdade de reunião (para orar ou celebrar o culto), de manifestação (cortejos e procissões), mas também de associação: uma igreja é, de um certo modo, uma associação, da mesma forma que uma congregação ou um agrupamento de

⁹ Ronaldo de Carvalho Dias Brêtas, *Processo constitucional e estado democrático de direito*, Belo Horizonte, Del Rey, 2010, p. 9.

¹⁰ Jean Morange, *Direitos humanos e liberdades públicas*, Barueri, Manole, 2004 [5. ed.], p. 139.

¹¹ Jean Morange, *id.*, p. 261.

fiéis que fixe um objetivo “ativo” ou “contemplativo”. Mas a liberdade religiosa supõe também o uso, como meio, da liberdade de imprensa [...], da comunicação audiovisual [...], da liberdade de ensino [...]. Alguns regimes autoritários têm a tendência de querer reduzir a liberdade religiosa a um simples assunto pessoal, ou à necessidade da liberdade de celebrar o culto. Vê-se que se trata aqui de uma mutilação evidente.¹²

Ao se pensar, então, em algum dos direitos políticos – suponha-se, o direito de votar ou de ser votado –, apenas pela referida mutilação se poderia alcançar a conclusão de que esse direito, por ser posto a atuar em uma dimensão coletiva, é des-subjetivado – isto é, desconectado da autonomia e das escolhas do sujeito (liberdade individual) e dos objetivos que o levam a querer interagir e se associar a outros sujeitos (liberdades coletivas). Erigir para fins didáticos categorias dogmáticas de direitos ou liberdades não autoriza ignorar a complexidade da atuação concreta de tais direitos e liberdades em suas interações e tensões recíprocas. Por isso, é pertinente a advertência lançada por Morange:

[...] O que acaba de ser lembrado a propósito da liberdade religiosa poderia valer para a liberdade política, ou a liberdade de opinião em geral. Não há liberdade que se conceba isolada das outras. Esta reflexão deverá estar sempre presente quando se proceder ao estudo das diversas liberdades coletivas. A utilização usual do plural não deve fazer crer em uma falta de unidade.¹³

Disso resulta que a noção de segurança pública não ignora essa indissociabilidade entre as liberdades públicas. Nessa medida, não se concebe proteção à sociedade em oposição a proteção aos sujeitos. Essa temática foi desenvolvida por Adriana Campos Silva e João Andrade Neto, para os quais é falacioso o discurso de implementação da segurança, como valor ou princípio, ao custo do sacrifício da liberdade individual. Isso porque:

[...] a segurança, entendida como exigência de conservação da pessoa humana e de seus direitos, realiza-se quando esse valor se traduz nas pretensões de juridicidade, ordem e institucionalização, por meio das quais os direitos humanos são positivados (determinados em regras formalmente reconhecidas) e impostos por um poder jurídico, o Estado, que detém o monopólio da coerção.¹⁴

¹² Jean Morange, *Direitos humanos e liberdades públicas*, Barueri, Manole, 2004 [5. ed.], p. 262.

¹³ Jean Morange, *id.*, pp. 262/263.

¹⁴ Adriana Campos Silva e João Andrade Neto, “Liberdade e segurança: um conflito (aparente) de princípios?”, *Cadernos de Pós-Graduação*. Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Minas Gerais Belo Horizonte. V. 1, n. 1 (nova fase), pp. 154-155.

O mesmo se passa na esfera política. Ao menos em perspectiva democrática, a organização jurídica da vida política somente pode ser compreendida como pretensão de institucionalização voltada à emancipação dos cidadãos. Esse o alcance do Direito Político em um Estado Democrático de Direito: há uma tensão entre poder estatal e liberdade política, é certo, mas o equacionamento dessa tensão é direcionado para a elaboração de arranjos institucionais que, prioritariamente, preservem a liberdade individual contra a imposição da força, ou seja, da vontade não mediada pelo debate político. O contrário – prestigiar a força estatal em nome de uma ordenação da vida comum desconectada da autonomia, das escolhas e dos objetivos dos indivíduos – é caminhar para o autoritarismo, que é arbítrio. Nesse sentido, afirma Simone Goyard-Fabre:

[...] “potência” não é poder. A potência é apenas um dado factual que se expressa de maneira empírica e contingente. O Poder político – *Potestas* e não *potentia* – é uma construção jurídica, tanto que seu exercício obedece a princípios e a regras que lhe impõem restrições e limites. Se a potência é força e, às vezes, violência, o Poder político implica a ordem de direito erigida por um conjunto de vínculos institucionais.¹⁵

Logo, embora os direitos políticos sejam identificados por enunciados que os distinguem da liberdade individual, esta frequentemente integra seu núcleo, onde aparece acompanhada de um qualificativo político. Nesse sentido, a liberdade de consciência subjaz ao direito de voto e à iniciativa popular das leis.¹⁶ Em suma: se a autonomia individual se encontra na base de toda a ação que impele o indivíduo para a participação política, no momento do exercício dos direitos políticos sua dimensão de liberdade individual se torna indissociável do caráter *pro societatis* que sua categoria dogmática lhe atribui.

Essas reflexões perpassam uma fundamental reformulação da noção de interesse, promovida por Vicente de Paula Maciel Júnior: “interesses são manifestações unilaterais de vontade de um sujeito em face de um ou mais bens”.¹⁷ A identificação do interesse como liame psicológico determinante da atuação do indivíduo em qualquer esfera conduz Maciel Júnior a negar a dicotomia entre interesse individual e interesse coletivo, e a afirmar que o que há são *interessados* coletivos, ou seja: pessoas que expressam seus interesses (individuais) em uma dimensão coletiva. Pode-se afirmar, então, que o que justifica o regramento diferenciado das liberdades

¹⁵ Simone Goyard-Fabre, *Os princípios filosóficos do direito político moderno*, Tradução Irene A. Paternot, São Paulo, Martins Fontes, 1999. (Ensino superior), p. 2.

¹⁶ Igualmente, outras liberdades coletivas poderão constituir a matriz dos direitos políticos, como dá exemplo a liberdade de associação para fins pacíficos, a qual se especializa na liberdade de filiação partidária.

¹⁷ Vicente de Paula Maciel Júnior, *Teoria das ações coletivas: as ações temáticas*, São Paulo, LTr, 2006, p. 39.

coletivas – e, bem assim, dos direitos políticos – *é o caráter coletivo de seu exercício e do resultado deste exercício, e não a natureza do interesse em questão.*¹⁸ Em outras palavras: é necessária uma normatização capaz de intermediar os interesses manifestados conjuntamente rumo a uma decisão compatível com os efeitos que serão produzidos por esta.

Por isso, a lógica compartimentada e estanque das gerações ou dimensões de direitos fundamentais não é adequada ao equacionamento de conflitos concretos que envolvam direitos políticos. Estes reclamam uma avaliação que considere a diversidade e a complexidade dos interesses revelados no exercício das liberdades coletivas, bem como sua indissociação em relação à liberdade individual.

3. A problemática legal e jurisprudencial: aprisionamento semântico dos direitos políticos

Colhe-se das seções anteriores que: a) a classificação estanque dos direitos fundamentais, seja em gerações ou em dimensões, mostra utilidade para a compreensão conceitual e mesmo histórica da disciplina de Direitos Humanos; b) o exercício dos direitos fundamentais se revela mais complexo e multifacetado do que sugere aquela classificação, uma vez que uma mesma conduta pode sorver elementos de categorias diversas, o que dificulta ou, mesmo, impede que seja aquela conduta derradeiramente identificada como expressão de uma única liberdade pública.

No entanto, no âmbito eleitoral essa dupla perspectiva de exame dos direitos fundamentais não é a prestigiada pela lei e pelos órgãos judicantes. De modo problemático, a legislação e a jurisprudência eleitoral se têm apegado a um fragmento da complexidade dos direitos políticos – ou seja, seu exercício em âmbito coletivo – para dele retirar consequências que ignoram a matriz de liberdade que confere suporte aos direitos políticos. Passa-se a conceber tais direitos adstritos, de modo estanque, a uma dimensão *pro societatis*, des-subjetivada – de todo desconectada da realização da autonomia individual, das escolhas manifestadas e dos objetivos associativos que *legitimamente* movem os indivíduos *também na esfera política*.

Essa perspectiva sobressai no voto proferido pelo Ministro Carlos Ayres Britto no julgamento da ADPF 144,¹⁹ feito no qual é discutida a autoaplicabilidade do §9º do art. 14 da CR/88,²⁰ ou seja: a possibilidade de que o exame da vida pregressa dos

¹⁸ Veja-se o voto: seu conteúdo é determinado por interesse individual, conforme a liberdade de consciência; mas seu exercício se dá coletivamente e, ao final, o resultado das eleições estabelecerá a composição de governos e parlamentos.

¹⁹ Brasil, Supremo Tribunal Federal, *Arguição de descumprimento de preceito fundamental 144*, Relator: Min. Celso de Mello, Data de Julgamento: 06/08/2008, Tribunal Pleno, disponível em: <http://stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2626865>.

²⁰ Art. 14, § 9º, CR/88: “Lei complementar estabelecerá outros casos de inelegibilidade e os prazos de sua cessação, a fim de proteger a probidade administrativa, a moralidade para

cidadãos fosse considerado para fins de indeferimento do registro de candidatura. Principia Ayres Britto por sustentar que os direitos políticos possuem um “perfil filosófico” diferente dos direitos civis (“direitos individuais”), uma vez que – segundo afirma – os direitos políticos *não se teriam originado do antagonismo entre indivíduo e Estado*. Em seu entendimento, os direitos políticos não são exercitados para “servir imediatamente a seus titulares”, pois não tutelam “bens da personalidade [...], nem de personalidade individual, nem de personalidade corporativa” – esta última resguardada pelos direitos sociais –, mas bens transindividuais.²¹ Por isso, se, no caso dos direitos civis, a tensão entre indivíduo e Estado se resolve em favor do indivíduo, no caso dos direitos políticos isso não pode ocorrer, porque, ao exercer esses direitos:

[...] o indivíduo já não quer ser simplesmente indivíduo, ele quer ser representante de toda uma coletividade. Por isso, deve conhecer limites, restrições, responsabilidades compatíveis com essa sua pretensão de representar toda uma coletividade [...].²²

exercício de mandato considerada vida pregressa do candidato, e a normalidade e legitimidade das eleições contra a influência do poder econômico ou o abuso do exercício de função, cargo ou emprego na administração direta ou indireta.” (Brasil, *Constituição (1988)*, Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988, Diário Oficial da União, 5 out. 1988, disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)

²¹ Eis, em seu contexto, os destaques feitos: “Aqui, neste campo dos direitos políticos, o exercício deles não é para servir imediatamente aos seus titulares – e já vai aí uma primeira diferenciação fundamental –, mas para servir imediatamente a valores de índole coletiva – esses dois valores que acabei de dizer: da soberania popular e da democracia representativa ou democracia indireta. É uma diferenciação que precisa ficar bem clara. Quanto aos magnos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana e dos valores sociais do trabalho, para que eles existem? Eles existem como a resultante lógica, como a consequência do particularizado exercício dos direitos de índole social e daqueles rotulados como de natureza individual. Logo, nestes últimos, o que se visa em primeiro plano é beneficiar por modo concreto os individualizados sujeitos das duas categorias de direitos: direitos individuais e direitos sociais. [...] Quando nos deslocamos, todavia, para os basilares princípios da soberania popular e da democracia representativa, quem primeiro resplende não são os bens de personalidade. Nem de personalidade individual nem de personalidade corporativa; pelo contrário, são valores ou idéias [sic] transindividuais, porque agora estamos no reino do coletivo.[...]” (Brasil, Supremo Tribunal Federal, *Arguição de descumprimento de preceito fundamental 144*, Relator: Min. Celso de Mello, Data de Julgamento: 06/08/2008, Tribunal Pleno, disponível em: <http://stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2626865>)

²² Confira-se outro trecho do voto, para maior clareza sobre o pensamento do Ministro Relator: “Por isso o eleitor, titular do direito político de votar, não exerce esse direito para primeiramente se beneficiar. [...] O mesmo acontecendo com o candidato. O candidato a cargo político só está autorizado a disputar a preferência do eleitorado para representar uma coletividade [...]. [...] Já no plano da formatação constitucional do direito de cunho político eletivo, que é de representação de toda uma coletividade, já se transborda do campo da apresentação para o campo da representação. Agora, o indivíduo não quer falar por si mesmo. Agora, o indivíduo não quer falar por si mesmo, não quer celebrar negócios, participar de licitação, constituir uma empresa, participar de reunião; o indivíduo já não quer defender direito a uma patente ou marca industrial. Não! Agora, ele quer ser o próprio Estado em ação. Ele quer ser

Vê-se que o raciocínio culmina por compreender direitos individuais e direitos políticos em uma contraposição unidimensional. De um lado, os direitos políticos não se destinariam ao benefício de seus próprios titulares, mas à realização de metas em favor da sociedade como um todo; de outro, os direitos individuais trazem interesses egoísticos próprios aos negócios privados, que devem, portanto, ser mantidos à distância da cena política, a fim de não enviesarem o processo de concretização do bem comum.

Nesse raciocínio, são desconsideradas nuances relevantes, como a de que é a manifestação do interesse individual de cidadãos por organizarem partidos políticos e por disputarem cargos eletivos que propicia a existência da disputa eleitoral e a concretização do pluralismo político. É precisamente nesse sentido que se pode falar, como anunciado no título do artigo, em *aprisionamento semântico dos direitos políticos*. As condutas humanas são categorizadas conforme uma perspectiva unidimensional: *ou* servem à coletividade, *ou* servem ao indivíduo – havendo de prevalecer, em caso de conflito, a decisão *pro societatis*.

Esse problema, conforme detectado por Rodolfo Viana Pereira, tem raiz no discurso em defesa de uma moralidade pública que prevaleceria, no âmbito dos direitos políticos, como diretriz capaz de mitigar a necessidade de proteção à liberdade individual. Denuncia o autor, em relação ao tema da candidatura, haver:

[...] um pressuposto equivocado: o de que os direitos políticos seriam reduzíveis a direitos da sociedade e, logo, fungíveis e oponíveis às pretensões individuais dos candidatos.

Essa foi uma das bases de fundamentação da afirmação pré-Ficha-Limpa de que os direitos políticos não teriam o mesmo tratamento constitucional dos direitos individuais, pelo que estaria justificada a restrição ao registro de candidatura sob o pretexto da moralidade, para o fim de garantir o bem comum em detrimento do interesse particular do candidato e de seu eleitor.

O argumento é diversionista, pois parte de uma classificação semântica dos direitos fundamentais, segundo a qual os mesmos podem ser enclausurados em caixas, dimensões, independentemente de sua conformação e mobilidade no plano da concretude fática. Por essa vertente, o direito ao registro de candidatura é a expressão do direito de a sociedade escolher um bom agente político. Ora, a violação do direito ao registro *in concreto* importa óbvia diminuição do patrimônio (em sentido lato) do candidato e do seu eleitor, revestindo-se de características típicas de lesão a direitos também de cariz individual. Por isso, não há justificativa para querer desigualar o status constitucional dos direitos

membro do Estado. [...]” (Brasil, Supremo Tribunal Federal, *Arguição de descumprimento de preceito fundamental 144*, Relator: Min. Celso de Mello, Data de Julgamento: 06/08/2008, Tribunal Pleno, disponível em: <http://stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2626865>).

políticos dos direitos individuais, como se aqueles merecessem proteção diminuta em comparação a estes.²³

A pertinente crítica, contudo, não parece produzir ecos consistentes na jurisprudência eleitoral. Os Tribunais se mostram reticentes em recusar à moralidade pública o título de linha-mestra da hermenêutica em matéria eleitoral.

É o que se observa, por exemplo, no contexto do advento da Lei da Ficha Limpa (LC 135/2010).²⁴ A publicação desta lei ocorreu em 04/06/2010, o que gerou indagações quanto a sua aplicabilidade ao pleito vindouro, em outubro do mesmo ano, especialmente em razão do princípio da anualidade eleitoral, segundo o qual “a lei que alterar o processo eleitoral entrará em vigor na data de sua publicação, não se aplicando à eleição que ocorra até um ano da data de sua vigência”.²⁵

Note-se que o julgamento da ADPF 144 havia sido concluído, em sentido contrário ao voto do Ministro Carlos Ayres Britto, com o reconhecimento de que uma garantia individual – no caso, o princípio da presunção de inocência – constituía limite à autoaplicabilidade do art. 14, §9º, da CR/88. Apesar disso, a resposta do TSE à Consulta 1120-26.2010.6.00.0000 foi dada no sentido de que a Lei da Ficha Limpa seria aplicável às eleições de 2010.²⁶

O mais relevante para o tema aqui em exposição é que um dos fundamentos para o afastamento da anualidade eleitoral, apresentado pelo Ministro Ricardo Lewandowski, foi a inexistência de “rompimento da igualdade das condições de disputa entre os contendores, ocorrendo, simplesmente, o surgimento de novo regimento legal, de caráter linear, diga-se, que visa a atender ao disposto no art. 14,

²³ Rodolfo Pereira Viana, “Condições de registrabilidade e condições implícitas de elegibilidade: esses obscuros objetos do desejo”, em: Eneida Desiree Salgado e Ana Cláudia Santano. *Direito Eleitoral: Debates Ibero-americanos*, Curitiba, Ithala, 2014. pp. 275-288.

²⁴ Brasil, *Lei Complementar nº 135*, de 4 de junho de 2010. Altera a Lei Complementar no 64, de 18 de maio de 1990, que estabelece, de acordo com o § 9º do art. 14 da Constituição Federal, casos de inelegibilidade, prazos de cessação e determina outras providências, para incluir hipóteses de inelegibilidade que visam a proteger a probidade administrativa e a moralidade no exercício do mandato. Diário Oficial da União, 7 jun. 2010, disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LCP/Lcp135.htm.

²⁵ Art. 16, CR/88. (Brasil, *Constituição (1988)*, Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988, Diário Oficial da União, 5 out. 1988, disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)

²⁶ A ementa da consulta foi a seguinte: “CONSULTA. ALTERAÇÃO. NORMA ELEITORAL. LEI COMPLEMENTAR Nº 135/2010. APLICABILIDADE. ELEIÇÕES 2010. AUSÊNCIA DE ALTERAÇÃO NO PROCESSO ELEITORAL. OBSERVÂNCIA DE PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS. PRECEDENTES.- Consulta conhecida e respondida afirmativamente.” (Brasil, Tribunal Superior Eleitoral, *Consulta 112026/DF*, Relator: Min. Hamilton Carvalhido, Data de Julgamento: 10/06/2010, disponível em: http://jurisprudencia.s3.amazonaws.com/TSE/IT/CTA_112026_DF_1288101972176.pdf?Signature=vH6qbMMoXED6aErjXbahrDwMrGY%-3D&Expires=1468704499&AWSAccessKeyId=AKIAIPM2XEMZACAXCMB&response-content-type=application/pdf&x-amz-meta-md5-hash=e9545cf21836d8483df7ac48b91aecod)

§9º da [CR/88]”.²⁷ Esse fundamento revela uma análise centrada apenas na dimensão coletiva da disputa eleitoral, que sumariamente desconsidera a relevância da pretensão subjetiva à candidatura por parte daqueles que, escolhidos em convenções partidárias em junho, viram-se repentinamente aliados da possibilidade de registrarem-se candidatos em julho. Foram ignoradas, portanto, tanto a dimensão individual da liberdade, em suas facetas de autonomia e escolha, quanto a dimensão coletiva desta, identificada no propósito dos cidadãos de se filiar a partido político, participar de reuniões e se articular com outras pessoas com o objetivo comum de ver seu nome lançado à disputa de um cargo eletivo.

Na resposta à Consulta 1147-09.2010.6.00.0000, o TSE voltou a afirmar haver uma *lógica própria* nos direitos políticos que autoriza a desconsideração do interesse individual como parâmetro de decisão. Nesse sentido, o Relator, Ministro Arnaldo Versiani declarou em seu voto que:

[...] as inelegibilidades representam ditames de interesse público, fundados nos objetivos superiores que são a moralidade e a probidade; à luz da atual construção doutrinária vigente os coletivos se sobrepõem aos interesses individuais, não ferindo o regramento constitucional.²⁸

Vale mencionar que o próprio STF, ao exercer o controle concentrado de constitucionalidade sobre a Lei da Ficha Limpa, adotou novo entendimento quanto à irradiação do princípio da presunção de inocência para a esfera eleitoral. Distanciando-se da diretriz traçada no julgamento da ADPF 144, aderiu à posição do

²⁷ Prossegue o Ministro Ricardo Lewandowski: “Na verdade, existiria rompimento da denominada “paridade de armas” caso a legislação eleitoral criasse mecanismos que importassem em um desequilíbrio na disputa, prestigiando determinada candidatura, partido político ou coligação em detrimento dos demais. Isso porque o processo eleitoral é integrado por normas que regulam as condições em que se trava o pleito, não se incluindo entre elas os critérios de definição daqueles que podem ou não apresentar candidaturas. Tal afirmação arrima-se no fato de que a modificação das regras relativas às condições regedoras da disputa eleitoral daria azo à quebra da isonomia entre os contendores. Tal não ocorre, todavia, com a alteração das normas que definem os requisitos para o registro de candidaturas. Neste caso, elas direcionam-se a todas as candidaturas, sem fazer distinção entre candidatos, não tendo, portanto, o condão de afetar a necessária isonomia.” (Brasil, Tribunal Superior Eleitoral, *Consulta 112026/DF*, Relator: Min. Hamilton Carvalhido, Data de Julgamento: 10/06/2010, disponível em: http://jurisprudencia.s3.amazonaws.com/TSE/IT/CTA_112026_DF_1288101972176.pdf?Signature=vH6qbMMoXED6aErjXbahrDwMrGY%3D&Expires=1468704499&AWSAccessKeyId=AKIAIPM2XEMZACAXCMBA&response-content-type=application/pdf&fx-amz-meta-md5-hash=e9545cf21836d8483df7ac48b91aecod).

²⁸ Brasil, Tribunal Superior Eleitoral, *Consulta 114709/DF*, Relator: Min. Arnaldo Versiani Leite Soares, Data de Julgamento: 17/06/2010, Data de Publicação: DJE - Diário da Justiça Eletrônico, Data 24/9/2010, p. 21, disponível em: http://jurisprudencia.s3.amazonaws.com/TSE/IT/CTA_114709_DF_1288102042684.pdf?Signature=Mt26T2wofa8BE4jwDhSnbXBSITuw%3D&Expires=1468704559&AWSAccessKeyId=AKIAIPM2XEMZACAXCMBA&response-content-type=application/pdf&fx-amz-meta-md5-hash=c1fe16023d9fcc30488907527a56a7ao.

Relator, Ministro Luiz Fux, para acolher uma duvidosa “exegese análoga à redução teleológica, para limitar sua aplicabilidade aos efeitos da condenação penal” e, com isso, reputar constitucional a eficácia das causas de inelegibilidade antes do trânsito em julgado de decisões judiciais que configurem hipótese de incidência da restrição à capacidade eleitoral passiva.²⁹

Ainda em relação ao controle concentrado de constitucionalidade da Lei da Ficha Limpa, merece destaque a chancela do STF às causas de inelegibilidade que passaram a ser previstas nas alíneas “n” e “p” do inciso I do art. 1º da LC 64/90. Tais dispositivos impõem a inelegibilidade, respectivamente, das pessoas que se desfizerem de vínculo conjugal ou união estável aptos a configurar inelegibilidade reflexa, e dos dirigentes de pessoas jurídicas condenadas por doação de campanha acima do limite legal. Avulta, em ambos os casos, um novo aspecto: o *avanço do discurso da moralidade pública sobre a esfera privada*, com força suficiente para sobrepor-se à autonomia individual quanto à definição do *status familiae* e para promover uma sumária (e desprocessualizada) desconsideração da personalidade jurídica. Assim, nem mesmo aquela posição externada por Ayres Britto, que, de certo modo, afirmara haver uma proteção aos “bens da personalidade” individual e corporativa no âmbito privado e social, parece capaz de refrear a irradiação da moralidade pública como critério de decisão *pro societatis*.

Não é apenas em matéria de elegibilidade que se identificam efeitos práticos perniciosos do aprisionamento semântico dos direitos políticos. Temas como o alistamento eleitoral, a filiação partidária e a propaganda eleitoral têm recebido enfoque preponderantemente unidimensional, a impor a mitigação de liberdades públicas em suposto favor da lisura eleitoral. Nesse sentido, pode-se citar, ilustrativamente, os seguintes casos: 1) Desconsideração da condição cultural do indígena como fator capaz de relevar a exigência de quitação com o serviço militar para fins de alistamento eleitoral;³⁰ 2) Criação, pela Resolução TSE 22.610/2007, de procedimento de

²⁹ Refere-se ao julgamento das ADCs 29 e 30 e da ADI 4578. Confira trecho da ementa: “3. A presunção de inocência consagrada no art. 5º, LVII, da Constituição Federal deve ser reconhecida como uma regra e interpretada com o recurso da metodologia análoga a uma redução teleológica, que reaproxime o enunciado normativo da sua própria literalidade, de modo a reconduzi-la aos efeitos próprios da condenação criminal (que podem incluir a perda ou a suspensão de direitos políticos, mas não a inelegibilidade), sob pena de frustrar o propósito moralizante do art. 14, § 9º, da Constituição Federal.” (Brasil, Supremo Tribunal Federal, *Ações declaratórias de constitucionalidade 29 e 30 e ação direta de inconstitucionalidade 4578*, Relator: Min. Luiz Fux, Data de Julgamento: 16/02/2012, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJe-127 Divulg 28-06-2012 Public 29-06-2012, disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=2243342>)

³⁰ “PROCESSO ADMINISTRATIVO. SOLICITAÇÃO. ALTERAÇÃO. NORMAS DE SERVIÇO. EXIGÊNCIA. APRESENTAÇÃO. COMPROVANTE. QUITAÇÃO MILITAR. INDÍGENAS “INTEGRADOS”. GARANTIA. ALISTAMENTO ELEITORAL. DESINFLUÊNCIA. CATEGORIZAÇÃO. ATENDIMENTO. PRECEITOS LEGAIS. APRESENTAÇÃO. DOCUMENTAÇÃO COMPROBATÓRIA. 1. Os indígenas têm assegurado o direito de se alistar como eleitores e de votar, independentemente de categorização prevista em legislação

perda de mandato eletivo, fazendo preponderar sobre a liberdade de associação a moralidade pública – aqui com amparo em um liame que conectaria a filiação partidária, condição de elegibilidade, à fidelidade partidária, pressuposto implícito do exercício do mandato³¹; c) Proibição de enquetes em período eleitoral, com a inserção do §5º ao art. 33 da Lei 9.504/97 pela Lei 12.891/2013, o que constitui restrição à liberdade de expressão e, em última análise, da participação política do cidadão.

Ao final dessa seção se deve acrescentar que a crítica teórica ao aprisionamento semântico dos direitos políticos encontra reforço empírico. A crença em um distinto arcabouço principiológico de direitos que imponha o fortalecimento dos direitos políticos ao custo do sacrifício dos direitos individuais é rechaçada por Ariel Ben Yishay e Roger Betancourt. No artigo *Unbundling democracy: political rights and civil liberties*,³² os autores demonstram que há respaldo empírico para sustentar que a proteção às liberdades civis impacta positivamente no incremento do exercício dos direitos políticos. Desse modo, abre-se ensejo para uma reformulação necessária: a construção de uma jurisprudência em matéria eleitoral calcada na fundamentabilidade democrática dos direitos políticos como expressão complexa da liberdade individual e das liberdades coletivas.

especial infraconstitucional, a partir dos dezesseis anos, desde que atendidos os preceitos legais regulamentadores da matéria, conforme orientação firmada por esta Corte Superior. 2. Todo cidadão do sexo masculino, maior de dezoito anos, que comparece a unidade eleitoral - cartório, posto ou central de atendimento - com a finalidade de se alistar eleitor, deve apresentar, entre outros documentos, comprovante de quitação das obrigações militares, nos exatos termos do art. 44, II, do Código Eleitoral. 3. Tendo em conta a desinflência da classificação conferida ao indígena para esta Justiça especializada e a garantia constitucional relativamente a sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições (Constituição, art. 231), será solicitado, na hipótese de requerer alistamento eleitoral, documento hábil obtido na unidade do serviço militar do qual se infira sua regularidade com as obrigações correspondentes, seja pela prestação, dispensa, isenção ou quaisquer outros motivos admitidos pela legislação de regência da matéria, em conjunto ou não com o do órgão competente de assistência que comprove a condição de indígena, ambos estranhos à órbita de atuação da Justiça Eleitoral.” (Brasil, Tribunal Superior Eleitoral, *Processo Administrativo 191930/SP*, Relator: Min. João Otávio De Noronha, Data de Julgamento: 10/02/2015, Data de Publicação: DJE - Diário de justiça eletrônico, Tomo 46, Data 09/03/2015, p. 88, disponível em: http://jurisprudencia.s3.amazonaws.com/TSE/attachments/TSE_PA_191930_0cf70.pdf?Signature=%2FAMCswbyjko1lp5yd8d6OdcoQ%3D&Expires=1468704625&AWSAccessKeyId=AKIAIPM2XEMZACAXCMB&response-content-type=application/pdf&x-amz-meta-md5-hash=2579cc536a02f573c11671d5ffef755a).

³¹ A questão é sobremaneira agravada quando se considera a legitimidade que a Resolução conferiu ao Ministério Público de ajuizar ação de perda de mandato por desfiliação sem justa causa quando o partido deixou de fazê-lo em tempo e modo.

³² Ariel Ben Yashay e Roger Betancourt. “Unbinding democracy: political rights and civil liberties”, *Journal of comparative economics*, n. 42, 2014, p. 552-568.

4. Considerações finais

Os direitos políticos são direitos fundamentais de primeira geração – com origem comum aos direitos civis – e em sua aceção clássica foram desenvolvidos com o objetivo primeiro de reconhecimento e proteção do indivíduo em face das ingerências do Estado. Ainda que se apontem distinções entre os direitos civis e políticos, especialmente com relação à sua forma de exercício, convergem a finalidade e o contexto de oposição indivíduo-Estado, destacada a necessidade de proteção do primeiro.

Constata-se, contudo, num contexto de desenvolvimento dos direitos fundamentais – destacando-se a democracia como direito fundamental –, que os direitos políticos são tratados como direitos des-subjetivados – desconectados da autonomia, das escolhas e dos objetivos de interação social do indivíduo – sem que isso implique em grandes comoções públicas.

Como ficou muito evidente no caso da publicação da Lei da Ficha Limpa³³ e na posterior decisão por sua constitucionalidade pelo STF, o discurso *pro societatis*, quase univocamente assentado na defesa de uma moralidade pública contraposta à liberdade dos cidadãos, tem propiciado a consolidação do aprisionamento semântico dos direitos políticos. Desse modo, *direitos políticos* parece soar como *direitos dos políticos*, ou daquele que trabalha na política/com política – um usurpador egoísta daquela que seria apresentada como verdadeira e única finalidade da soberania popular: realizar um *bem comum, transindividual, desinteressado*.

Nesse contexto, de conotação negativa e mesmo pejorativa do termo *política*, a constrição dos direitos políticos não preocuparia como restrição à liberdade e, *au contraire*, se mostra propensa a receber o apoio popular. Todavia, o objetivo desse artigo é problematizar a aceitabilidade desse aprisionamento semântico dos direitos políticos, por meio do resgate de sua compreensão como liberdade *pública, bem como pela confrontação do tratamento jurisprudencial*. Importa reconhecer os direitos políticos como direitos da cidadania, a serem preservados contra ingerências desarrazoadas ou ilegítimas do Estado.

Referências bibliográficas

BENYASHAY, Ariel; Roger BETANCOURT, “Unbinding democracy: political rights and civil liberties”, *Journal of comparative economics*, 2014.

³³ Brasil, *Lei Complementar nº 135*, de 4 de junho de 2010. Altera a Lei Complementar no 64, de 18 de maio de 1990, que estabelece, de acordo com o § 90 do art. 14 da Constituição Federal, casos de inelegibilidade, prazos de cessação e determina outras providências, para incluir hipóteses de inelegibilidade que visam a proteger a probidade administrativa e a moralidade no exercício do mandato. Diário Oficial da União, 7 jun. 2010, disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LCP/Lcp135.htm.

- BONAVIDES, Paulo, *Curso de Direito Constitucional*, São Paulo, Malheiros, 2009 [24. Ed.].
- BRASIL, *Constituição (1988)*, Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988, Diário Oficial da União, 5 out. 1988, disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm.
- BRASIL, *Lei Complementar nº 135*, de 4 de junho de 2010. Altera a Lei Complementar no 64, de 18 de maio de 1990, que estabelece, de acordo com o § 90 do art. 14 da Constituição Federal, casos de inelegibilidade, prazos de cessação e determina outras providências, para incluir hipóteses de inelegibilidade que visam a proteger a probidade administrativa e a moralidade no exercício do mandato. Diário Oficial da União, 7 jun. 2010, disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LCP/Lcp135.htm.
- BRASIL, SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, *Ações declaratórias de constitucionalidade 29 e 30 e ação direta de inconstitucionalidade 4578*, Relator: Min. Luiz Fux, Data de Julgamento: 16/02/2012, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJE-127 Divulg 28-06-2012 Public 29-06-2012, disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginador-pub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=2243342>.
- _____, *Arguição de descumprimento de preceito fundamental 144*, Relator: Min. Celso de Mello, Data de Julgamento: 06/08/2008, Tribunal Pleno, disponível em: <http://stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2626865>.
- BRASIL, TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL, *Consulta 112026/DF*, Relator: Min. Hamilton Carvalhido, Data de Julgamento: 10/06/2010, disponível em: http://jurisprudencia.s3.amazonaws.com/TSE/IT/CTA_112026_DF__1288101972176.pdf?Signature=vH6qBMMoXED6aErjXbahrDwMrGY%3D&Expires=1468704499&AWSAccessKeyId=AKIAIPM2XEMZACAXCMBA&response-content-type=application/pdf&x-amz-meta-md5-hash=e9545cf21836d8483df7ac48b91aecod.
- _____, *Consulta 114709/DF*, Relator: Min. Arnaldo Versiani Leite Soares, Data de Julgamento: 17/06/2010, Data de Publicação: DJE - Diário da Justiça Eletrônico, Data 24/9/2010, p. 21, disponível em: http://jurisprudencia.s3.amazonaws.com/TSE/IT/CTA_114709_DF__1288102042684.pdf?Signature=Mt26Twofa8BE4jwDhSnbXBSITuw%3D&Expires=1468704559&AWSAccessKeyId=AKIAIPM2XEMZACAXCMBA&response-content-type=application/pdf&x-amz-meta-md5-hash=c1fe16023d9fcc30488907527a56a7a0.
- _____, *Processo Administrativo 191930/SP*, Relator: Min. João Otávio De Noronha, Data de Julgamento: 10/02/2015, Data de Publicação: DJE - Diário de justiça eletrônico, Tomo 46, Data 09/03/2015, p. 88, disponível em: http://jurisprudencia.s3.amazonaws.com/TSE/attachments/TSE_PA_191930_0cf70.pdf?Signature=%2FAMCwsbyjk101Ip5yd8d6OdcoQ%3D&Expires=1468704625&AWSAccessKeyId=AKIAIPM2XEMZACAXCMBA&response-content-type=application/pdf&x-amz-meta-md5-hash=2579cc536a02f573c11671d5ffef755a.

- BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias, *Processo constitucional e estado democrático de direito*, Belo Horizonte, Del Rey, 2010.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes, *Direito constitucional e teoria da constituição*, Coimbra, Almedina, 2003 [7. ed.].
- DAHL, Robert Alan, *On democracy*, London, Yale University Press, 2000.
- GOYARD-FABRÉ, Simone, *Os princípios filosóficos do direito político moderno*, Tradução Irene A. Paternot, São Paulo, Martins Fontes, 1999. (Ensino superior)
- MACIEL JÚNIOR, Vicente de Paula, *Teoria das ações coletivas: as ações temáticas*, São Paulo, LTr, 2006.
- MORANGE, Jean, *Direitos humanos e liberdades públicas*, Barueri, Manole, 2004 [5. ed.].
- SILVA, Adriana Campos; João Andrade ANDRADE NETO, “Liberdade e segurança: um conflito (aparente) de princípios?”, *Cadernos de Pós-Graduação*. Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Minas Gerais Belo Horizonte. v. 1, n. 1 (nova fase), jan-jun, 2010, pp. 146-159.
- VIANA, Rodolfo Pereira, “Condições de registrabilidade e condições implícitas de elegibilidade: esses obscuros objetos do desejo”, em: Eneida Desirée SALGADO, e Ana Cláudia SANTANO. *Direito Eleitoral: Debates Ibero-americanos*, Curitiba, Ithala, 2014, pp. 275-288.

II. Sistema interamericano de derechos humanos, derecho constitucional y derechos fundamentales

2.1. El control de convencionalidad: debates entre el derecho nacional y el internacional

- Eduardo Ferrer Mac-Gregor, México
El control de convencionalidad como un vehículo para el diálogo judicial entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los tribunales de América
- Carlos Alberto Gabriel Maino, Argentina
Los derechos humanos: baluarte y socavo de las instituciones. Hacia un adecuado equilibrio entre el control judicial de convencionalidad y la representación política de los procesos democráticos
- Roberto Hung Cavalieri Venezuela
Los derechos humanos en Venezuela luego de la denuncia de la Convención. (El desconocimiento del sistema interamericano con expresa complicidad de la justicia constitucional)
- Alberto Pérez Dayán, México
Evolución y perspectivas en la interpretación del debido proceso legal
- Fernando Alberto Rey Cruz, Colombia
El derecho internacional de los derechos humanos en el sistema jurídico colombiano. Logros y dilemas en su aplicación

2.2. Protección y garantía de los derechos fundamentales: transformaciones y retos

- María Victoria Calle Correa, Colombia
La Constitución en marcha. El cumplimiento de sentencias estructurales en la Corte Constitucional colombiana
- Mónica Castillejos Aragón, México
Escrutinio judicial y la interpretación de la garantía de igualdad y no discriminación en México

- Emerson Affonso da Costa, Brasil
Jurisdição constitucional, direitos fundamentais e princípio democrático: parâmetros para a atuação do poder judiciário na promoção dos valores constitucionais em respeito ao princípio majoritário
- Mara Gómez, México
La contribución de la Corte Internacional de Justicia al desarrollo de los derechos humanos en el mundo
- Carlos Ramón Salcedo Camacho, República Dominicana
Posmodernismo, derechos fundamentales implícitos y la solución constitucional dominicana

2.3. Derechos económicos, sociales y culturales y sostenibilidad fiscal

- Daniel Ricardo Quiroga Villamarín, Colombia
Recontextualizando la globalización. El “espacio intermedio” de la sostenibilidad fiscal en Colombia
- Víctor Bazán, Argentina
Los derechos sociales en épocas de emergencias y crisis económicas

VOLVER A LA TABLA DE CONTENIDO

Eduardo Ferrer Mac-Gregor* (México)

El control de convencionalidad como un vehículo para el diálogo judicial entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los tribunales de América**

RESUMEN

El presente trabajo explora las relaciones entre la doctrina del control de convencionalidad, el diálogo judicial y el principio de complementariedad. Desarrolla los elementos esenciales del control de convencionalidad, explica la valoración que la Corte Interamericana ha hecho de las buenas prácticas de los Estados en lo referido a la implementación de los estándares del sistema interamericano a nivel nacional y argumenta que dicho control fortalece la existencia de un robusto y necesario diálogo judicial en doble vía, el cual nutre la jurisprudencia en materia de derechos humanos tanto a nivel nacional como internacional, conformando progresivamente un *ius constitutionale commune* en la región.

Palabras clave: control de convencionalidad, diálogo judicial, buenas prácticas judiciales.

ZUSAMMENFASSUNG

Der Beitrag untersucht die Beziehungen zwischen der Doktrin der Kontrolle der Vertragskonformität, dem Rechtsprechungsdialog und dem Subsidiaritätsprinzip. Der Artikel arbeitet die Grundelemente der Kontrolle der Vertragskonformität heraus und erläutert die Bewertung des Amerikanischen Gerichtshofs zu guten Rechtsprechungspraktiken bei der Umsetzung der Standards des amerikanischen Systems auf nationaler Ebene. Dabei wird die Auffassung vertreten, dass eine solche Kontrolle die

* Vicepresidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, investigador del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM). eferrerm@servidor.unam.mx.

** Ponencia presentada en el XXII Encuentro Anual de Presidentes y Magistrados de Tribunales, Cortes y Salas Constitucionales de América Latina, Ciudad de México, 16-18 de junio de 2016.

Existenz eines notwendigen und robusten Rechtsprechungsdialogs in beide Richtungen stärkt. Diese Kontrolle trägt sowohl auf nationaler als auch auf internationaler Ebene zur Bereicherung der Rechtsprechung in Menschenrechtsfragen bei und führt zur schrittweisen Herausbildung eines *ius constitutionale commune* in der Region.

Schlagwörter: Kontrolle der Vertragskonformität, Rechtsprechungsdialog, Komplementaritäts-/Subsidiaritätsprinzip, gute Rechtsprechungspraxis, Amerikanischer Gerichtshof für Menschenrechte.

ABSTRACT

This work explores the relationship between the doctrine of the conventionality control, judicial dialogue and the principle of complementarity. It develops the essential elements of the conventionality control, explains the Inter-American Court's assessment of the good practices of States in reference to the implementation of the standards of the Inter-American system at a national level, and argues that said control strengthens the existence of a robust and necessary two-way judicial dialogue, which nourishes the jurisprudence related to human rights at both a national and international level, progressively shaping a *ius constitutionale commune* in the region.

Keywords: Conventionality control, judicial dialogue, principle of complementarity/subsidiarity, good judicial practices, Inter-American Court of Human Rights.

Introducción

Muchas de las reflexiones académicas que tratan el control de convencionalidad se centran en la forma en que esta doctrina puede incrementar la aplicación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) por parte de las autoridades nacionales, y de las interpretaciones que de ella haga la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH). Esto sucede porque, en efecto, el principal objetivo que busca la existencia del control de convencionalidad es incrementar la efectividad del *corpus juris interamericano* a nivel nacional. Sin embargo, existen otras discusiones igualmente centrales relacionadas con este tema, más aún cuando esta doctrina ya es claramente aceptada –niveles interamericano y nacional– como la fuente de obligaciones internacionales derivadas de los artículos 1.1, 2 y 29 del Pacto de San José, y 26 y 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. En este artículo nos referiremos a algunos de los asuntos que son la base de estas discusiones, específicamente en lo que se refiere a la relación existente entre el control de convencionalidad, el principio de complementariedad (subsidiariedad) y el diálogo judicial. Advertimos que las reflexiones aquí presentadas son sólo una primera aproximación a estas complejas relaciones y esperamos que contribuyan al diálogo y al examen sobre la materia.

La primera parte de este artículo desarrolla los elementos esenciales del control de convencionalidad: definición, origen, desarrollo jurisprudencial, características esenciales y fundamento normativo. En este punto, el lector no encontrará nada nuevo a lo ya expuesto por quien escribe¹ y por otros.² La segunda parte argumenta que el control de convencionalidad fortalece la complementariedad (subsidiariedad) del sistema interamericano de derechos humanos al transformar a los jueces nacionales –y en general a todas las autoridades de los Estados– en una especie de “jueces interamericanos”, lo cual ha derivado en la existencia de cada vez más “buenas prácticas” de su parte (en todos los niveles), en lo que respecta al uso del *corpus juris interamericano* para la interpretación y aplicación del derecho nacional. La Corte IDH ha notado la existencia de estas prácticas e incluso se ha referido expresamente a casos donde los Estados han realizado un correcto control de convencionalidad. La tercera parte explica cómo el control de convencionalidad ha sido un vehículo para la existencia de un cada vez más robusto diálogo judicial entre la Corte IDH y los tribunales nacionales, lo cual ha contribuido a una mayor efectividad de los instrumentos internacionales, pero también a que esta Corte interprete la Convención Americana tomando en consideración las interpretaciones nacionales, especialmente de las más altas cortes de los Estados parte. La última parte esgrime algunas conclusiones generales.

1. La doctrina del control de convencionalidad: concepto y alcances

El control de convencionalidad es uno de los más recientes esfuerzos realizados por la Corte IDH para incrementar el cumplimiento de las obligaciones interna-

¹ Cfr. Eduardo Ferrer Mac-Gregor, “Conventionality Control. The New Doctrine of the Inter-American Court of Human Rights”, Symposium: The Constitutionalization of International Law in Latin America, *American Journal of International Law (ASIL)*, núm. 109; *American Journal for International Law*, Unbound, núm. 93, 2015, pp. 93-99; Eduardo Ferrer Mac-Gregor, “Control de convencionalidad (sede interna)”, en E. Ferrer Mac-Gregor, F. Martínez Ramírez y G. Figueroa Mejía, *Diccionario de derecho procesal constitucional y convencional*, vol. I, México, Poder Judicial de la Federación, Consejo de la Judicatura Federal, Universidad Nacional Autónoma de México e Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, 2014, pp. 233 y ss.; y Eduardo Ferrer Mac-Gregor, “Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad. El nuevo paradigma para el juez mexicano”, en Miguel Carbonell y Pedro Salazar (coords.), *La reforma constitucional en materia de derechos humanos: un nuevo paradigma*, México, UNAM, 2011, pp. 339-429.

² Cfr. Sergio García Ramírez, “El control judicial interno de convencionalidad”, *IUS Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla*, año 5, núm. 28, 2011; Néstor Pedro Sagüés, “El ‘control de convencionalidad’, en particular sobre las constituciones nacionales”, *La Ley*, año LXXIII, núm. 35, 2009; Pablo González Domínguez, “The Doctrine of Conventionality Control. An Innovative Doctrine in the Inter-American System of Human Rights”, tesis doctoral, Biblioteca de la Universidad de Notre Dame, 2015.

cionales contraídas por los Estados en virtud de la firma y ratificación del Pacto de San José. Se trata de una institución jurídica creada de manera pretoriana que internacionaliza categorías constitucionales, específicamente la noción del “control difuso de constitucionalidad”, en contraposición al “control concentrado” que se realiza en altas jurisdicciones.³ El control de convencionalidad fue, de esta forma, diseñado para coadyuvar a que los jueces y en general todas las autoridades de los Estados parte del Pacto de San José (del poder ejecutivo, legislativo y el judicial) cumplan con su deber de respetar y garantizar los derechos humanos en su actuar cotidiano. En este sentido, tal y como lo definió la Corte en la *Supervisión de Cumplimiento de Sentencia en el Caso de Gelman vs. Uruguay* (2013), el control de convencionalidad es una “institución que se utiliza para aplicar el derecho internacional”, en particular “el derecho internacional de los derechos humanos, y específicamente la Convención Americana y sus fuentes, incluyendo la jurisprudencia [de la Corte]”.⁴

Esta doctrina establece una obligación internacional a cargo de todas las autoridades de los Estados parte del Pacto de San José de interpretar cualquier norma nacional (constitución, ley, decreto, reglamento, jurisprudencia, etc.) de conformidad con la CADH y, en general, con el *corpus juris interamericano* (a manera de lo que hemos denominado “bloque de convencionalidad”).⁵ En caso de que exista una manifiesta incompatibilidad entre la norma nacional y el *corpus iuris interamericano*, las autoridades estatales deberán abstenerse de aplicar la norma nacional para evitar la vulneración de los derechos humanos protegidos internacionalmente. Las autoridades estatales deben ejercer *ex officio* el control de convencionalidad, pero siempre actuando dentro de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes, las cuales se definen en el ámbito interno de los Estados.⁶

El control de convencionalidad nació como una respuesta práctica que la Corte IDH dio a la existencia y aplicación de leyes de amnistía, en particular para evitar que los jueces nacionales aplicaran leyes manifiestamente contrarias a la Convención Americana, y que además son nulas *ab initio*. La doctrina se estableció formalmente hace una década (2006), en el caso *Almonacid Arellano y otros vs. Chile*, donde la Corte estableció que en aquellos casos donde el Poder Legislativo falle en su tarea de suprimir leyes contrarias a la Convención Americana, el Poder Judicial está también obligado a garantizar los derechos humanos y, por lo tanto, debe realizar un control

³ Cfr. Corte IDH, *Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México*, Sentencia de 26 de noviembre de 2010, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, núm. 220. Voto razonado del juez Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot, párr. 22.

⁴ Corte IDH, *Caso Gelman vs. Uruguay*, Supervisión de Cumplimiento de Sentencia, Resolución de 20 de marzo de 2013, párr. 65.

⁵ Sobre el “bloque de convencionalidad”, ver el voto razonado en el *Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México*, cit., especialmente párrs. 26, 44-55, 61 y 66.

⁶ Cfr. Ferrer Mac-Gregor, “Control de convencionalidad (sede interna)”, en Ferrer Mac-Gregor, Martínez Ramírez y Figueroa Mejía, *op. cit.*, p. 233.

de convencionalidad que garantice el efecto útil de la Convención y la jurisprudencia de esta Corte.⁷ Este precedente ha sido reiterado en más de 30 sentencias de la Corte IDH, sin mayores cambios en sus fundamentos. Sin embargo, ciertos matices se han añadido a la doctrina del control de convencionalidad. El primero de ellos ocurrió dos meses después de la creación de la doctrina, en el *Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú*.⁸ En efecto, en este fallo se invoca el criterio de *Almonacid Arellano* sobre el “control de convencionalidad” y lo “precisa” en dos aspectos: (i) procede “de oficio” sin necesidad de que las partes lo soliciten, y (ii) debe ejercerse dentro del marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes, considerando otros presupuestos formales y materiales de admisibilidad y procedencia.

En la misma lógica evolutiva, en el *Caso Boyce y otros vs. Barbados* se estableció que el control de convencionalidad debía ser realizado sobre todas las normas del sistema jurídico, incluidas las normas constitucionales;⁹ en el *Caso Radilla Pacheco vs. México* se determinó que el control de convencionalidad incluye el deber de interpretar el derecho nacional de conformidad con los estándares establecidos en la jurisprudencia de la Corte IDH;¹⁰ en el caso *Cabrera García y Montiel Flores vs. México* se extiende, además de los jueces, a los “órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles”;¹¹ y en el *Caso Gelman vs. Uruguay* a “todas las autoridades públicas y no sólo del poder judicial”, impactando la labor del poder legislativo en la creación de normas, las cuales deben ser consistentes con el *corpus juris interamericano*.¹² Dicho control también es relevante para el adecuado cumplimiento de las sentencias interamericanas,¹³ por lo que “un control dinámico y complementario de convencionalidad también posee un rol importante en el cumplimiento o implementación de una determinada Sentencia de la Corte Interamericana,

⁷ Cfr. Corte IDH, *Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile*, Sentencia de 26 de septiembre de 2006, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, núm. 54, párr. 124.

⁸ Cfr. Corte IDH, *Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú*, Sentencia de 24 de noviembre de 2006, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, núm. 158, párr. 128.

⁹ Cfr. Corte IDH, *Caso Boyce y otros vs. Barbados*, Sentencia de 20 de noviembre de 2007, *Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*, Serie C, núm. 169, párrs. 78 y 79.

¹⁰ Cfr. Corte IDH, *Caso Radilla Pacheco vs. México*, Sentencia de 23 de noviembre de 2009, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, núm. 209, párrs. 338-341. En este caso, la inconvencionalidad se encontraba en la manera en que se había interpretado el artículo 13 de la Constitución federal mexicana, por lo que la Corte IDH estimó que no era necesario ordenar la modificación de su contenido normativo.

¹¹ Corte IDH, *Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México*, cit., párr. 225.

¹² Cfr. Corte IDH, *Caso Gelman vs. Uruguay*, Sentencia de 24 de febrero de 2011, Fondo y Reparaciones, Serie C, núm. 221, párr. 239.

¹³ Corte IDH, *Caso Gelman vs. Uruguay*, Supervisión de cumplimiento de Sentencia, cit., párrs. 67 y ss.

especialmente cuando dicho acatamiento queda a cargo de los jueces nacionales”¹⁴ De especial importancia al implementar las reparaciones es la necesidad de impulsar el control de convencionalidad “en aspectos procesales y sustantivos relacionados con la lucha contra la impunidad”, como se determinó en la supervisión de cumplimiento de sentencia del *Caso Campo Algodonero vs. México*.¹⁵

El control de convencionalidad debe llevarse a cabo “también sobre la base de lo que señale en ejercicio de su competencia no contenciosa o consultiva, la que innegablemente comparte con su competencia contenciosa el propósito del sistema interamericano de derechos humanos, cual es, la protección de los derechos fundamentales de los seres humanos” (OC-21/14),¹⁶ cumpliendo “en alguna medida, la función propia de un control de convencionalidad preventivo” (OC-22/16).¹⁷

De esta forma, es posible sostener que el control de convencionalidad ha evolucionado después de su creación y, por lo tanto, su entendimiento no sólo está basado en la sentencia del *Caso Almonacid Arellano*, sino a la luz de la línea jurisprudencial sobre la materia, derivada de las sentencias de casos contenciosos, de resoluciones de supervisión de cumplimiento de sentencias, de medidas provisionales y en sus opiniones consultivas.

El control de convencionalidad ha sido invocado en sentencias que involucran la responsabilidad internacional de 14 Estados distintos: Argentina, Barbados, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Guatemala, México, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana, Uruguay y Venezuela. Esto es, más de la mitad de los Estados parte de la Convención que han reconocido la jurisdicción contenciosa de la Corte IDH.

Es importante recordar que –aun cuando el control de convencionalidad es una creación pretoriana– su fundamento legal se encuentra en los artículos 1.1, 2 y 29 de la Convención Americana, y en los artículos 26 y 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. De los artículos 1.1 y 2 del Pacto de San José se desprende la obligación de desarrollar prácticas estatales conducentes a la observancia efectiva de los derechos y libertades consagrados en el mismo, por lo que es necesario que la interpretación de las leyes domésticas se encuentre ajustada a cumplir con la obligación de respeto y garantía. Del artículo 29 de la Convención se desprende la

¹⁴ Corte IDH, *Caso de las Masacres de Ituango vs. Colombia*, Supervisión de cumplimiento de Sentencia, Resolución de 21 de mayo de 2013, párr. 30.

¹⁵ Refiriéndose a la necesidad de “continuar adoptando medidas para fortalecer la capacidad institucional para enfrentar los patrones de impunidad en casos de desapariciones, violencia sexual y homicidios de mujeres” [*Caso González y otras (“Campo Algodonero”) vs. México*, Supervisión de cumplimiento de Sentencia, Resolución de 21 de mayo de 2013, párr. 78].

¹⁶ Cfr. Corte IDH, *Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional*, Opinión Consultiva OC-21/14 de 19 de agosto de 2014, Serie A, núm. 21, párr. 31.

¹⁷ Corte IDH, *Titularidad de derechos de las personas jurídicas en el sistema interamericano de derechos humanos*, Opinión Consultiva OC-22/16 de 26 de febrero de 2016, Serie A, núm. 22, párr. 26.

obligación de las autoridades de permitir de la manera más amplia posible el goce y ejercicio de los derechos establecidos en el Pacto de San José o en otros instrumentos nacionales o internacionales. Finalmente, de manera subsidiaria, los principios de buena fe, efecto útil y *pacta sunt servanda*, y la prohibición de invocar el derecho interno como justificación para el incumplimiento de un tratado, de conformidad con los artículos 26 y 27 de la Convención de Viena, complementan el deber de las autoridades estatales de garantizar el cumplimiento de las obligaciones del Estado conforme a la Convención Americana.

Independientemente de los precedentes donde el control de convencionalidad ha sido reiterado por la Corte IDH, y de las normas de derecho internacional que lo sustentan, especialmente los artículos 2 del Pacto de San José, y 27 de la Convención de Viena, el control de convencionalidad tiene una vocación práctica: servir como una herramienta procesal para que todas las autoridades de los Estados, ahí en el ámbito de sus competencias, y considerando las regulaciones procesales correspondientes, tomen todas aquellas medidas legislativas y de otro carácter (p. ej., interpretativas) para garantizar la mayor protección posible de los derechos humanos. Por lo que los legisladores deben crear normas de conformidad con los estándares desarrollados en el sistema interamericano de derechos humanos, incluso cuando esto sea contrario a la voluntad de la mayoría de la población (como sucedió en *Gelman*); los ministerios públicos deben conducir sus investigaciones siempre interpretando la ley de la manera que mejor garantice los derechos humanos (*Cabrera García y Montiel Flores*); y los jueces deben, además de interpretar el derecho de conformidad con el estándar internacional, y siempre que tengan la competencia para hacerlo, inaplicar una norma manifiestamente inconvencional (como en *Almonacid* o en *Radilla*).

2. El control de convencionalidad como una herramienta para fortalecer la complementariedad del sistema interamericano de derechos humanos

Es posible afirmar que el control de convencionalidad está sustentado –y busca reafirmar– la subsidiariedad del sistema interamericano.¹⁸ El principio de complementariedad permite sostener que “la responsabilidad estatal sólo pueda ser exigida a nivel internacional después de que el Estado haya tenido la oportunidad de declarar [una violación a la Convención] y reparar el daño ocasionado por sus propios medios”.¹⁹ El principio de complementariedad o subsidiariedad informa transversalmente el sistema interamericano de derechos humanos, tal y como lo establece el Preámbulo de la Convención Americana, el cual dispone que la propia

¹⁸ Cfr. González Domínguez, *op. cit.*, pp. 278-314.

¹⁹ Corte IDH, *Caso Masacre de Santo Domingo vs. Colombia*, Sentencia de 30 de noviembre de 2012, Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones, Serie C, núm. 259, párr. 142.

Convención es “coadyuvante o complementario de la [protección] que ofrece el derecho interno de los Estados americanos”.²⁰ En este sentido, la Corte IDH ha reconocido que el Estado es “el principal garante de los derechos de las personas, de manera que, si se produce un acto violatorio de dichos derechos, es el propio Estado quien tiene el deber de resolver el asunto a nivel interno y, reparar, antes de tener que responder ante instancias internacionales como el sistema interamericano, lo cual deriva del carácter subsidiario que reviste el proceso internacional frente a los sistemas nacionales de garantías de los derechos humanos”.²¹

El control de convencionalidad busca precisamente coadyuvar para que las autoridades estatales actúen como garantes de los derechos humanos a nivel nacional, que es donde ocurren las violaciones de derechos humanos, y donde se pueden reparar de manera inmediata y efectiva. De ahí que utilicemos la metáfora de que, a partir de la creación de esta doctrina, los jueces nacionales deben actuar como “jueces interamericanos”. Tal y como lo mencioné en mi voto concurrente en el *Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México* (2010), “el control difuso de la convencionalidad” convierte al juez nacional en juez interamericano: en un primer y auténtico guardián de la Convención Americana, de sus protocolos adicionales (eventualmente de otros instrumentos internacionales) y de la jurisprudencia de la Corte IDH que interpreta dicha normatividad”.²²

Además, esta idea significa que se ha instaurado (o que estamos en proceso de instaurar, de manera conjunta, las instituciones del sistema interamericano y aquellas a nivel doméstico) un “control dinámico y complementario de las obligaciones convencionales de los Estados de respetar y garantizar derechos humanos, conjuntamente entre las autoridades internas (primariamente obligadas) y las instancias internacionales (en forma complementaria), de modo que los criterios de decisión puedan ser conformados y adecuados entre sí”.²³

Esta misma lógica complementaria ha implicado que la Corte IDH valore y reconozca cuando los jueces nacionales, en cumplimiento con sus deberes de respeto y garantía, han realizado lo que podemos denominar “buenas prácticas nacionales” en materia de cumplimiento con sus obligaciones convencionales. Específicamente, la Corte ha apreciado cuando los tribunales nacionales (i) han realizado una correcta interpretación y aplicación del derecho internacional de los derechos humanos (DIDH) para remediar una situación que le dio origen a un caso, (ii) han adoptado medidas adecuadas para remediar la situación que le dio origen al caso,

²⁰ Convención Americana sobre Derechos Humanos, suscrita en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos, San José, Costa Rica, 7 al 22 de noviembre de 1969, Preámbulo.

²¹ Corte IDH, *Caso Valle Jaramillo y otros vs. Colombia*, Sentencia de 27 de noviembre de 2008, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, núm. 192, párr. 66.

²² Corte IDH, *Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México*, cit. Voto razonado del juez Eduardo Ferrer Mac-Gregor, párr. 24.

²³ Corte IDH, *Caso Masacre de Santo Domingo vs. Colombia*, cit., párr. 143.

(iii) ya han resuelto la violación alegada y han dispuesto reparaciones razonables, o (iv) han ejercido un adecuado control de convencionalidad. Y, de hecho, no podría ser de otra forma, pues si el objetivo de la existencia misma de un sistema regional de protección a los derechos humanos es el de incrementar el nivel de protección a la dignidad de todas las personas sujetas a la jurisdicción estatal, sería incoherente que la Corte IDH no reconociera cuando las autoridades nacionales han remediado las violaciones de los derechos humanos por sus propios medios. Ese es el espíritu del derecho internacional de los derechos humanos, y también lo es del control de convencionalidad. Veamos dos ejemplos.

a) *Cuando las autoridades han adoptado medidas adecuadas para remediar una situación que le dio origen a un caso.* En *La Cantuta vs. Perú* (2006), la Corte IDH discutió si las leyes de autoamnistía peruanas aprobadas durante el régimen de Alberto Fujimori –las cuales fueron declaradas incompatibles con la Convención Americana en el emblemático *Caso de Barrios Altos*– continuaban surtiendo efectos en el ámbito interno. En este caso, la Corte destacó que las partes estaban expresamente de acuerdo con el carácter incompatible de las leyes de amnistía con la Convención Americana, por lo que la controversia que existía giraba en torno a la determinación sobre si las leyes continuaban surtiendo efectos luego de lo declarado en *Barrios Altos*.²⁴

En este sentido, luego de observar que los actos de varios órganos estatales y decisiones del Tribunal Constitucional peruano eran conformes con lo dispuesto en dicha Sentencia de 2001, la Corte IDH estimó que el Estado no había continuado incumpliendo con el artículo 2 de la Convención, y, por lo tanto, no declaró la violación de dicho artículo en lo que respecta a todos aquellos actos posteriores al cumplimiento de la *Sentencia de Barrios Altos*.²⁵ Este es un ejemplo que muestra cómo, una vez que el Estado da cumplimiento a las sentencias en que ha sido parte, la Corte IDH tiene la convicción de que no ocurrirán futuros actos de aplicación, esta no declara violaciones de la Convención Americana y reconoce el cumplimiento de las obligaciones estatales.

b) *Cuando han ejercido un adecuado control de convencionalidad.* En *Gelman vs. Uruguay* (2011), la Corte IDH consideró que la Suprema Corte de Justicia uruguaya había ejercido, en otro caso relacionado con la aplicación de la misma ley involucrada en el caso sujeto a su conocimiento, un adecuado control de convencionalidad respecto de la Ley de Caducidad de la Pretensión Punitiva del Estado (ley de amnistía promulgada en 1986 por el

²⁴ Cfr. Corte IDH, *Caso La Cantuta vs. Perú*, Sentencia de 29 de noviembre de 2006, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, núm. 162, párr. 169.

²⁵ *Ibid.*, párr. 189.

gobierno democrático de Uruguay, y después ratificada mediante referéndum y plebiscito).²⁶ En efecto, la Corte uruguaya, en el *Caso Nibia Sabal-sagayan Curutchet*, determinó que “el límite de la decisión de la mayoría reside, esencialmente, en dos cosas: la tutela de los derechos fundamentales (los primeros, entre todos, son el derecho a la vida y a la libertad personal, y no hay voluntad de la mayoría, ni interés general ni bien común o público en aras de los cuales puedan ser sacrificados) y la sujeción de los poderes públicos a la ley”.²⁷ La Corte declaró la responsabilidad internacional del Estado en *Gelman*, porque, de hecho, la ley había surtido efectos que evitaron la adecuada investigación y sanción de la desaparición forzada de la víctima del caso; pero reconoció en la sentencia que las autoridades habían realizado un adecuado control de convencionalidad –aunque fuera en un caso diferente al que se presentó ante la Corte IDH– en el momento de reconocer la inconstitucionalidad de la Ley de Caducidad.

En el mismo sentido, recientemente, en el *Caso Tenorio Roca y otros vs. Perú* (2016), la Corte IDH consideró que un Juzgado Penal Supraprovincial habría ejercido un oportuno y acertado control de convencionalidad. Este Juzgado Penal se apartó de un Acuerdo Plenario de la Sala Constitucional de la Suprema Corte de Justicia de Perú, para, en cambio, dar cumplimiento a los lineamientos fijados por el Tribunal Constitucional del Perú, y por la Corte IDH, en cuanto a la obligación de investigar graves violaciones de los derechos humanos y, en particular, bajo el entendimiento de que el delito de desaparición forzada sólo cesa cuando el deber de informar el paradero de la víctima ha sido satisfecho.²⁸ En efecto, la determinación del Juzgado Penal, para el caso concreto, no subsanó la deficiencia en la tipificación del Código Penal peruano, en lo relativo al delito de desaparición forzada de personas, y, por ello, la Corte IDH consideró que, en tanto dicha norma no fuera modificada, el Estado se encontraba incumpliendo su obligación conforme al artículo 2 de la Convención Americana.²⁹ Sin embargo, la decisión de la Corte IDH en este caso refleja con claridad el espíritu del correcto ejercicio del control de convencionalidad, el cual es que sean los propios jueces nacionales (como bien lo hizo el Juzgado Penal antes mencionado) quienes actúen como auténticos garantes de la vigencia de la Convención Americana y las interpretaciones de la Corte IDH.

²⁶ Cfr. Corte IDH, *Caso Gelman vs. Uruguay*, cit.

²⁷ *Idem*.

²⁸ Cfr. Corte IDH, *Caso Tenorio Roca y otros vs. Perú*, Sentencia de 22 de junio de 2016, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, núm. 314, párr. 228.

²⁹ *Ibid.*, párr. 231.

3. El control de convencionalidad como un factor de incremento del diálogo judicial

Como es posible observar de los párrafos anteriores, el control de convencionalidad es una herramienta que permite a las autoridades la realización de “buenas prácticas” en el cumplimiento de sus obligaciones internacionales en materia de derechos humanos. Sin embargo, esta doctrina también sirve como un vehículo para incrementar el diálogo judicial entre la Corte IDH y los tribunales nacionales.³⁰ El concepto de diálogo judicial se ha utilizado para enmarcar diversas prácticas entre cortes y tribunales tanto nacionales como internacionales, e inclusive entre organismos cuasijurisdiccionales.³¹ Algunos señalan que se refiere a conversaciones entre los poderes judiciales en una gran variedad de temas.³² Otros lo definen como una técnica argumentativa para la indagación de nuevos conceptos, en donde los dialogantes son conjuntamente responsables del diálogo.³³

Independientemente de la definición que adoptemos sobre el concepto de diálogo judicial, el control de convencionalidad incrementa su práctica. Esto sucede porque al ser una herramienta efectiva para la incorporación de los estándares desarrollados en el sistema interamericano (especialmente por vía judicial), esta doctrina ha facilitado el uso de los estándares internacionales de protección a los derechos humanos por parte de algunos poderes judiciales de la región. En algunos casos, el uso de estos estándares incluso ha producido cambios estructurales en el derecho constitucional, específicamente en relación con la forma en que los elementos del *corpus iuris interamericano* son incorporados y aplicados en los ordenamientos jurídicos nacionales, y en las facultades de las autoridades para utilizarlos en la resolución de

³⁰ Entre los trabajos que han abordado el diálogo judicial podemos mencionar, entre otros: Anne-Marie Slaughter, “A typology of Transjudicial Communication”, *University of Richmond Law Review*, vol. 29, núm. 99, 1994; y “A Global Community of Courts”, *Harvard International Law Journal*, vol. 44, núm. 1, 2002; Francis G. Jacobs, “Judicial Dialogue and the Cross-Fertilization of Legal Systems: the European Court of Justice”, *Texas International Law Journal*, vol. 38, núm. 547, 2003; Melissa A. Waters, “Mediating Norms and Identity: The Role of Transnational Judicial Dialogue in Creating and Enforcing International Law”, *Georgetown Law Journal*, vol. 93, núm. 2, 2005. Asimismo, ver los trabajos contenidos en Eduardo Ferrer Mac-Gregor y Alfonso Herrera García (coords.), *Diálogo jurisprudencial en derechos humanos. Entre tribunales constitucionales y cortes internacionales*, Valencia-México, Tirant lo Blanc - Corte Interamericana de Derechos Humanos - UNAM - Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, 2013.

³¹ Cfr. Anne-Marie Slaughter, “A Typology of Transjudicial Communication”, en T. Franck, G. Fox (eds.), *International Law Decisions in National Courts*, New York, Transnational Publishers, Inc., 1996, p. 51.

³² Cfr. Slaughter, “A Global Community of Courts”, *op. cit.*, p. 191.

³³ Cfr. Manuel Góngora Mena, “Diálogo policéntrico”, en Ferrer Mac-Gregor, Martínez Ramírez y Figueroa Mejía, *op. cit.*, p. 587.

casos por las vías judiciales existentes en los sistemas jurídicos nacionales (e. g., por vía de amparo). El caso de México ilustra con claridad este fenómeno.³⁴

El caso de México. La Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) reconoció, en el *Expediente varios 912/10*, la existencia de una obligación a cargo de todos los jueces mexicanos de realizar un “control difuso de convencionalidad”, en cumplimiento de la sentencia en *Radilla Pacheco*.³⁵ Este criterio implicó una nueva interpretación del artículo 133 de la Constitución mexicana, el cual establece la jerarquía de normas internacionales en el ordenamiento jurídico nacional. Para dar cumplimiento a las obligaciones dirigidas al Poder Judicial que habrían sido establecidas en la sentencia en *Radilla Pacheco*, en consideración a la reforma constitucional en materia de derechos humanos de 2011, y con el objetivo de garantizar la efectividad de los derechos humanos de fuente internacional, la Suprema Corte de Justicia estableció, en el *Expediente Varios 910/12*, que los jueces nacionales están posibilitados para desaplicar al caso concreto una norma inconventional, sin que esto implique la realización de una declaración general de inconstitucionalidad (facultad reservada para los tribunales federales). En este sentido, estableció que los jueces deberán hacer una interpretación conforme en sentido amplio, una interpretación conforme en sentido estricto, y una inaplicación de la ley cuando las alternativas anteriores no son posibles.³⁶

En un sentido similar, la SCJN estableció, en abril de 2014, que la jurisprudencia de la Corte IDH es vinculante para los jueces mexicanos siempre que sea más favorable a la persona, incluso si se trata de criterios jurisprudenciales que hayan sido creados en casos donde el Estado mexicano no haya sido parte del litigio en el ámbito internacional.³⁷ Este criterio permite el uso extendido de la jurisprudencia interamericana por parte de todos los jueces nacionales, lo cual constituye un paso más hacia la reconfiguración del sistema de fuentes de derecho del sistema jurídico mexicano, y ha abierto la puerta a un fructífero diálogo judicial entre las instituciones del sistema interamericano y los tribunales nacionales de México. Este diálogo se manifiesta, principalmente, pero no exclusivamente, en algunas decisiones recientes de la SCJN y de otros tribunales federales, donde se utiliza cada vez con mayor frecuencia la jurisprudencia de la Corte IDH en la solución de casos concretos. Por

³⁴ En el mismo sentido, encontramos que el control de convencionalidad ha influido en el diálogo judicial en Argentina y Paraguay. Cfr. Corte Suprema de Justicia de la Nación de Argentina, *Caso Mazzeo, Julio Lilo y otros*, Sentencia de 13 de julio de 2007, párrs. 20-21; Acción de inconstitucionalidad en el juicio: “Defensoría del pueblo c/ municipalidad de San Lorenzo s/ amparo”, año 2008, núm. 1054, párr. 19.

³⁵ Cfr. Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Expediente Varios 912/10*, derivado de la consulta a trámite presentada por el entonces ministro presidente Guillermo I. Ortiz Maya-goitia, en el *Expediente Varios 489/2010*.

³⁶ *Idem*.

³⁷ Cfr. SCJN, *Jurisprudencia emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos es vinculante para los jueces mexicanos siempre que sea más favorable a la persona*, Tesis: Pleno de la SCJN, P./J. 21/2014, *Semanario Judicial de la Federación*, 25 de abril de 2014, décima época.

ejemplo, en la *Contradicción de Tesis 315/2014*, la SCJN concluyó, tomando en consideración algunos criterios de la Corte IDH, como lo establecido en el *Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México* (2010), que la omisión del juez penal de instancia de investigar los denunciados por el imputado constituye una violación de las leyes de procedimiento que trasciende a su defensa y amerita la reposición de este.³⁸

Ahora bien, el diálogo judicial no sólo ocurre cuando los jueces nacionales utilizan la jurisprudencia de la Corte IDH para decidir los casos sujetos a su conocimiento. La Corte IDH es consciente de que el derecho internacional de los derechos humanos representa los mínimos de protección de derechos humanos, y no el máximo que los Estados pueden y deben garantizar a las personas sujetas a su jurisdicción. De hecho, la Corte es consciente de que las interpretaciones de la Convención Americana a nivel estatal muchas veces reflejan valiosas posiciones garantistas en pro de la protección de los derechos humanos, que es el objeto y fin de la Convención Americana. Es por esta razón que, sobre todo en sentencias de los últimos años, se ha interpretado el Pacto de San José a la luz de los criterios fijados por tribunales nacionales. En otras palabras, la Corte IDH ha reconocido, en su propia actuación judicial, el valor que tienen los criterios definidos por las cortes nacionales cuando estas otorgan un mayor nivel de protección a los derechos humanos. La Corte no sólo ha valorado las decisiones garantistas adoptadas a nivel nacional, sino que incluso ha utilizado esos criterios para orientar sus propias decisiones. En otras palabras, la Corte IDH ha dialogado con sus homólogos a nivel nacional. Veamos algunos ejemplos sobre la manera en que este diálogo ha tenido lugar en temas específicos.

Leyes de amnistía. En *Gomes Lund y otros ("Guerrilha do Araguaia") vs. Brasil* (2010), la Corte estableció que las leyes de amnistía que permiten la impunidad por graves violaciones de los derechos humanos son incompatibles con las obligaciones de los Estados que las emiten, pues son contrarias al deber del Estado de investigar y sancionar dichas violaciones.³⁹ Esta conclusión siguió la jurisprudencia en la materia, la cual fue inaugurada desde *Barrios Altos* y reiterada en casos posteriores.⁴⁰ Pero la Corte también fortaleció su criterio haciendo referencia a la posición que han tenido diversas altas cortes nacionales de la región en relación con la existencia de leyes que eviten la investigación de graves violaciones de los derechos humanos, incluyendo las importantes decisiones de la Corte Suprema de la Nación Argenti-

³⁸ Cfr. SCJN, Primera Sala, *Libro 29*, abril de 2016, t. II, p. 894, Jurisprudencia (común, penal).

³⁹ Cfr. Corte IDH, *Caso Gomes Lund y otros (Guerrilha do Araguaia) vs. Brasil*, Sentencia de 24 de noviembre de 2010, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, núm. 219, párr. 170.

⁴⁰ Cfr. Corte IDH, *Caso Barrios Altos vs. Perú*, Sentencia de 30 de noviembre de 2001, Reparaciones y Costas, Serie C, núm. 87, párr. 44; Corte IDH, *Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile*, cit., núm. 154, párr. 122.

na en el *Caso Simón*,⁴¹ de la Corte Suprema de Justicia de Chile en el *Caso 2477* de 2004,⁴² y del Tribunal Constitucional de Perú en el *Caso Santiago Martín Rivas*.⁴³

Derecho a la identidad. En *Gelman vs. Uruguay* (2011), la Corte utilizó la jurisprudencia comparada para determinar que la sustracción de niños y niñas efectuada por agentes estatales para ser entregados ilegítimamente en crianza a otra familia afecta el derecho a la identidad.⁴⁴ La Corte estableció que, atendiendo a las circunstancias del caso, y sobre la base de lo dispuesto en el artículo 19 de la Convención, interpretado a la luz del artículo 8 de la Convención sobre los Derechos del Niño, es posible determinar la existencia del derecho a la identidad, aun cuando no se encuentra expresamente reconocido por la Convención Americana.⁴⁵ La Corte sustentó su posición en una interpretación evolutiva de las obligaciones del artículo 19 de la Convención, reafirmando su posición a través de una interpretación sistemática y del diálogo judicial. Específicamente, la Corte utilizó las decisiones de la Corte Constitucional Colombiana en la tutela *T-477/1995*, del Tribunal Constitucional de Perú en la Sentencia de 25 de junio de 2005, y del Tribunal Oral en lo Criminal núm. 6 de la Capital Federal Argentina en los autos caratulados *REI, Víctor Enrique s/ sustracción de menor de 10 años*.⁴⁶

Derecho a la consulta previa. En la misma lógica dialogante, la Corte utilizó, en *Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador* (2012), el derecho de diversos Estados miembros de la OEA para determinar la existencia de un derecho de las comunidades indígenas a ser consultadas previa, libre e informadamente en casos donde se prevén medidas susceptibles de afectar sus derechos (lo que se ha denominado el “derecho a la consulta previa”).⁴⁷ Específicamente, la Corte se refirió a las decisiones de los más altos tribunales de los Estados que se han referido al derecho a la consulta previa de conformidad con las disposiciones del Convenio 169

⁴¹ Cfr. Corte IDH, *Caso Gomes Lund y otros (Guerrilha do Araguaia) vs. Brasil*, cit., párr. 163.

⁴² *Ibid.*, párr. 165.

⁴³ *Ibid.*, párr. 166.

⁴⁴ Cfr. Corte IDH, *Caso Gelman vs. Uruguay*, cit., párrs. 120-122.

⁴⁵ *Ibid.*, párr. 122.

⁴⁶ Cfr. Cámara Federal de Apelaciones de La Plata, Argentina, Sala Tercera, en autos caratulados “C., O.O. s/ infracción artículos 139, inciso 2° y 293 del Código Penal”, Causa núm. 08.787, de 9 de diciembre de 1988, voto minoritario del juez Leopoldo Schiffrin; Tribunal Oral en lo Criminal Federal núm. 6 de la Capital Federal de Argentina, autos caratulados “Zaffaroni Islas, Mariana s/ av. circunstancias de su desaparición - FURCI, Miguel Ángel-González de FURCI, Adriana”, Causa núm. 403, de 5 de agosto de 1994, voto del juez Mansur en la posición mayoritaria; Tribunal Oral en lo Criminal Federal núm. 6 de la Capital Federal, Buenos Aires, Argentina, Causa núm. 1278, caratulada “REI, Víctor Enrique s/ sustracción de menor de diez años”.

⁴⁷ Cfr. Corte IDH, *Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador*, Sentencia de 27 de junio de 2012, Fondo y Reparaciones, Serie C, núm. 245, párr. 160.

de la Organización Internacional del Trabajo (OIT); este es el caso de Argentina,⁴⁸ Belice,⁴⁹ Bolivia,⁵⁰ Brasil,⁵¹ Chile,⁵² Colombia,⁵³ Costa Rica,⁵⁴ Ecuador,⁵⁵ Guatemala,⁵⁶ México,⁵⁷ Perú⁵⁸ o Venezuela,⁵⁹ los cuales han señalado la necesidad de respetar las normas de consulta previa y de dicho Convenio.⁶⁰

4. Reflexión final

Teniendo en consideración todo lo dicho hasta aquí, es importante subrayar que el control de convencionalidad no es una herramienta que busque imponer a los Estados una visión homogénea en materia de derechos humanos. El principio *pro persona*, la complementariedad (subsidiariedad) y la lógica del pluralismo normativo se encuentran en la génesis de esta doctrina, pues los Estados conservan la libertad de adoptar criterios más protectores que aquellos previstos por el DIDH en general, y por el *corpus iuris interamericano* en particular. El deber de aplicar los criterios más protectores deriva del propio artículo 29 de la Convención Ame-

⁴⁸ Cfr. CSJN, *Comunidad Indígena Eben Ezer c/ provincia de Salta - Ministerio de Empleo y la Producción s/ amparo*, 30 de septiembre de 2008, C. 2124, pp. XLI a la 4.

⁴⁹ Cfr. Corte Suprema de Belice, *Aurelio Cal por derecho propio y en nombre de la Comunidad Maya de Santa Cruz y otros vs. Procurador General de Belice y otros*, Sentencia de 18 de octubre de 2007, casos 171 y 172 de 2007.

⁵⁰ Cfr. Tribunal Constitucional de Bolivia, Sentencia 0045/2006, 2 de junio de 2006. II.5.3.

⁵¹ Cfr. Quinto Juzgado Federal de Primera Instancia, Sección Judicial de Maranhão, Justiça Federal de 1ª Instância, Seção Judiciária do Maranhão, 5ª Vara, *Joisael Alves e outros vs. Diretor Geral do Centro de Lançamento de Alcântara*, Sentencia 027/2007/JCM/JF/MA de 13 de febrero de 2007, Proceso núm. 2006.37.00.005222-7.

⁵² Cfr. Corte de Apelaciones de Concepción, Chile, 10 de agosto de 2010.

⁵³ Cfr. Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-129/11, párr. 5.1.

⁵⁴ Cfr. Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, Sala Constitucional, Recurso de Amparo 2011-1768 de 11 de febrero de 2011. Ver también Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, Sentencia 2000-08019, 8 de septiembre de 2000.

⁵⁵ Corte Constitucional del Ecuador, *Caso de los Pantanos Secos de Pastaza*, núm. 222-2004-RA, Sentencia de 9 de junio de 2004, considerando duodécimo; *Caso del cine IMAX en la parroquia de Cumbayá*, núm. 679-2003-RA, considerando sexto.

⁵⁶ Cfr. Corte de Constitucionalidad, Guatemala, Apelación de Sentencia de Amparo, 21 de diciembre de 2009, Expte. 3878-2007, apartado V.

⁵⁷ Cfr. Corte Suprema de Justicia de la Nación, *María Monarca Lázaro y otra*, Amparo en revisión 781/2011, 14 de marzo de 2012; Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, *Joel Cruz Chávez y otros vs. Quincuagésima Novena Legislatura del Estado de Oaxaca y otras*, Sentencia de 6 de junio de 2007, SUP-JDC-11/2007.

⁵⁸ Cfr. Sentencia del Tribunal Constitucional, Expte. 0022-2009-PI/TC, párrs. 23 y 41; Sentencia del Tribunal Constitucional, Expte. 03343-2007-PA/TC, párr. 30.

⁵⁹ Cfr. Sentencia del Tribunal Supremo de Justicia, Expte. 2005-5648 de 6 de diciembre de 2005.

⁶⁰ Cfr. Corte IDH, *Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador*, cit., párr. 164.

ricana, el cual establece normas de interpretación, y cuya *raison d'être* es que, ante la posibilidad de la interpretación o aplicación de dos o más normas, se opte por aquella que brinde un mayor goce a los derechos humanos.

En definitiva, el control de convencionalidad es un fenómeno único en las relaciones entre tribunales nacionales y cortes internacionales. No existe algo similar en el ámbito europeo, en parte porque carece de una disposición como la establecida en el artículo 2 de la Convención Americana, el cual impone la obligación de que los Estados adecuen su sistema legislativo y sus prácticas con la Convención Americana, contrario al caso europeo, donde más bien se induce a esta adecuación.⁶¹ Es por este diseño conceptual que el control de convencionalidad se ha convertido en uno de los elementos más importantes en la construcción del *ius constitutionale commune* latinoamericano,⁶² al operar como una institución jurídica que ha fortalecido el diálogo jurisprudencial entre las autoridades nacionales de los Estados parte de la Convención y la Corte IDH, lo cual, tenemos la convicción, continuará generando estándares en materia de derechos humanos para toda la región, basados en el principio *pro persona*.

Bibliografía

- BOGDANDY, Armin von, Mariela MORALES ANTONIAZZI y Eduardo FERRER MAC-GREGOR (coords.), *Ius constitutionale commune en derechos humanos en América Latina. Una aproximación conceptual*, México, Porrúa - UNAM - Instituto Max Planck de Derecho Público Comparado y Derecho Internacional, 2013.
- CÁMARA FEDERAL DE APELACIONES DE LA PLATA, Argentina, Sala Tercera, en autos caratulados “C., O.O. s/infracción artículos 139 inciso 2°, y 293 del Código Penal”, Causa núm. 08.787, de 9 de diciembre de 1988.
- CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, Sentencia T-129/11.
- CORTE CONSTITUCIONAL DEL ECUADOR, *Caso de los Pantanos Secos de Pastaza*, Sentencia de 9 de junio de 2004, núm. 222-2004-RA.
- _____, *Caso del cine IMAX en la parroquia de Cumbayá*, núm. 679-2003-RA.
- CORTE DE APELACIONES DE CONCEPCIÓN, Chile, 10 de agosto de 2010.

⁶¹ Cfr. Luis Jimena Quesada, *Control de constitucionalidad y control de convencionalidad. Hacia la formación de un derecho constitucional europeo*, Congreso de la Asociación Española de Derecho Constitucional, Valencia, Tirant lo Blanch, pp. 285-317. Asimismo, ver los trabajos contenidos en Alejandro Saiz Arnaiz y Eduardo Ferrer Mac-Gregor (coords.), *Control de convencionalidad, interpretación conforme y diálogo jurisprudencial. Una visión desde América Latina y Europa*, México, Porrúa-UNAM, 2012.

⁶² Cfr. Armin von Bogdandy, Mariela Morales Antoniazzi y Eduardo Ferrer Mac-Gregor (coords.), *Ius constitutionale commune en derechos humanos en América Latina. Una aproximación conceptual*, México, Porrúa - UNAM - Instituto Max Planck de Derecho Público Comparado y Derecho Internacional, 2013.

- CORTE DE CONSTITUCIONALIDAD, Guatemala, Apelación de Sentencia de Amparo, 21 de diciembre de 2009, Expte. 3878-2007.
- CORTE IDH, *Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile*, Sentencia de 26 de septiembre de 2006, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, núm. 54.
- _____, *Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú*, Sentencia de 24 de noviembre de 2006, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, núm. 158.
- _____, *Caso La Cantuta vs. Perú*, Sentencia de 29 de noviembre de 2006, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, núm. 162.
- _____, *Caso Boyce y otros vs. Barbados*, Sentencia de 20 de noviembre de 2007, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, núm. 169.
- _____, *Caso Valle Jaramillo y otros vs. Colombia*, Sentencia de 27 de noviembre de 2008, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, núm. 192.
- _____, *Caso Radilla Pacheco vs. México*, Sentencia de 23 de noviembre de 2009, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, núm. 209.
- _____, *Caso Gomes Lund y otros (Guerrilha do Araguaia) vs. Brasil*, Sentencia de 24 de noviembre de 2010, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, núm. 219.
- _____, *Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México*, Sentencia de 26 de noviembre de 2010, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, núm. 220.
- _____, *Caso Gelman vs. Uruguay*, Sentencia de 24 de febrero de 2011, Fondo y Reparaciones, Serie C, núm. 221.
- _____, *Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador*, Sentencia de 27 de junio de 2012, Fondo y Reparaciones, Serie C, núm. 245.
- _____, *Caso Masacre de Santo Domingo vs. Colombia*, Sentencia de 30 de noviembre de 2012, Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones, Serie C, núm. 259.
- _____, *Caso Gelman vs. Uruguay*, Supervisión de cumplimiento de Sentencia, Resolución de 20 de marzo de 2013.
- _____, *Caso de las Masacres de Ituango vs. Colombia*, Supervisión de cumplimiento de Sentencia, Resolución de 21 de mayo de 2013.
- _____, *Caso González y otras ("Campo Algodonero") vs. México*, Supervisión de cumplimiento de Sentencia, Resolución de 21 de mayo de 2013.
- _____, *Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional*, Opinión Consultiva OC-21/14 de 19 de agosto de 2014, Serie A, núm. 21.
- _____, *Titularidad de derechos de las personas jurídicas en el sistema interamericano de derechos humanos*, Opinión Consultiva OC-22/16 de 26 de febrero de 2016, Serie A, núm. 22.
- _____, *Caso Tenorio Roca y otros vs. Perú*, Sentencia de 22 de junio de 2016, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, núm. 314.

CORTE SUPREMA DE BELICE, *Aurelio Cal por derecho propio y en nombre de la Comunidad Maya de Santa Cruz y otros vs. Procurador General de Belice y otros*, Sentencia de 18 de octubre de 2007, casos 171 y 172 de 2007.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE COSTA RICA, Sala Constitucional, Recurso de Amparo 2011-1768 de 11 de febrero de 2011.

_____, Sala Constitucional, Sentencia 2000-08019 de 8 de septiembre de 2000.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN ARGENTINA, *Mazzeo, Julio Lilo y otros*, Sentencia de 13 de julio de 2007.

_____, *Comunidad Indígena Eben Ezer c/ provincia de Salta - Ministerio de Empleo y la Producción s/ amparo*, 30 de septiembre de 2008, C. 2124. XLI.

_____, *Expediente Varios 912/10*, derivado de la consulta a trámite presentada por el entonces ministro presidente Guillermo I. Ortiz Mayagoitia, en el *Expediente Varios 489/2010*.

_____, *María Monarca Lázaro y otra*, Amparo en revisión 781/2011, 14 de marzo de 2012.

_____, Primera Sala, *Libro 29*, abril de 2016, t. II. Jurisprudencia (común, penal).

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Paraguay, Acción de inconstitucionalidad en el juicio: “Defensoría del pueblo c/ municipalidad de San Lorenzo s/ amparo”, 2008, núm. 1054.

FERRER MAC-GREGOR, Eduardo y Alfonso HERRERA GARCÍA (coords.), *Diálogo jurisprudencial en derechos humanos. Entre tribunales constitucionales y cortes internacionales*, Valencia-México, Tirant lo Blanc - Corte IDH - UNAM - Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, 2013.

FERRER MAC-GREGOR, Eduardo, “Control de convencionalidad (sede interna), en E. FERRER MAC-GREGOR, F. MARTÍNEZ RAMÍREZ y G. FIGUEROA MEJÍA, *Diccionario de derecho procesal constitucional y convencional*, vol. I, México, Poder Judicial de la Federación, Consejo de la Judicatura Federal, Universidad Nacional Autónoma de México e Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, 2014.

_____, “Conventionality Control. The New Doctrine of the Inter-American Court of Human Rights”, Symposium: The Constitutionalization of International Law in Latin America, *American Journal of International Law (ASIL)*, núm. 109; *American Journal for International Law*, Unbound, núm. 93, 2015.

_____, “Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad. El nuevo paradigma para el juez mexicano”, en Miguel CARBONELL y Pedro SALAZAR (coords.), *La reforma constitucional en materia de derechos humanos: un nuevo paradigma*, México, UNAM, 2011.

GARCÍA RAMÍREZ, Sergio, “El control judicial interno de convencionalidad”, *IUS Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla*, año 5, núm. 28, 2011.

GÓNGORA MENA, Manuel, “Diálogo policéntrico”, en Eduardo FERRER MAC-GREGOR, Fabiola MARTÍNEZ RAMÍREZ y Giovanni FIGUEROA MEJÍA, *Diccionario de*

derecho procesal constitucional y convencional, vol. I, México, Poder Judicial de la Federación, Consejo de la Judicatura Federal, Universidad Nacional Autónoma de México e Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM.

GONZÁLEZ DOMÍNGUEZ, Pablo, "The Doctrine of Conventionality Control. An Innovative Doctrine in the Inter-American System of Human Rights", tesis doctoral, Biblioteca de la Universidad de Notre Dame, 2015.

JACOBS, Francis G., "Judicial Dialogue and the Cross-Fertilization of Legal Systems: the European Court of Justice", *Texas International Law Journal*, vol. 38, núm. 547, 2003.

Jurisprudencia emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos es vinculante para los jueces mexicanos siempre que sea más favorable a la persona, Tesis: Pleno de la SCJN, P./J. 21/2014, *Semanario Judicial de la Federación*, 25 de abril de 2014, décima época.

JIMENA QUESADA, Luis, *Control de constitucionalidad y control de convencionalidad. Hacia la formación de un derecho constitucional europeo*, Valencia, Congreso de la Asociación Española de Derecho Constitucional, Tirant lo Blanch, 2010.

QUINTO JUZGADO FEDERAL DE PRIMERA INSTANCIA, Sección Judicial de Maranhão, Justiça Federal de 1ª Instância, Seção Judiciária do Maranhão, 5ª Vara, *Joisael Alves e outros vs. Diretor Geral do Centro de Lançamento de Alcântara*, Sentencia 027/2007/JCM/JF/MA de 13 de febrero de 2007, Proceso núm. 2006.37.00.005222-7.

SAGÜÉS, Néstor Pedro, "El 'control de convencionalidad', en particular sobre las constituciones nacionales", *La Ley*, año LXXIII, núm. 35, 2009.

SAIZ ARNAIZ, Alejandro y Eduardo FERRER MAC-GREGOR (coords.), *Control de convencionalidad, interpretación conforme y diálogo jurisprudencial. Una visión desde América Latina y Europa*, México, Porrúa - UNAM, 2012.

SLAUGHTER, Anne-Marie, "A typology of Transjudicial Communication", *University of Richmond Law Review*, vol. 29, núm. 99, 1994.

_____, "A Global Community of Courts", *Harvard International Law Journal*, vol. 44, núm. 1, 2002.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE BOLIVIA, Sentencia 0045/2006 de 2 de junio de 2006.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, Lima, Expte. 03343-2007-PA/TC.

_____, Expte. 0022-2009-PI/TC.

TRIBUNAL ELECTORAL DEL PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN, *Joel Cruz Chávez y otros vs. Quincuagésima Novena Legislatura del Estado de Oaxaca y otras*, Sentencia de 6 de junio de 2007, SUP-JDC-11/2007.

TRIBUNAL ORAL EN LO CRIMINAL FEDERAL NÚM. 6 DE LA CAPITAL FEDERAL DE ARGENTINA, autos caratulados "Zaffaroni Islas, Mariana s/ av. circunstancias de su desaparición - FURCI, Miguel Ángel-González de FURCI, Adriana", Causa núm. 403 de 5 de agosto de 1994.

TRIBUNAL ORAL EN LO CRIMINAL FEDERAL NÚM. 6 DE LA CAPITAL FEDERAL DE ARGENTINA, Causa núm. 1278, caratulada “REI, Víctor Enrique s/ sustracción de menor de diez años”.

TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA, Venezuela, Expte. 2005-5648 de 6 de diciembre de 2005.

WATERS, Melissa A., “Mediating Norms and Identity: The Role of Transnational Judicial Dialogue in Creating and Enforcing International Law”, *Georgetown Law Journal*, vol. 93, núm. 2, 2005.

VOLVER A LA TABLA DE CONTENIDO

Carlos Alberto Gabriel Maino* (Argentina)

Los derechos humanos: baluarte y socavo de las instituciones. Hacia un adecuado equilibrio entre el control judicial de convencionalidad y la representación política de los procesos democráticos**

RESUMEN

El artículo ofrece una breve caracterización de los derechos humanos y del *rule of law* para luego tratar la obligatoriedad *erga omnes* de las interpretaciones de la Corte IDH a nivel de los Estados parte. Esta obligatoriedad, propiciada jurisprudencialmente por la Corte IDH y por algunos tribunales constitucionales y cortes supremas de América Latina, puede constituir tanto un afianzamiento como un debilitamiento del Estado de derecho. Para conjugar estos riesgos y alternativas, el autor propone utilizar la doctrina del margen de apreciación nacional. Esta teoría, de gran difusión en el sistema de salvaguarda de los derechos humanos europeo, puede constituir un posible curso de acción para remediar los desequilibrios que se han originado entre el control de convencionalidad por parte del poder judicial y de la Corte IDH, y el respeto a la representación política de los procesos democráticos en cada Estado parte.

Palabras clave: control de convencionalidad, Estado de derecho, representación política.

* Doctor en Derecho de la Universidad de Santiago de Compostela (España). Profesor de la Pontificia Universidad Católica Argentina y de la Universidad de Buenos Aires. mainogabriel@gmail.com.

** El presente artículo es el producto de la ponencia presentada en el II Workshop Internacional sobre Estado de Derecho: “Estado de Derecho y Derechos Humanos”, organizado por la Universidad Austral y la Fundación Konrad Adenauer, Buenos Aires (Argentina), 10-12 de septiembre de 2015.

ZUSAMMENFASSUNG

Der Beitrag nimmt zunächst eine kurze Beschreibung der Menschenrechte sowie des Rechtsstaatsprinzips („rule of law“) vor und setzt sich anschließend mit dem verbindlichen Charakter der Auslegungen des Interamerikanischen Gerichtshofs für Menschenrechte (IAGMR) in den Mitgliedsstaaten auseinander. Diese durch die Rechtsprechung des IAGMR und einiger lateinamerikanischer Verfassungsgerichte und oberster Gerichtshöfe begünstigte Bindung der Mitgliedstaaten kann sowohl eine Stärkung als auch eine Schwächung des Rechtsstaats sein. Um die bestehenden Risiken und Alternativen miteinander in Einklang zu bringen, befürwortet der Autor den Rückgriff auf die Doktrin des nationalen Wertungsspielraums. Diese im europäischen System zum Schutz der Menschenrechte weit verbreitete Theorie könnte eine mögliche Handlungsorientierung zur Überwindung der Ungleichgewichte darstellen, die sich zwischen der Überprüfung der Vertragskonformität durch die Justiz und den IAGMR einerseits, und der Achtung der politischen Repräsentation der demokratischen Prozesse in den einzelnen Mitgliedsstaaten andererseits herausgebildet haben.

Schlagwörter: Überprüfung der Vertragskonformität, Rechtsstaat, politische Repräsentation.

ABSTRACT

This article offers a brief characterization of human rights and the rule of law, in order to then discuss the binding *erga omnes* nature on State Parties of the interpretations of the Inter-American Court of Human Rights (IACtHR). This binding nature, asserted in the jurisprudence of the IACtHR and by some constitutional tribunals and supreme courts in Latin America, may constitute both a strengthening and weakening of the rule of law. In order to analyze these risks and alternatives, the author proposes using the doctrine of margin of national appreciation. This theory, widely disseminated in the European system for safeguarding human rights, can provide a possible course of action to remedy the imbalances that have arisen between the conventionality control by the judicial branch and the IACtHR, and respect for the political representation of democratic processes in each State Party.

Keywords: conventionality control, rule of law, political representation.

Introducción

La Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) ha ido elaborando a lo largo de los últimos años una doctrina del llamado *control de convencionalidad*, en la que se ha ido extendiendo su significado y virtualidad jurídica, hasta llegar a sostener la obligatoriedad *erga omnes* de todas las interpretaciones de la Convención IDH, realizada en toda su jurisprudencia, a modo de una especie de *tribunal constitucional latinoamericano*. Muchos tribunales superiores de los

Estados parte, incluida la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina, han adherido a esta doctrina.

El artículo busca desarrollar esta evolución en forma somera, mostrar los reparos que su aplicación ya acarrea o puede acarrear en el futuro, y ofrecer como alternativa la adopción de la conocida doctrina europea del margen de apreciación estatal o del estadounidense *self-restraint*.

Para ello, se realizará una sintética descripción de las bases establecidas en la fundación del sistema interamericano de protección de los derechos humanos, incluida la Convención IDH y el principio de subsidiariedad que establece como criterio general de aplicación. También su buscará mostrar, en el ajustado espacio del trabajo, la alteración que dicho principio sufre a partir de la jurisprudencia más reciente de la Corte IDH, especialmente a partir del caso *Almonacid Arellano*.

1. Los derechos humanos y su internacionalización en América Latina

La definición de los derechos humanos, su conceptualización iusfilosófica, ha sido muy problemática desde la posguerra hasta el presente. Por momentos, las distintas posturas parecen irreconciliables. Una manera de acercarse al problema es reconociendo el carácter plural y analógico del concepto de derechos humanos. Hacer este reconocimiento nos ubica prontamente en una concepción analógica del derecho mismo, que se enraíza en la secular tradición jurídica occidental. Ello implica que podemos dar distintas definiciones de derechos humanos, que guardan entre sí una relación analógica, en una analogía de atribución, en la que uno de los analogados tiene mayor fuerza significativa que los demás, que deben interpretarse desde aquel para encontrar su hermenéutica adecuada.

En el caso de los derechos humanos, sus diferentes acepciones cumplen una función distinta en el discurso jurídico, a saber: podemos realizar una conceptualización que entienda los derechos humanos 1. como la ley natural abordada desde el punto de vista de sus implicaciones subjetivas, como *derechos naturales*; 2. como el recurso que tienen los ciudadanos frente al poder del Estado o de las mayorías, o 3. como los derechos reunidos en declaraciones, tratados internacionales y constituciones, y que constituyen una serie de facultades y prerrogativas reconocidas a la persona humana sin carga ni cortapisa alguna a través de distintos instrumentos de derecho internacional público a nivel universal y regional. Esta última acepción incluye los sistemas continentales de salvaguarda establecidos principalmente en América Latina y Europa.

En el primer caso estamos en presencia de un concepto iusfilosófico y iusnaturalista. En el segundo, frente a un concepto jurídico-político en la senda de constitucionalismo político de Dworkin y de los derechos humanos como tópico político-retórico. En el tercer caso nos ubicamos en el plano de la internacionaliza-

ción del derecho constitucional y del control de convencionalidad, es decir en un plano supranacional.

Pero esta triple conceptualización es analógica, de atribución, porque en los dos últimos casos los derechos humanos constituyen la positivización de derechos que se consideran inherentes a la condición de persona humana y se afincan en el concepto jurídico *derecho natural*, que es probablemente la noción jurídica occidental más estudiada y alegada a lo largo de los siglos, con muchos efluentes y serpenteos.¹

Lo contrario implicaría confinarnos a un irracionalismo, tal como lo señala con toda claridad Andrés Ollero, al afirmar que “sólo la defensa de determinados intereses –políticos, religiosos,... explica el afán incoherente de incluir a los ‘derechos humanos’ dentro del campo de una teoría jurídica tomada en serio. Confesarse ‘positivista’ y buscar a la vez un punto de apoyo para hablar con ‘fundamento’ de tales derechos se convierte en una ardua empresa, a no ser que se esté dispuesto a saborear la amarga pócima de una ética irracional”.

En opinión de Ollero, la repetidísima propuesta de Bobbio de soslayar el problema en tributo a la evidencia de la Declaración Internacional de 1948, consiste en suplantar el irracionalismo ético que supuestamente constituyen las propuestas fundamentadoras, por un ‘irracionalismo a secas; un curioso fideísmo secularizado’. Según este autor, la necesidad de responder adecuadamente por el concepto de los derechos humanos obedece a un doble imperativo de orden práctico. En primer lugar, la convicción de que la tarea jurídica y política por el reconocimiento y efectiva vigencia de los derechos exige un fundamento por el cual combatir. La segunda razón práctica es la función contramayoritaria otorgada por las constituciones a los derechos, que sólo puede ser desempeñada con sólido fundamento para no caer presa de la ‘dictadura de la mayoría’.

Y resume más tarde Ollero:

Un positivismo o empirismo estricto obligaría a un pasivo “ignoramos”, enervante para el jurista práctico. El refugio en supuestos consensos consumados, que harían irrelevante todo debate filosófico, resulta desmentido por la misma historia de la Declaración Universal y por la anómala bifurcación de los Pactos. No se cuenta con un consenso real que elimine las discrepancias, sino con una equivocidad de lenguaje que las encubre. [...]. Se trataría de indagar qué concepción del derecho permitiría considerarlos como algo más que una indefinida sustancia embrionaria o una mentira jurídica piadosa. Por paradójico que resulte, sería preciso acometer una teoría “jurídica” de los derechos humanos.

¹ Para un mayor desarrollo del tema, ver Carlos Alberto Gabriel Maino, *Concepto y fundamento de los derechos humanos*, Madrid, Tecnos, 2013.

Ciertamente, todo derecho, en cuanto tiene capacidad de incidir coactivamente en el ámbito de la libertad individual, exige un fundamento de legitimación, si quiere diferenciarse de la mera imposición fáctica de la fuerza. Si los derechos humanos quieren constituirse además como criterios condicionantes del uso de la coacción por parte del derecho, con más razón deberán tener un fundamento prepositivo.²

En el mismo sentido se ha manifestado el profesor Puy, al sostener que es impropio de la tarea del jurista perder interés por el fundamento de los derechos humanos, aunque la declaración internacional los haya consagrado. Y añade:

[N]adie puede sustraerse a la necesidad de solucionarlo bien o mal. Esto supuesto, decir que el problema de fundamentar el derecho es un falso problema, y por ende un problema a evitar y a no plantear, es aceptar que cualquier solución al mismo es buena. Pero nadie puede demostrar que todas las soluciones sean igualmente buenas. Y si las hay mejores y las hay peores, lo mejor es discutir y razonar conscientemente la elección, en lugar de dejarla a un fortuito y azaroso ocurrir. Que es la meta en que se empeña el iusnaturalismo cuando intenta distinguir las facultades naturales subjetivas de las que no lo son.³

Por ello, la estructuración de un ordenamiento jurídico democrático con reconocimiento de recursos contramayoritarios y con la presencia del reconocimiento de derechos humanos a través del derecho internacional, implica necesariamente una juridicidad fundada exclusivamente o bien sobre la *corrección moral de su contenido*, que sin más las proyecta al derecho, o bien sobre una *corrección jurídica natural y dada*, pero no sobre la imposición por la fuerza de una positividad. Por lo tanto, estos derechos humanos esenciales *valen con independencia de su reconocimiento* por parte de una asamblea constituyente que los ha sancionado como derechos fundamentales, o de si algunos Estados los han consagrado en un tratado, y su reconocimiento y observancia efectiva condiciona la propia validez del sistema.⁴

Al igual que las constituciones, los tratados internacionales constituyen uno de los modos en que adquiere carácter positivo y aflora este *inviolable núcleo esencial del derecho*. Actualmente son los tratados la expresión histórica de este *núcleo* que fuera expresado otrora en forma de *principia iuris gentium*, que a su vez remite al *ius gentium* romano de inspiración estoica *quodnaturalis ratio inter omnes homines-constituit*.⁵ Este *ius gentium* romano fue luego recogido por Francisco de Vitoria en el

² Cfr. Andrés Ollero Tassara, *Derechos humanos y metodología jurídica*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1989, p. 134.

³ Francisco Puy, *Lecciones de derecho natural*, Barcelona, Dirosa, 1974, p. 622.

⁴ Cfr. Eduardo Sodero, "Precedente e internacionalización del derecho constitucional", en Griselda Capaldo, Jan Sieckmann y Laura Clérico, *Internacionalización del derecho constitucional y constitucionalización del derecho internacional*, Buenos Aires, Eudeba, 2012, p. 453.

⁵ Cfr. Gayo, *Digesto* I, 1, 8; *Instituta* I, 2, 1.

ius inter gentes o derecho entre los pueblos que hoy llamamos derecho internacional público, *Völkerrecht*, o *Law of Nations*.⁶

A través de estos tratados internacionales, los Estados iniciaron el 10 de diciembre de 1948 un proceso de creación de instituciones supranacionales y un verdadero *corpus iuris* donde los Estados han asumido obligaciones internacionales en diversas materias. Estas instituciones y esta codificación tienen o buscan alcanzar las características de un *sistema*, que hacia adentro de los Estados nacionales pretenden constituir lo que en términos schmittianos se denominaría la *regulación legal fundamental del Estado*,⁷ al punto tal que Sodero habla de un *Estado de derecho convencional*.

En el plano regional se ha constituido un sistema interamericano a través de la suscripción de distintos pactos y convenciones,⁸ de los cuales la Convención Americana sobre Derechos Humanos, llamada también Pacto de San José de Costa Rica (en adelante la Convención), es la reina, constituyendo un subsistema vasto y por menorizado. A resultas del mismo existen la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante la Comisión) y la Corte Interamericana de Derechos Humana-

⁶ Sodero, *op. cit.*, p. 454.

⁷ Cfr. Carl Schmitt, *Teoría de la constitución*, Madrid, Alianza Editorial, 1989, p. 33.

⁸ Instrumentos regionales de protección y promoción de derechos humanos: Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, adoptada el 2 de mayo de 1948 (tanto la Comisión como la Corte han establecido que a pesar de haber sido adoptada como una declaración y no como un tratado, en la actualidad la Declaración Americana constituye una fuente de obligaciones internacionales para los Estados miembros de la OEA); Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica), adoptada el 22 de noviembre de 1969, entrada en vigor el 18 de julio de 1978 (en su primera parte, la Convención Americana establece los deberes de los Estados y los derechos protegidos por dicho tratado; en su segunda parte, establece los medios de protección: la CIDH y la Corte IDH, a los que declara órganos competentes "para conocer de los asuntos relacionados con el cumplimiento de los compromisos contraídos por los Estados partes de la Convención". Al 30 de junio de 2010, 24 Estados miembros de la OEA son parte de la Convención Americana); Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura, adoptada el 9 de diciembre de 1985, entrada en vigor el 28 de febrero de 1987; Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Protocolo de San Salvador), adoptado el 17 de noviembre de 1988, entrada en vigor el 16 de noviembre de 1999; Protocolo a la Convención Americana sobre Derechos Humanos relativo a la Abolición de la Pena de Muerte, adoptado el 8 de junio de 1990, entrada en vigor el 28 de agosto de 1991; Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Convención de Belém do Pará), adoptada el 9 de junio de 1994, entrada en vigor el 5 de marzo de 1995; Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, adoptado el 9 de junio de 1994, entrada en vigor el 28 de marzo de 1996; Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad, adoptada el 7 de junio de 1999, entrada en vigor el 14 de septiembre de 2001; Carta Democrática Interamericana, adoptada el 11 de septiembre de 2001; Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión, adoptada por la CIDH en su 108° Período Ordinario de Sesiones celebrado del 2 al 20 de octubre de 2000; Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas, adoptados por la CIDH en su 131° Período Ordinario de Sesiones celebrado del 3 al 14 de marzo de 2008.

nos (en adelante la Corte o Corte IDH). Este sistema tiene un carácter subsidiario a los ordenamientos jurídicos nacionales y a sus propios sistemas de salvaguarda de derechos, razón por la cual es requisito el agotamiento de todas las instancias internas disponibles para los justiciables, antes de peticionar en el sistema interamericano.⁹

Los Estados se comprometen en el uso de su soberanía, pero este mismo ejercicio implica la delimitación del accionar del Estado, o sea que limitan su soberanía mediante una acción de soberanía, lo que ocasiona una primera perplejidad jurídica. Ello se pone de manifiesto en que ha habido casos de incumplimientos sin consecuencias, e incluso de denuncias de la Convención. Un caso paradigmático del primer tipo tuvo como protagonista al Perú, en el *Caso Castillo Petruzzi vs. Perú* (Sentencia de 30 de mayo de 1999), también el *Caso Aplitz Barbera vs. Venezuela*, (Sentencia de 5 de agosto de 2008), la cual fue declarada *inejecutable*¹⁰ por la Sala Constitucional de Tribunal Superior de Venezuela. A veces, hay cumplimientos parciales; de hecho se ha sostenido que sobre más de 200 sentencias de la Corte, solo un 20% de ellas han recibido un acatamiento leal en el orden interno por parte de los Estados.¹¹ Entre los casos de denuncia de la Convención resaltan los de Trinidad y Tobago en 1999 y Venezuela en 2012.¹²

Aunque algunas de estas delimitaciones a la soberanía estatal se las intenta incluir dentro del *ius cogens* propio del derecho internacional público, no se debe perder de vista la pervivencia de la soberanía de los Estados, pues son estos los que determinan de qué modo incorporan estos derechos a su propio derecho interno y con qué alcance. Naturalmente, una vez tomada la decisión de incorporarse, quedan obligados a ello,¹³ extremo que la misma Corte se ha encargado de puntualizar,¹⁴ pero el modo de realizarlos se deja librado a su ejercicio soberano.¹⁵

⁹ Corte IDH, *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*, Sentencia de 29 de julio de 1988, Fondo, párr. 61; *Caso Godínez Cruz vs. Honduras*, Sentencia de 20 de enero de 1989, Fondo, párr. 64; *Caso Fairén Garbí y Solís Corrales vs. Honduras*, Sentencia de 15 de marzo de 1989, Fondo, párr. 85.

¹⁰ La sentencia condenaba al país a reparar las consecuencias de la destitución de magistrados judiciales a través de un procedimiento de juicio político violatorio de las garantías de independencia judicial y del derecho de defensa.

¹¹ Cfr. María Angélica Gelli, "Cooperación, conflictos y tensiones entre la jurisdicción constitucional y la convencional", en Griselda Capaldo, Jan Sieckmann y Laura Clérico, *op. cit.*, p. 422.

¹² Cfr. Carmen María Márquez Luzardo, "La denuncia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y otros casos paradigmáticos. Los precedentes de Trinidad y Tobago; Perú y Venezuela", *Cuestiones Jurídicas. Revista de Ciencias Jurídicas de la Universidad Rafael Urdaneta*, vol. VIII, núm. 1, 2014.

¹³ CIDH, art. 2; Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, art. 27.

¹⁴ Corte IDH, *Caso Genie Lacayo vs. Nicaragua*, Sentencia de 29 de enero de 1997, Fondo, Reparaciones y Costas; *Caso Chocrón Chocrón vs. Venezuela*, Sentencia de 1 de julio de 2011, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas.

¹⁵ Cfr. Christian Steiner y Patricia Uribe, *Convención Americana sobre Derechos Humanos, Comentario*, Buenos Aires, Eudeba, 2014, p. 8.

Esta autolimitación del poder soberano de los Estados está dada en la lógica democrática en la que el poder es otorgado o concedido institucionalmente. Este extremo reviste la mayor importancia, porque la autoatribución de poder no delegado constituye un acto antidemocrático, propio de sistemas colonialistas u otras situaciones arcaicas incompatibles con la democracia y el Estado de derecho.

En el caso de Argentina se ha dado rango constitucional a la Convención y demás tratados;¹⁶ otros países han incorporado a sus constituciones los derechos reconocidos en la Convención y el resto de los tratados, como es el caso de Brasil.¹⁷ Lo que es un hecho incontestable es que, en materia de derechos humanos, las fuentes de derecho de casi todos los Estados de América Latina se han ampliado y diversificado sustancialmente. En segundo lugar, es pacífica la doctrina en sostener que esta ampliación se ha realizado merced a una decisión soberana. Y, en tercer lugar, el sistema interamericano, de acuerdo con sus propias reglas, se constituye como un sistema subsidiario al interno de cada Estado.

Cuando el Estado no respeta los derechos reconocidos –prohibiendo o no disponiendo lo necesario para que estos puedan ejercerse–, estamos en presencia de una *conducta antijurídica estatal*. Los ordenamientos internos otorgan a los ciudadanos distintos recursos para neutralizar esta antijuridicidad, a través de acciones de tutela y otros recursos jurídicos para que el poder judicial del Estado conozca y asegure la efectividad de estos derechos.

Pero la salvaguarda de los derechos humanos no puede dejarse solo en manos de uno de los poderes del mismo Estado que los conculcó. En definitiva, el poder judicial forma parte del Estado, y el poder político puede extender su influencia decisivamente sobre él. Por ello, subsidiariamente, cada ciudadano, frente al Estado, tiene abierto el recurso de petición ante la Comisión y eventualmente ante la Corte, una vez agotados sus recursos nacionales. Hasta aquí no hay mayores dificultades en doctrina ni en jurisprudencia.

En efecto, no hay obstáculos significativos en la recepción de la normativa interamericana por parte de los ordenamientos nacionales, y en la mayoría de los Estados dicha normativa es aplicada por los tribunales. De hecho, me atrevería a decir que el clásico debate monismo-dualismo se encuentra superado en el plano normativo, y aunque no en todos los países se ha hecho del mismo modo, como quedó señalado arriba, en la práctica podríamos hablar, junto a Armin von Bogdandy, de un *pluralismo normativo* en el que existe interacción entre los distintos ordenamientos internacionales y nacionales. Esa interacción debe ubicarse entre la teoría del efecto directo o *selfexecuting*, y la interpretación conforme la doctrina de *Charming Betsy*.¹⁸

¹⁶ Constitución de la Nación Argentina, artículo 75, inciso 22.

¹⁷ Steiner y Uribe, *op. cit.*, p. 9.

¹⁸ En *Murray vs. The Schooner Charming Betsy*, la Corte Suprema de los Estados Unidos sostuvo que el alcance de los actos del Congreso no debe establecerse en contravención del derecho internacional cuando existen otras posibles alternativas. Es decir, la ley estadouni-

En este mismo sentido, César Landa ha llegado a hablar de un *iuspublicumamericanum* alumbrado a partir de la integración superadora del monismo y dualismo mencionados.¹⁹ Y el juez Figuereda Caldas, en *Gomes Lund vs. Brasil*, señaló que “para los Estados que libremente adoptaron la Convención, equivale a una constitución supranacional atinente a los derechos humanos”.

2. El alcance del control de convencionalidad

Ahora bien, si aceptáramos esta tesis en relación con el plano normativo del derecho latinoamericano de los derechos humanos, cabe preguntarnos cómo se trasega por las decisiones de los tribunales internacionales. Y, he aquí el problema: ¿cuál es el alcance de las decisiones de la Corte IDH?

En efecto, cuando un tribunal constitucional o corte suprema de un Estado aplica la Convención y el resto de la normativa internacional, lo hace armonizando la misma con los derechos constitucionales y el resto del ordenamiento jurídico, producto de su propia tradición jurídica, y en la medida y con los contornos propios de esa tradición y de las circunstancias del caso concreto. Luego, si esta decisión del poder judicial interno no responde a los estándares internacionales de derechos humanos, se pondrá en acción el mecanismo de la Comisión y la Corte, y el Estado en cuestión será responsable de lo que haya hecho o permitido, incluso legislativa o judicialmente, en relación con ese caso.

Una primera aproximación a la *labor interpretativa* de estas fuentes de derecho plurales –y la lógica jurídica con la que fueron establecidas– nos indica que esta debería ser también subsidiaria. Es decir, que los jueces nacionales deben aplicar el derecho interno y el convencional, y que serán ellos los que interpreten las fuentes y las apliquen, y solo subsidiariamente intervendrán la Comisión y la Corte.

Pero la Corte ha elaborado la *doctrina del control de convencionalidad*, que altera sustancialmente esta lógica jurídica y, en los hechos, abandona el carácter subsidiario del sistema interamericano y de su aplicación. En el año 2006, en el caso *Almonacid Arellano vs. Chile*, la Corte estableció:

[C]uando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también es-

dense no debe ser interpretada de manera que colisione con el derecho internacional cuando es posible evitar el conflicto normativo (cfr. Armin von Bogdandy, “Del paradigma de la soberanía al paradigma del pluralismo normativo. Una perspectiva (mirada) de la relación entre el derecho internacional y los ordenamientos jurídicos nacionales”, en Griselda Capaldo, Jan Secikmann y Laura Clérico, *op. cit.*, p. 23).

¹⁹ Cfr. César Landa, “Implementación de las decisiones del sistema interamericano de derechos humanos en el ordenamiento constitucional peruano”, en Armin von Bogdandy, M. Morales y César Landa (coords.), *¿Integración suramericana a través del derecho? Un análisis interdisciplinario y multifocal*, Madrid, CEPC-MPI, 2009, p. 315.

tán sometidos a ella, lo que obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el poder judicial debe ejercer una especie de control de convencionalidad entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. *En esta tarea, el poder judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana.*²⁰

Al mes siguiente, la Corte estableció que este control de convencionalidad debe realizarse *ex officio*.²¹ Finalmente, en el año 2010, la Corte amplió el espectro de sujetos llamados a ejercer el control de convencionalidad a *todos los funcionarios y órganos vinculados a la administración de justicia* en todos los niveles,²² para luego extenderlo a las *autoridades administrativas*.²³ Es decir, a todos.

Para llegar a esta doctrina, la Corte –no olvidemos que es el órgano facultado para interpretar la Convención–²⁴ se valió, entre otros argumentos, del *principio de buena fe* que impone la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados en el artículo 26: “Todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido de buena fe”; el artículo 27: “Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado”, y el artículo 31 sobre las reglas generales de interpretación: “1. Un tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de estos y teniendo en cuenta su objeto y fin”. El razonamiento que se sigue es que un Estado sólo actúa de *buena fe* en el cumplimiento de la Convención, si realiza una alternación de su sistema de fuentes interno ejerciendo el control de convencionalidad *con arreglo a la interpretación de la Corte*, pues de otra manera se vulneraría el *principio de efectividad*.

Por otro lado, la Corte recoge implícitamente el *principio de interpretación evolutiva*, el cual establece que las obligaciones internacionales deben ser interpretadas

²⁰ Corte IDH, *Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile*, Sentencia de 26 de septiembre de 2006, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas.

²¹ Corte IDH, *Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú*, Sentencia de 24 de noviembre de 2006, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas.

²² Corte IDH, *Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México*, Sentencia de 26 de noviembre de 2010, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas; cfr. Steiner y Uribe, *op. cit.*, p. 14.

²³ Corte IDH, *Caso Gelman vs. Uruguay*, Sentencia de 24 de febrero de 2011, Fondo y Reparaciones.

²⁴ Convención IDH, artículo 62.3.

conforme al paso del tiempo, adaptándose a los *nuevos contextos sociales*.²⁵ Finalmente, la Corte acude a los artículos 1º y 2º de la misma Convención en cuanto obligan a los Estados a “respetar los derechos y libertades reconocidos en ella” y a “adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades”.

En realidad, el *nomen iuris* del *control de convencionalidad* fue utilizado por primera vez por el juez Sergio García Ramírez para designar la facultad de la Corte de revisar la conducta del Estado a la luz de la Convención.²⁶ Hasta ese momento, la Corte se constituía como último intérprete de un *control difuso* de convencionalidad y subsidiario, en el sentido de que la virtualidad jurídica de sus decisiones tenía un alcance restringido al Estado parte y al caso planteado, y solo para el supuesto de que la violación de los derechos no hubiera tenido resolución interna. Es decir que la Corte se constituía como un órgano de actuación *ex post* a la violación del Convenio. Pero en el caso *Almonacid Arellano* –que era además muy complejo porque podría considerársele de justicia transicional–, la Corte pasa a establecer un *control concentrado de convencionalidad*²⁷ que no comprende sólo a la Convención sino también a la interpretación que de ella ha hecho en casos pretéritos, y que se pretende obligatorio para todos los jueces latinoamericanos pertenecientes a cualquier Estado parte del tratado, aunque este no hubiera sido parte en el conflicto.²⁸

En Argentina –por ejemplo–, la Corte Suprema ha tenido en los últimos 20 años la tendencia a acoger este modo de entender el sistema interamericano en su relación con el orden interno. En su artículo 31, la Constitución replica el artículo VI de la Constitución de los Estados Unidos de América, y constituye lo que llamamos *bloque federal*, dentro del cual se encuentran los tratados internacionales. Desde la misma entrada en vigencia de la Constitución en el año 1853, la Corte Suprema ha realizado frecuentes apelaciones al *derecho de gentes*, reconociendo expresamente la existencia de *principios de derecho internacional*. A partir de la segunda mitad del siglo XX, la Corte Suprema argentina consideró este derecho de gentes como el marco adecuado para el castigo de *crímenes contra la humanidad*, en casos como

²⁵ El principio de interpretación evolutiva ha sido reconocido y aplicado por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Caso Christine Goodwin v. The United Kingdom*, Sentencia de 11 de julio de 2002. Cfr. Steiner y Uribe, *op. cit.*, p. 11.

²⁶ Corte IDH, *Caso Myrna Mack Chang vs. Guatemala*, Sentencia de 25 de noviembre de 2003, Fondo, Reparaciones y Costas.

²⁷ En contra de esta interpretación, cfr. Eduardo Ferrer Mac-Gregor y Carlos María Pelayo Möller, “Artículo 1. Obligación de respetar los derechos”, en Christian Steiner y Patricia Uribe (eds.), *op. cit.*, p. 65.

²⁸ Cfr. Diego García Sayán, “Una viva interacción: Corte Interamericana y tribunales internos”, en *La Corte Interamericana de Derechos Humanos: un cuarto de siglo: 1979-2004*, San José de Costa Rica, Corte IDH, 2005, pp. 323 a 384.

*Bohne, Schwammberger, Priebke, Arancibia Clavel, Lariz Iriondo, Simón, Mazzeo, y Videla y Massera.*²⁹

Ya en 1992, en el *Caso Ekmekdjian c/ Sofovich*, la Corte Suprema estableció: 1. Que el derecho convencional prevalece sobre el local (Convención de Viena, art. 27), 2. la violación de la Convención puede provenir tanto de una acción normativa como de una omisión, 3. los órganos administrativos y jurisdiccionales están vinculados por la responsabilidad internacional que surge de violar la Convención, 4. en la interpretación de la Convención, el Poder Judicial debe *guiarse* por la jurisprudencia de la Corte.³⁰

Esta doctrina fue recogida por la reforma de la Constitución realizada dos años después, en la que se otorgó *rango constitucional* a los tratados de derechos humanos.³¹ En lo que respecta a la cuestión de la interpretación de la Convención y su aplicación, la Corte Suprema no dejó de citar la jurisprudencia de la Corte IDH en forma creciente. Finalmente, en el año 2007, en el *Caso Mazzeo*, la Corte Suprema citó de modo expreso el precedente *Amonacid Arellano* y, como señala María Angélica Gelli, *lo siguió a la letra*.³²

En efecto, allí sostuvo la Corte Suprema argentina que “el Poder Judicial debe ejercer una especie de ‘control de convencionalidad’ entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humano. En esta tarea, *el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana*, intérprete último de la Convención Americana”³³

La Corte Suprema argentina ha hecho suyas las palabras de la Corte IDH de un modo notable. Esto entraña una segunda perplejidad jurídica, pues en Argentina el sistema de control de constitucionalidad es difuso. Así, la jurisprudencia de la Corte Suprema no es obligatoria sino para las partes del caso, aun cuando se declare la inconstitucionalidad de una ley. Ahora bien, por imposición externa y reconocimiento propio, no siendo obligatoria la jurisprudencia de la Corte Suprema, sí lo sería la de la Corte IDH, lo que es exótico en nuestro sistema de *judicial review*.

Además, la doctrina no es pacífica en relación con la preeminencia de la Convención por sobre la Constitución nacional, especialmente teniendo en cuenta los votos en disidencia del juez Fayt. Cuestión importantísima que no podrá ser abordada

²⁹ Cfr. Sodero, *op. cit.*, p. 457.

³⁰ La interpretación de la Convención debe “guiarse por la jurisprudencia de la Corte”. En el mismo sentido, en los casos *Alianza Frente de Unidad s/ oficialización lista de candidatos - Romero Feris; Portal de Belén; Acerbo*. En *Simón* se sostiene que es una “imprescindible pauta de interpretación” y en *Mazzeo* se afirma que es una “insoslayable pauta de interpretación”.

³¹ Constitución de la Nación Argentina, artículo 75, inciso 22.

³² Cfr. Gelli, “Cooperación, conflictos y tensiones entre la jurisprudencia constitucional y la convencional”, *op. cit.*, p. 420.

³³ Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Mazzeo Julio Lilo s/ Recurso de Casación e Inconstitucionalidad*, Sentencia de 13 de julio de 2007, considerando 21.

en este trabajo por razones de espacio. Pero independientemente de ello, continúa siendo polémico qué significa *tener en cuenta* la interpretación que la Corte realiza de la Convención.

3. Tener en cuenta no es estar constreñido

La Corte es la última intérprete de la Convención y ello se desprende pacíficamente de la misma Convención. Naturalmente, esta interpretación es obligatoria, como lo es el fallo mismo, para el Estado que es condenado. Constituye *cosa juzgada internacional* y es directamente vinculante.

Aquí debo introducir un matiz del juez Renato Rabbi-Baldi, quien sostiene que esta obligatoriedad de las sentencias de la Corte, emanadas en el marco del artículo 68.1 de la Convención, podría no ser inexorable a la luz del texto de la norma que establece que “los Estados partes de la Convención se comprometen a cumplir la decisión de la Corte en todo caso en que sean partes”, lo cual, según el juez argentino, no es exactamente lo mismo que decir que dichas decisiones sean de *cumplimiento obligatorio*. Y agrega:

Resulta indudable que el “compromiso” –en especial a nivel internacional, aunque conceptualmente no es diferente a nivel interno– está señalando que una sentencia de la Corte IDH no es papel mojado y que los Estados deben honrarla. Pero el “compromiso” no es equivalente a algo inexorable ya que nada excluye que una sentencia, aún internacional, resulte violatoria de “normas imperativas de derechos internacional general (*ius cogens*)”, como lo ha venido a precisar la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (art. 53) y, en rigor, lo dice nuestra Constitución desde 1853 (arts. 27 y 102 –actual 118–).³⁴

No obstante, es indudable que el deber de cumplimiento por parte del Estado reviste la mayor importancia, pues la falta de cumplimiento genera un desprestigio grande del sistema interamericano, que puede afectar incluso a los ordenamientos nacionales.³⁵

La interpretación que de la Convención hace la Corte no es indiferente para el futuro de sus decisiones, ni para los tribunales internos que apliquen la Convención. Ahora bien, ¿esta interpretación es *obligatoria o meramente orientativa* para los tribunales internos? Hay varias respuestas posibles al interrogante sobre el alcance de *tener en cuenta* la jurisprudencia de la Corte.

³⁴ Cfr. Renato Rabbi-Baldi Cabanillas, *Eficacia de las sentencias de la Corte Suprema de Justicia de la Nación frente a decisiones internacionales*, XXVII Congreso Nacional de Derecho Procesal, Asociación Argentina de Derecho Procesal, Córdoba (Argentina), 18-20 de septiembre de 2013.

³⁵ Cfr. Sergio García Ramírez, *Los derechos humanos y la jurisdicción interamericana*, México, UNAM, 2002, p. 156.

Una posibilidad es tomar la jurisprudencia de la Corte como una orientación en la interpretación de la Convención. Desde esta perspectiva, los tribunales internos tienen la obligación de considerarla y analizarla, deben *tomarla en serio*, pero no seguirla de modo abstracto y lineal. Los tribunales internos deberán interpretar la jurisprudencia de la Corte y aplicarla de acuerdo con las características del caso, sus hechos, su encuadre jurídico en el orden interno y su propia tradición jurídica. Esta es la línea interpretativa que propongo, en virtud de la cual las resoluciones de la Corte en los casos contenciosos sometidos a su conocimiento se extienden únicamente a los Estados partes en la controversia de que se trate, y siempre que dicha decisión no violente principios de orden superior del Estado al que se refiere la resolución.³⁶

La posibilidad alternativa es considerar que la interpretación de la Corte es *obligatoria* para todos los Estados signatarios de la Convención. Esta es la posición de la misma Corte, de la Corte Suprema argentina (aunque no en forma unánime) y de gran parte de la doctrina. Menciono ilustrativamente la opinión de Bazán, para quien la sentencia constituye *cosa interpretada internacional*, causando también una vinculación directa con el resto de los países signatarios, o en palabras de Cançado Trindade, el resolutorio es válido *erga omnes partes*.³⁷

De este modo, se busca configurar al sistema interamericano como un *case-law system*, en el que se impone el principio de *stare decisis*,³⁸ que es ajeno a la Convención, al Estatuto de la Corte y la tradición jurídica latinoamericana. Entender así el sistema implica que la Corte se constituye en un órgano cuasilegislativo, que elabora nuevas normas en solitario y hasta reconoce derechos que no están pactados en la Convención.³⁹ Creo que esta posición es errónea y ofrece muchos puntos débiles y riesgos que quisiera puntualizar:

1. En primer lugar, debo mencionar el argumento gramatical, que es un argumento fuerte cuando estamos en presencia de una Convención vigente respecto de 20 Estados nacionales distintos, con diferentes tradiciones y antecedentes. En casos como este, la letra del Pacto es central y debe ser respetada. El artículo 68.1 dispone que “los Estados partes en la Convención se comprometen a cumplir la decisión de la Corte en todo caso en que sean

³⁶ Cfr. Gelli, *op. cit.*; Renato Rabbi-Baldi Cabanillas y Eugenia Fleming Cánepa, “El caso ‘Artavia Murillo vs. Costa Rica’ de la CIDH: las técnicas de fertilización asistida; el estatuto del embrión y sus efectos en el derecho interno”, en Silvia Palacio de Caeiro, *Tratados de derechos humanos y su influencia en el derecho argentino*, Buenos Aires, La Ley, 2015.

³⁷ Cfr. Víctor Bazán, “Vinculatoriedad de los estándares interpretativos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en los órdenes internos, control de convencionalidad y diálogo jurisprudencial”, *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, año 20º, Bogotá, Fundación Konrad Adenauer, 2014, p. 389.

³⁸ Cfr. Eduardo Soderó, “Los desafíos del positivismo de los derechos humanos. El sistema internacional de protección de los derechos humanos: ¿La pesadilla y el noble sueño?”, en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, año 20º, *ibid.*, p. 489.

³⁹ *Ibid.*, p. 492.

partes”. Como señala Rabbi-Baldi, la expresión no admite margen de duda, resultando aplicable la conocida pauta de interpretación jurisprudencial, según la cual no cabe a los tribunales *apartarse del principio primario de sujeción de los jueces a la ley*.⁴⁰

2. En segundo lugar, pero desprendiéndose de lo anterior, la Corte parece vulnerar el principio de *buena fe* por ella misma argüido y establecido en los artículos 26 y 31 de la Convención de Viena, al imponer a los Estados signatarios una limitación a su soberanía, mayor a la que ellos soberanamente accedieron. En efecto, un órgano institucional no puede arrogarse mayor poder que el que le ha sido concedido. En el plano del Estado de derecho democrático el poder es otorgado y es recibido, no es tomado desde arriba ni autoarrogado.
3. Asimismo, el *principio de interpretación evolutiva*, que no está mencionado en la jurisprudencia, pero es indudablemente aplicado, va también en contra de la Convención de Viena por aplicación del citado artículo 31 en su interacción con el artículo 62. Este último establece que las circunstancias constituyen una base esencial del consentimiento de las partes a obligarse por un tratado; y que si estas *cambian y el cambio tiene por efecto modificar radicalmente el alcance de las obligaciones que todavía deban cumplirse en virtud del tratado*, es causa para darlo por terminado o retirarse de él.
4. En cuarto lugar, se echa a un lado la subsidiariedad subyacente, en principio, a todo sistema global y a la función meramente *coadyuvante o complementaria* de la Corte, que aparece en el preámbulo de la Convención.⁴¹
5. En quinto lugar, pero vinculado a la subsidiariedad, tenemos la ausencia en el ámbito interamericano de la doctrina del *margen de apreciación estatal*, que más elásticamente se ha desenvuelto en el ámbito europeo. A su turno, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, desde la sentencia dictada en el *Caso Handyside c. Reino Unido*, del 7 de diciembre de 1976, ha adoptado esta conocida doctrina que busca, por el debido reconocimiento al orden jurídico interno de cada Estado, otorgar deferencia al criterio de protección que en ese ámbito sea acordado a los derechos fundamentales.⁴² Es de preguntarse si dicha teoría no puede considerársela dentro del *ius cogens*.

⁴⁰ Cfr. Rabbi-Baldi Cabanillas y Fleming Cánepa, *op. cit.*

⁴¹ Cfr. Luis María Bandieri, “Control de constitucionalidad y control de convencionalidad: rápido repaso de límites y problemas”, Novenas Jornadas Internacionales de Derecho Natural: Derecho natural, hermenéutica jurídica y el papel del juez, Universidad Católica Argentina, Facultad de Derecho, Buenos Aires, 2-4 de octubre de 2013.

Disponible en: <http://bibliotecadigital.uca.edu.ar/repositorio/ponencias/control-constitucionalidad-convencionalidad.pdf>.

⁴² Cfr. Ignacio Colombo Murúa, *Un fallo que invita a reflexionar sobre los alcances de los fallos de la CIDH*, LL 2012-B, p. 998.

6. La solución implica un poder desmesurado en manos de la Corte, lo que iría en contra de los principios democráticos que supone el instituto mismo de los derechos humanos. Problema sugerido por Sodero citando a Juvenal: *quis custodiet ipsos custodes?*, dado que la Corte pareciera imponer un nuevo paradigma positivista al detentar un poder mayor del reconocido al parlamento en los siglos XVIII y XIX. En efecto, aún bajo el reinado del *positivismo legalista* se reconocía al legislativo estatal los límites de la *rerum natura*. El constitucionalista suizo del siglo XVIII Jean-Louis Lolme, refiriéndose al derecho inglés, aseguraba que “el parlamento puede hacer cualquier cosa, excepto convertir en hombre a una mujer, o a un hombre en mujer”. Mientras que “[e]n nuestro tiempo, y contra tales límites, los jueces han llegado a reconocer no sólo que un hombre puede ser mujer (reconociendo el cambio de sexo), sino –lo que es más dañoso aún– que directamente han negado el estatus de personas a quienes en realidad lo son, negación que se comprueba en Artavia Murillo,⁴³ donde la Corte se atribuye el poder de decir quién es persona y quién no lo es”.⁴⁴
7. En séptimo lugar, reaparece con fuerza el problema del *judicial review* y la *dificultad contramayoritaria*. El argumento del autogobierno democrático y la insuficiente legitimidad de los tribunales internacionales invitan a una aplicación restrictiva de los fallos de los tribunales internacionales. Este tema ha cobrado un gran interés en los Estados Unidos. En efecto, a partir de los primeros años de este siglo, la Corte Suprema de los Estados Unidos ha acudido colateralmente a sentencias internacionales como fundamento de sus fallos (basadas en instrumentos internacionales que no han sido incorporados al ordenamiento jurídico local por decisión soberana del Gobierno democrático de esa nación).⁴⁵ Ello ha ocasionado un gran revuelo y resistencia, no sólo de jueces conservadores como Antonin Scalia sino también de un liberal como Richard Posner.⁴⁶

⁴³ He tratado el *Caso Artavia Murillo* en Carlos Alberto Gabriel Maino, “La eficacia de las sentencias de la CIDH y el caso Artavia Murillo”, en Leoba Castañeda y Otero Parga (coords.), *Eficacia de los derechos humanos en el siglo XXI. Un reto por resolver*, México, Porrúa, 2014, pp. 75-92.

⁴⁴ Cfr. Sodero, “Los desafíos del positivismo de los derechos humanos...”, *op. cit.*, p. 493, donde también recuerda el caso *Dred Scott vs. Sandford*, con el que el juez Taney pasó a la historia afirmando que las personas de raza negra eran *una clase de seres subordinada e inferior, tan inferior que no tiene derechos que los blancos estén obligados a respetar*, por lo que *puede justa y legalmente ser reducido a la esclavitud en su propio beneficio*, concluyendo que la raza africana esclavizada no estaba incluida entre el *pueblo* cuyos *derechos inalienables* proclamaba la Declaración de la Independencia.

⁴⁵ Casos *Atkins vs. Virginia* de 2002, *Roper vs. Simmons* de 2005 y *Lawrence vs. Texas* de 2003.

⁴⁶ Cfr. Alfonso Santiago, *En las fronteras entre el derecho constitucional y la filosofía del derecho*, Buenos Aires, Marcial Pons, 2010, p. 201.

4. Los riesgos para el *rule of law*

Frente a este dilema podríamos caer en la tentación de querer dejar el problema librado al entrecoque y las tensiones que se dan en la relación jurisprudencia de la Corte-jurisprudencia interna. Varios autores lo han propuesto, como Gertrude Lübbe-Wolf, jueza del Tribunal Constitucional de Alemania.⁴⁷

Creo que esta solución no es la adecuada, sino que es necesario elaborar teóricamente el alcance de la jurisprudencia de la Corte, con base en la limitación de soberanía realizada al suscribir la Convención. La solución de la no solución, en la que nadie tiene la última palabra, puede ser descrita con la imagen utilizada por el magistrado británico del Tribunal Europeo, sir Konrad Schiemann, quien señaló que *en su larga vida matrimonial, su mujer y él nunca pudieron ponerse de acuerdo sobre cuál de los dos tiene la última palabra, sin que ello haya perjudicado el matrimonio en absoluto*.⁴⁸ Justamente esta imagen nos revela la realidad que esconde esta solución de la no solución: como en el matrimonio, *aunque no se diga, en la práctica alguien tiene la última palabra*.

Resuelto a ofrecer una solución, considero que lo vertido en el acápite precedente ofrece razones suficientes para proponer una mayor cautela en relación con las facultades que se arroga la Corte IDH, pues estas constituyen una grave lesión del *rule of law*.

En un trabajo antecedente, ya he dado una conceptualización del *rule of law* como el *imperio de las instituciones* con cuatro notas esenciales, a saber: (a) igualdad en el trato de personas y situaciones iguales, (b) participación política, (c) un contexto político pluralista y de respeto mutuo de derechos básicos, y (d) reconocimiento de un criterio de bien común como fin político y de orden natural como límite de las iniciativas políticas.⁴⁹

La ampliación de las facultades de la Corte en forma contranormativa y unilateral no respeta estas notas básicas.

1. La imposición de las interpretaciones de la Corte a Estados que no han sido parte ni han sido escuchados en el proceso constituye una vulneración de la *igualdad* que configura acaso el valor principal del *rule of law*. Además del hecho de que la aplicación abstracta y lineal de una jurisprudencia ajena a las tradiciones jurídicas nacionales se da de bruces con la misma genealogía del *rule of law*, surgido de la tradición del *common law*, en la que el *stare*

⁴⁷ Cfr. Gertrude Lübbe-Wolff, "Justicia constitucional y justicia internacional: cooperaciones, conflictos y tensiones", en Griselda Capaldo, Jan Sieckmann y Laura Clérico, *op. cit.*, p. 102.

⁴⁸ *Ibid.*, p. 105.

⁴⁹ Carlos Alberto Gabriel Maino, "Pervivencia del *rule of law* en sociedades líquidas", en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, año 20º, Bogotá, Fundación Konrad Adenauer, 2014, pp. 763-787.

decisis obedece justamente a tratar igualmente a los iguales en el plano de la praxis del caso concreto.

2. La participación política tampoco es respetada, sino que más bien se genera la sensación de autoritaria imposición de construcciones y soluciones ajenas a las naciones y a sus ciudadanos. En especial, debido a *la insalvable distancia y menor familiaridad* que los justiciables y los operadores jurídicos tienen respecto del sistema, lo que genera falta de transparencia en el mismo.
3. Tampoco existe en este ámbito un criterio de bien común como fin político y de orden natural límite a las iniciativas políticas. La *imposibilidad fáctica de democratizar* estos ámbitos tan lejanos de los ciudadanos, hace que sus decisiones no tengan la representación, meditación ni diálogo que precede a una norma internacional como una convención. Por ello existe el principio de subsidiariedad y las distintas formas de federalismo, que permiten una integración mediatizada y democrática de la politicidad humana.⁵⁰

Esta lejanía de la Corte ha acarreado ya contradicciones graves. Un caso emblemático en este sentido es el de *Gelman vs. Uruguay*, en el que, en tributo a la salvaguarda de los derechos reconocidos en la Convención, se conculcan otros igualmente reconocidos y elementales para la práctica cotidiana del derecho penal occidental. De hecho, en ese caso, la misma Corte reseña cómo cada país ha resuelto los problemas de justicia transicional de un modo distinto, adecuado a su historia, tradición jurídica y situación política.⁵¹

Esta autoconciencia de la Corte, y el curso que le ha dado a su accionar, puede agravar conflictos en vez de atenuarlos. Tal es el caso de las llamadas reparaciones simbólicas, que por su índole corresponden a la política y no a un Tribunal, y mucho menos internacional.⁵² Por ejemplo, en el caso *Castro Castro vs. Perú*,⁵³ sobre el ataque al penal de Castro Castro en el que se encontraban detenidas personas pertenecientes a la organización terrorista Sendero Luminoso y que fue reprimido de un modo que la Corte juzgó *injustificable*. La Corte sostuvo que su fallo constituía por sí mismo una reparación, al afirmar que los hechos fueron negados, ocultados, tergiversados o justificados por largo tiempo.

⁵⁰ Cfr. Herbert Landau, "La democracia, el Estado de derecho y los derechos de participación ciudadana en atención a la realización de proyectos a gran escala", en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, *ibid.*, p. 247.

⁵¹ En el mismo sentido, el *Caso Bulacio vs. Argentina*, Sentencia de 18 de septiembre de 2003.

⁵² Sobre el tema de las reparaciones simbólicas, ver Gelli, María Angélica, "Las reparaciones simbólicas por la violación estatal de los derechos humanos", *La Ley*, suplemento constitucional, marzo de 2007.

⁵³ Corte IDH, *Caso del Penal Miguel Castro Castro vs. Perú*, Sentencia de 25 de noviembre de 2006, Fondo, Reparaciones y Costas.

Como parte de esta *reparación simbólica*, la Corte dispuso que los nombres de los 41 muertos en el ataque al Penal fueran tallados en las piedras que rodean el memorial denominado *El ojo que llora*, ubicado en Lima. María Angélica Gelli rememora que cuando se inauguró el memorial, el espíritu de paz que lo guiaba ayudó a su aceptación por la sociedad peruana. Sin embargo, cuando la sentencia en *Castro Castro* se emitió, ordenando la incorporación de los nombres de los muertos tallados en las piedras del monumento, se desató una reacción de parte de la sociedad peruana, con críticas al memorial que llegaron a pedir su demolición. Algunos llegaron incluso a considerarlo un *monumento al terrorismo*. Ello trajo aparejado un rechazo de muchos hacia la sentencia y hacia la misma Corte. Las críticas estaban centradas no en las reparaciones materiales, sino en esta reparación simbólica.⁵⁴

La Corte parece olvidar que cada pueblo, al igual que cada persona, procesa y resuelve sus contradicciones y desgracias como puede, con sus propios tiempos y modos. Tales procesos deben ser llevados adelante en y por la vida política de ese pueblo, y no pueden ser impuestos voluntaristamente desde San José de Costa Rica.

5. Hacia una defensa del *rule of law*

Es indudable que la interpretación de la Convención realizada por la Corte debe ser *tenida en cuenta* por los tribunales que la apliquen, del mismo modo que cualquier otro tribunal inferior respecto de las interpretaciones no vinculantes de su tribunal jerárquico.

Ello no quiere decir que sean *obligatorias*, sino que deben ser sopesadas y consideradas en el momento de realizar la propia interpretación en el marco de la aplicación local y directa de la Convención.⁵⁵ La Corte no tiene autoridad política ni facultad jurídica para exigir más. Los tribunales internos no deberían ir más allá, ni reconocer más de lo que en justicia deben. A veces pareciera que los tribunales superiores de algunos Estados latinoamericanos encuentran en la aceptación de la interpretación obligatoria de la Corte, en casos en los que no son parte, una *zona de confort*, donde so pretexto de prevenir al Estado de responsabilidad internacional, se eximen de cualquier esfuerzo de adecuación prudencial de la Convención a los ordenamientos internos y la propia tradición jurídica.

⁵⁴ Cfr. Gelli, "Cooperación, conflictos y tensiones entre la jurisprudencia constitucional y la convencional", *op. cit.*, p. 424.

⁵⁵ Para Gozaíni, es distinta la solución cuando se trata de una opinión consultiva porque, en ese caso, la Corte se aboca exclusivamente a la interpretación de las normas del sistema. Esta interpretación sería obligatoria y los tribunales internos deben cumplir con el deber impuesto en la Convención, de adaptar el derecho interno a la misma (cfr. Osvaldo Alfredo Gozaíni, "El impacto de la jurisprudencia del sistema interamericano en el derecho interno", en Susana Albanese, *El control de convencionalidad*, Buenos Aires, Ediar, 2008, p. 105).

Actuar así no es aplicar la doctrina del *self-executing* de la Convención, sino que más bien estaríamos aplicando las decisiones de la Corte, presuponiendo que la misma tiene infalibilidad. Creo que aceptar esta configuración del sistema interamericano lo volvería muy poco democrático –demasiado poco–, y ello a socava del Estado de derecho y del reparto institucional del poder, por parte de un organismo carente de representación política.

En efecto, la obligatoriedad *erga omnes* de las interpretaciones de la Corte la volvería una *conferencia internacional en sesión permanente*, que no ostenta ninguna representación política válida para la tan delicada tarea de reconocer derechos humanos. Ya sostenía Rousseau que si tuviéramos un pueblo de dioses no haría falta la representación,⁵⁶ pero los pueblos de dioses no existen y las cortes de dioses tampoco. La representación política es esencial al *rule of law*, porque si bien es cierto que una asamblea de representantes puede errar o prevaricar gravemente, los controles mutuos, procesos políticos, deliberaciones públicas y procedimientos formales de toma de decisión constituyen una mejor prevención que la que se cuenta en una Corte. Hay que recordar con Bobbio que la posibilidad de disenso es esencial a la democracia.⁵⁷

En *Mazzeo*, en el voto disidente de Fayt se lee, “No debe permitirse que los grandes beneficios hagan desaparecer los grandes principios. Precisamente una cultura jurídica se prueba a sí misma a partir de aquellos principios cuya lesión nunca permitirá”.⁵⁸ En este sentido, comparto las ideas de Susana Albanese cuando sostiene:

Por eso quizá uno de los medios adecuados para la interpretación armónica del derecho vigente consista en aplicar los grandes lineamientos doctrinarios donde los consensos se han consagrado y reconocer que aquellas posiciones imbricadas, ausentes de unanimidades, no sólo entre miembros de las cortes internacionales, sino entre estos y los jueces de los máximos tribunales nacionales, merecen la aplicación de la regla de la normal prudencia hasta llegar a develar la existencia de una doctrina perdurable en base al principio de seguridad jurídica tantas veces invocado por los tribunales.⁵⁹

Me gustaría ofrecer el punto de vista según el cual los tribunales internos, sobre todo los superiores, se ubican entre la Convención y la jurisprudencia de la Corte,

⁵⁶ Jean-Jacques Rousseau, *El contrato social*, [1762], III, 4.

⁵⁷ Norberto Bobbio, *El futuro de la democracia*, Barcelona, Planeta, 1994, p. 77.

⁵⁸ Corte Suprema de Justicia de la Nación (Argentina), *Mazzeo, Julio Lilo y otros s/ rec. de casación e inconstitucionalidad*, Sentencia de 13 de julio de 2007.

⁵⁹ Susana Albanese, “La internacionalización del derecho constitucional y la constitucionalización del derecho internacional”, en Susana Albanese (ed.), *El control de convencionalidad*, Buenos Aires, Ediar, 2008, p. 44.

y los ordenamientos internos y su propia tradición jurídica, en un arduo ejercicio prudencial de interpretación tópica, adecuando y sopesando las distintas fuentes y elementos que confluyen en el caso concreto.⁶⁰ El juez se presenta así como un mediador entre la universalidad de la Convención y la Corte, y la particularidad del ordenamiento interno y el caso. Una especie de *pontifex* que pareciera ubicarse fuera de la estatalidad, fomentándose una aproximación al modelo estadounidense de la función del juez, en el que, como decía Hamilton en *El federalista*, se concibe a los tribunales como un *cuero intermedio entre la sociedad y el Estado*.⁶¹

A modo de propuestas de acción para rectificar el camino tomado, Sodero ha ofrecido algunas, a saber: distinguir entre *ratio decidendi* y *obiter dictum*, corroborar si hay suficiente similitud entre el precedente de la Corte y el que debe juzgar el tribunal interno, y no olvidar que la Corte no es infalible y está sujeta a error e incluso prevaricación, en cuyo caso estaríamos en presencia de un precedente manifiestamente injusto que no debería ser seguido por ningún tribunal interno.⁶²

Por mi parte, me gustaría agregar que sería del todo pertinente intentar fomentar la doctrina del *margen de apreciación estatal*, que es una suerte de *self-restraint* que se orienta a respetar los procesos políticos locales, los modos de los pueblos de resolver cuestiones vinculadas a la justicia transicional y –sobre todo– la tradición jurídica de los pueblos. Esta solución de mayor difusión en el sistema europeo creo que constituye un justo medio porque, a la vez que vela por la salvaguarda de los derechos humanos en el sistema continental, busca respetar los procesos políticos y tradiciones jurídicas locales. Por supuesto que dicho curso de acción tiene como condición la vigencia del gobierno de las instituciones o *rule of law* con las características antes expuestas.⁶³ Dada esta condición, constituye la manera más adecuada de respeto democrático que la Corte debe realizar, con ajuste a su estatuto y la Convención misma.

Frente a la falta de un consenso en la comprensión del sentido y alcance de los derechos, es razonable reconocer a los Estados la posibilidad de considerar las particularidades de las distintas sociedades y tradiciones en la aplicación de los tratados sobre derechos humanos. Esto beneficia el progresivo compromiso adquirido por los Estados en materia de reconocimiento y protección de los derechos humanos.⁶⁴

⁶⁰ Cfr. Manuel Aragón Reyes, “El juez ordinario entre legalidad y constitucionalidad”, en Miguel Carbonell, Héctor Fix Fierro, Rodolfo Vázquez, *Jueces y derecho*, México, UNAM-Porrúa, 2004, p. 156.

⁶¹ Gozáini, *op. cit.*, p. 93.

⁶² *Idem*.

⁶³ Francisco Barbosa Delgado, *Margen nacional de apreciación en el derecho internacional de los derechos humanos: entre Estado de derecho y la sociedad democrática*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Biblioteca Jurídica Virtual, UNAM, 2012.

⁶⁴ María Angélica Benavides Casals, “El consenso y el margen de apreciación en la protección de los derechos humanos”, *Revista Ius et Praxis*, vol. 15, núm. 1, 2009, p. 295.

Bibliografía

- ALBANESE, Susana, “La internacionalización del derecho constitucional y la constitucionalización del derecho internacional”, en Susana ALBANESE, *El control de convencionalidad*, Buenos Aires, Ediar, 2008.
- ARAGÓN REYES, Manuel, *El juez ordinario entre legalidad y constitucionalidad*, en Miguel CARBONELL, Héctor FIX FIERRO y Rodolfo VÁZQUEZ, *Jueces y derecho*, México, UNAM-Porrúa, 2004.
- BANDIERI, Luis María, “Control de constitucionalidad y control de convencionalidad: rápido repaso de límites y problemas”, *Novenas Jornadas Internacionales de Derecho Natural: Derecho natural, hermenéutica jurídica y el papel del juez*, Universidad Católica Argentina, Facultad de Derecho, Buenos Aires, 2-4 de octubre de 2013. Disponible en: <http://bibliotecadigital.uca.edu.ar/repositorio/ponencias/control-constitucionalidad-convencionalidad.pdf>.
- BAZÁN, Víctor, “Vinculatoriedad de los estándares interpretativos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en los órdenes internos, control de convencionalidad y diálogo jurisprudencial”, *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, año 20º, Bogotá, Fundación Konrad Adenauer, 2014.
- BARBOSA DELGADO, Francisco, *Margen nacional de apreciación en el derecho internacional de los derechos humanos: entre Estado de derecho y la sociedad democrática*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Biblioteca Jurídica Virtual, UNAM, 2012.
- BENAVIDES CASALS, María Angélica, “El consenso y el margen de apreciación en la protección de los derechos humanos”, *Revista Ius et Praxis*, vol. 15, núm. 1, 2009.
- BOBBIO, Norberto, *El futuro de la democracia*, Barcelona, Planeta, 1994.
- COLOMBO MURÚA, Ignacio, *Un fallo que invita a reflexionar sobre los alcances de los fallos de la CIDH*, LL 2012-B.
- FERRER MAC-GREGOR, Eduardo y Carlos María PELAYO MÖLLER, “Artículo 1. Obligación de respetar los derechos”, en Christian STEINER y Patricia URIBE (eds.), *Convención Americana sobre Derechos Humanos. Comentario*, Buenos Aires, Eudeba, 2014.
- GARCÍA RAMÍREZ, Sergio, *Los derechos humanos y la jurisdicción interamericana*, México, UNAM, 2002.
- GARCÍA SAYÁN, Diego, “Una viva interacción: Corte Interamericana y tribunales internos”, en *La Corte Interamericana de Derechos Humanos. Un cuarto de siglo: 1979-2004*, San José de Costa Rica, Corte IDH, 2005.
- GAYO, *Digesto I*, 1, 8; *Instituta I*, 2, 1.
- GELLI, María Angélica, “Cooperación, conflictos y tensiones entre la jurisdicción constitucional y la convencional”, en Griselda CAPALDO, Jan SIECKMANN y Laura CLÉRICO, *Internacionalización del derecho constitucional y constitucionalización del derecho internacional*, Buenos Aires, Eudeba, 2012.

- GELLI, María Angélica, “Las reparaciones simbólicas por la violación estatal de los derechos humanos”, Buenos Aires, *La Ley*, suplemento constitucional, marzo de 2007.
- GOZAÍNI, Osvaldo Alfredo, “El impacto de la jurisprudencia del sistema interamericano en el derecho interno”, en Susana ALBANESE, *El control de convencionalidad*, Buenos Aires, Ediar, 2008.
- LANDA, César, “Implementación de las decisiones del sistema interamericano de derechos humanos en el ordenamiento constitucional peruano”, en Armin VON BOGDANDY, M. MORALES y César LANDA (coords.), *¿Integración suramericana a través del derecho? Un análisis interdisciplinario y multifocal*, Madrid, CEPC-MPI, 2009.
- LÜBBE-WOLFF, Gertrude, “Justicia constitucional y justicia internacional: cooperaciones, conflictos y tensiones”, en Griselda CAPALDO, Jan SIECKMANN y Laura CLÉRICO, *Internacionalización del derecho constitucional y constitucionalización del derecho internacional*, Buenos Aires, Eudeba, 2012.
- MAINO, Carlos Alberto Gabriel, “La eficacia de las sentencias de la CIDH y el caso Artavia Murillo”, en Leoba CASTAÑEDA y Otero PARGA (coords.), *Eficacia de los derechos humanos en el siglo XXI. Un reto por resolver*, México, Porrúa, 2014.
- _____, “Pervivencia del *rule of law* en sociedades líquidas”, en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, Bogotá, Fundación Konrad Adenauer, 2014, pp. 763-787.
- MÁRQUEZ LUZARDO, Carmen María, “La denuncia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y otros casos paradigmáticos. Los precedentes de Trinidad y Tobago; Perú y Venezuela”, *Cuestiones Jurídicas, Revista de Ciencias Jurídicas de la Universidad Rafael Urdaneta*, vol. VIII, núm. 1, 2014.
- RABBI-BALDI CABANILLAS, Renato, *Eficacia de las sentencias de la Corte Suprema de Justicia de la nación frente a decisiones internacionales*, XXVII Congreso Nacional de Derecho Procesal, Asociación Argentina de Derecho Procesal, Córdoba (Argentina), 18-20 de septiembre de 2013.
- RABBI-BALDI CABANILLAS, Renato y Eugenia FLEMING CÁNENA, “El caso ‘Artavia Murillo vs. Costa Rica’ de la CIDH: las técnicas de fertilización asistida; el estatuto del embrión y sus efectos en el derecho interno”, en Silvia PALACIO DE CAEIRO, *Tratados de derechos humanos y su influencia en el derecho argentino*, Buenos Aires, La Ley, 2015.
- ROUSSEAU, Jean-Jacques, *El contrato social*, [1762], III, 4.
- SANTIAGO, Alfonso, *En las fronteras entre el derecho constitucional y la filosofía del derecho*, Buenos Aires, Marcial Pons, 2010.
- SCHMITT, Carl, *Teoría de la constitución*, Madrid, Alianza Editorial, 1989.
- SODERO, Eduardo, “Precedente e internacionalización del derecho constitucional”, en Griselda CAPALDO, Jan SIECKMANN y Laura CLÉRICO, *Internacionalización del derecho constitucional y constitucionalización del derecho internacional*, Buenos Aires, Eudeba, 2012.

_____, “Los desafíos del positivismo de los derechos humanos. El sistema internacional de protección de los derechos humanos: ¿La pesadilla y el noble sueño?”, en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, año 20º, Bogotá, Fundación Konrad Adenauer, 2014.

STEINER, Christian y Patricia URIBE, *Convención Americana sobre Derechos Humanos. Comentario*, Buenos Aires, Eudeba, 2014.

VON BOGDANDY, Armin, “Del paradigma de la soberanía al paradigma del pluralismo normativo. Una perspectiva (mirada) de la relación entre el derecho internacional y los ordenamientos jurídicos nacionales”, en Griselda CAPALDO, Jan SIECKMANN y Laura CLÉRICO, *Internacionalización del derecho constitucional y constitucionalización del derecho internacional*, Buenos Aires, Eudeba, 2012.

VOLVER A LA TABLA DE CONTENIDO

Roberto Hung Cavalieri* (Venezuela)

Los derechos humanos en Venezuela luego de la denuncia de la Convención. (El desconocimiento del sistema interamericano con expresa complicidad de la justicia constitucional)

RESUMEN

El artículo analiza la denuncia del Estado venezolano de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, así como algunos pronunciamientos de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia frente a la competencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Palabras clave: derechos humanos, Convención Americana, denuncia.

ZUSAMMENFASSUNG

Der Beitrag analysiert die Aufkündigung der Amerikanischen Menschenrechtskonvention durch den venezolanischen Staat sowie einigen Entscheidungen des Verfassungssenats des Obersten Gerichts von Venezuela zur Zuständigkeit des Interamerikanischen Gerichtshofs für Menschenrechte.

Schlagwörter: Menschenrechte, Amerikanische Menschenrechtskonvention, Aufkündigung.

ABSTRACT

This article analyzes the Venezuelan State's denunciation of the American Convention on Human Rights, as well as some pronouncements by the Constitutional Chamber

* Abogado de la Universidad Católica Andrés Bello, magíster en Derecho Económico Europeo de la Université de Droit, d'Economie et des Sciences D'Aix-Marseille, especialista en Derecho Procesal Constitucional de la Universidad Monteávila, maestrando en Derecho Procesal Constitucional de la Universidad Nacional Lomas de Zamora, provincia de Buenos Aires (Argentina), con trabajo especial de grado en preparación. rhungc@gmail.com.

of the Supreme Tribunal of Justice on the jurisdiction of the Inter-American Court of Human Rights.

Keywords: human rights, American Convention, denunciation.

Introducción

La finalidad del presente trabajo es someter a examen la validez de la denuncia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos hecha por el Estado de Venezuela en septiembre de 2012. La posición aquí compartida es la invalidez de dicha denuncia y la subsistencia plena de la competencia del sistema internacional, dada la naturaleza particular del instrumento internacional y su contenido –los derechos humanos–. Además, desde que se efectuó la pretendida denuncia, la situación material de protección de los derechos humanos en el Estado venezolano ha sido de mayores vulneraciones, al tiempo que las víctimas cuentan con menos mecanismos para hacer valer sus derechos.

En sustento de la postura sobre la total vigencia de la Convención Americana, pese a la denuncia formulada, este trabajo, en primer lugar, analiza los antecedentes relativos a las decisiones de la Sala Constitucional donde se pronuncia sobre las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) desconociendo su competencia, antecedentes que se remontan al propio año 2000, cuando se instaló el Tribunal Supremo de Justicia. Y, en segundo lugar, estudia el texto constitucional venezolano que expresamente reconoce y garantiza el acceso a sistemas internacionales como derecho fundamental, lo cual obliga a concluir que ante la universalidad, progresividad e irrenunciabilidad de los derechos humanos –tal como se encuentran reconocidos y garantizados tanto en la Convención Americana como en la Constitución venezolana– y en la forma en que se efectuó la pretendida denuncia, esta es totalmente nula y, en consecuencia, no puede generar efecto alguno.

1. Antecedentes

En el mes de septiembre de 2012, el Estado venezolano formuló al Secretario General de la Organización de los Estados Americanos la denuncia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y la voluntad del Estado de apartarse del sistema interamericano, lo que no constituye o fue producto de hechos aislados, sino que, por el contrario, como consta en los propios motivos de la denuncia, fue resultado de diversos hechos relacionados, según el representante del Estado, con la indebida injerencia en asuntos que son soberanos, pero, como se señalará infra, ello obedeció a los fines de evitar ulteriores sanciones internacionales ante el desconocimiento gradual y sistemático de los derechos humanos por parte del

Gobierno nacional que se apoya en la propia jurisdicción constitucional para pretender un velo de legitimidad formal a su actuación.

Variadas son las decisiones del Tribunal Supremo de Justicia venezolano que constituyen importantes antecedentes de la denuncia por parte de Venezuela a la Convención Americana. Estas han sido perfectamente esquematizadas y referidas por el autor venezolano Gonzalo Pérez Salazar en su intervención en el II Congreso Nacional de Derecho Procesal Constitucional en Mar del Plata (Argentina),¹ y posteriormente incluidas en el trabajo presentado para las memorias de las X Jornadas Iberoamericanas y V Congreso Colombiano de Derecho Procesal Constitucional.²

En su exposición, Pérez Salazar afirmaba que los desacuerdos entre el Gobierno de Venezuela y su Sala Constitucional frente a las medidas cautelares, opiniones consultivas y decisiones de los órganos del sistema regional, eran patentes en 10 fallos de la Sala Constitucional, a saber: i) Sentencia 386 (17 de mayo de 2000), *Caso Faitha Nahmens y otro*; ii) Sentencia 1.013 (12 de junio de 2001), *Caso Elías Santana y Asociación Civil Queremos Elegir*, libertad de expresión y el derecho de rectificación; iii) Sentencia 1.942 (15 de junio de 2003), *Caso Rafael Chavero*, nulidad de normas sobre delitos de desacato y vilipendio; iv) Sentencia 1.411 (27 de junio de 2004), *Caso Ley del Ejercicio del Periodismo*, obligatoriedad de colegiación y de previa obtención de licenciatura; v) Sentencia 1.461 (27 de julio de 2006), *Caso Pedro Colmenares Gómez*, desacato de decisión dictada por la Corte IDH contra Venezuela por los hechos de los días 27 y 28 de febrero de 1989; vi) Sentencia 1.939 (18 de diciembre de 2008), *Caso Gustavo Álvarez Arias y otros*, inejecutabilidad de decisión de la Corte IDH contra Venezuela y en donde la Sala Constitucional exhortó al Ejecutivo Nacional a la denuncia de la Convención; vii) Sentencia 834 (18 de junio de 2009), *Caso Globovisión y RCTV*, sobre censura previa de canales de televisión; viii) Sentencia 745 (15 de julio de 2010), *Caso Asociación Civil Espacio Público*, por derecho al acceso a la información pública; ix) Sentencia 796 (27 de julio de 2010), *Caso Asociación Civil Súmate*, financiamiento de ONG; y x) Sentencia 1.547 (17 de octubre de 2011), *Caso Carlos Escarrá Malavé*, Procurador General de la República en una “acción innominada de control de constitucionalidad” contra la sentencia de la Corte IDH en el *Caso Leopoldo López Mendoza*, en la que se declara inejecutable la sentencia de la Corte IDH por violatoria del texto fundamental venezolano y por la antinomia con otros convenios internacionales válidamente suscritos por la República.

En dos de las decisiones anteriores –1939/2008 y 1547/2011– observamos –como también lo hace el profesor Pérez Salazar– que la Sala Constitucional cuestiona y

¹ Gonzalo Federico Pérez Salazar, *El caso venezolano. ¿Control de la convencionalidad o control de la Convención?*, ponencia presentada en el II Congreso Nacional de Derecho Procesal Constitucional, Mar del Plata (Argentina), 25-27 de junio de 2015.

² Gonzalo Federico Pérez Salazar, *Diálogo judicial en Venezuela*, ponencia presentada en las X Jornadas Iberoamericanas y V Congreso Colombiano de Derecho Procesal Constitucional, “Jurisdicción y garantías constitucionales en Iberoamérica a 25 años de la Constitución de Colombia”, Bucaramanga (Colombia), 13-15 de abril de 2016.

rechaza los fallos de la Corte IDH, al pretender filtrar su aplicación en el derecho interno, lo que, a la postre, resulta en hacerlas nugatorias mediante una argumentación contraria a la interpretación *pro homine*, propia de los derechos humanos. Esta verificación de compatibilidad efectuada por la Sala Constitucional, que niega toda aplicación en el derecho interno de las decisiones de la Corte IDH, se consuma con la decisión 1175 en el caso conocido como *Marcel Granier y otros (Radio Caracas Televisión) vs. Venezuela*, dictada en una acción que la Sala Constitucional denominó “acción de control de convencionalidad” de la decisión de la Corte IDH en la que se declaró la responsabilidad internacional del Estado venezolano.

Hay que destacar que los procedimientos con que se dictaron dichas sentencias fueron iniciados por la misma representación judicial del Estado en la persona del Procurador General de la República y los viceprocuradores, lo que –como se referirá en capítulos siguientes– podría interpretarse como una falta de independencia y autonomía del Poder Judicial, como igualmente lo destacara el mismo Secretario de la Organización de los Estados Americanos en su informe del 31 de mayo de 2016, dirigido al Consejo Permanente de la organización, sobre la situación de derechos humanos en Venezuela donde solicita la convocatoria inmediata, conforme al artículo 20 de la Carta Democrática Interamericana.³

Vistos los términos en que se pronunció la Sala Constitucional en las referidas decisiones 1939/2008 y 1547/2011, pasemos a analizar parcialmente su contenido sobre de la validez de las decisiones de la Corte IDH en el derecho interno.

En la Sentencia 1939/2008, en el asunto conocido como *Caso Juan Carlos Apitz, Perkins Rocha Contreras y Anna María Ruggeri*,⁴ no solo se pronuncia en la “acción de control de la constitucionalidad” interpuesta, declarando la “inejecutividad” de la decisión de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de fecha 5 de agosto de 2008,⁵ sino que insta al Ejecutivo Nacional venezolano a denunciar la Convención. La Sala Constitucional señaló que el fallo de la Corte IDH dictó “pautas de carácter obligatorio sobre gobierno y administración del Poder Judicial que son competencia exclusiva y excluyente del Tribunal Supremo de Justicia y estableció directrices para el Poder Legislativo, en materia de carrera judicial y responsabilidad de los jueces, violentando la soberanía del Estado venezolano en la organización de los poderes públicos y en la selección de sus funcionarios, lo cual resulta inadmisibles”. Afirma

³ Organización de los Estados Americanos, Secretario General, informe al Presidente del Consejo Permanente solicitando su inmediata convocatoria conforme el artículo 20 de la Carta Democrática Interamericana, OSG/243-16, 30 de mayo de 2016, pp. 73-85. Disponible en: <http://www.oas.org/documents/spa/press/OSG-243.es.pdf>.

⁴ Tribunal Supremo de Justicia de la República Bolivariana de Venezuela. Sala Constitucional, Expediente 08-1572, M. P. Arcadio Delgado Rosales. Disponible en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/diciembre/1939-181208-2008-08-1572.HTML>.

⁵ Corte IDH, *Caso Juan Carlos Apitz, Perkins Rocha Contreras y Anna María Ruggeri c. Venezuela*, Sentencia 182 de 05 de agosto de 2008, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_182_esp.pdf.

la Sala que la Corte utilizó su fallo “para intervenir inaceptablemente en el gobierno y administración judicial que corresponde con carácter excluyente al Tribunal Supremo de Justicia, de conformidad con la Constitución de 1999”, ante lo cual lo declara “inejecutable” con fundamento en la Constitución venezolana, y decide, ante “la evidente usurpación de funciones en que ha incurrido la Corte Interamericana de los Derechos Humanos”, solicitar al Ejecutivo Nacional que proceda a denunciar la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Posteriormente, el 26 de septiembre 2011, contra la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de fecha primero de ese mismo mes y año, que declaró la responsabilidad internacional del Estado venezolano en el caso Leopoldo López Mendoza,⁶ el entonces Procurador General de la República de Venezuela interpuso una “acción innominada de control de constitucionalidad”, que fue decidida por la Sala Constitucional sin trámite, ni sustanciación, ni audiencia alguna mediante Sentencia 1547/2011 del 17 de octubre de 2011. Además, se pronunció sobre la inejecutabilidad de la sentencia del órgano judicial internacional: la Corte IDH “persiste en desviar la teleología de la Convención Americana y sus propias competencias, emitiendo órdenes directas a órganos del Poder Público venezolano (Asamblea Nacional y Consejo Nacional Electoral), usurpando funciones cual si fuera una potencia colonial y pretendiendo imponer a un país soberano e independiente criterios políticos e ideológicos absolutamente incompatibles con nuestro sistema constitucional”⁷

De las primeras decisiones, nos interesa mencionar la del 17 de mayo de 2000, en el *Caso Faitha Nahmens et al.*,⁸ donde la novel Sala Constitucional expresa que se “considera inaceptable la instancia de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos de la Organización de los Estados Americanos en el sentido de solicitar la adopción de medidas que implican una crasa intromisión en las funciones de los órganos jurisdiccionales del país, como la suspensión del procedimiento judicial en contra de los accionantes, medidas que sólo pueden tomar los jueces en ejercicio de su competencia e independencia jurisdiccional”, pronunciamiento que hizo la jurisdicción constitucional ante la solicitud formulada a los magistrados por el ciudadano Raúl Arrieta Cuevas, entonces agente del Estado de la República Bolivariana de Venezuela ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), de realizar una reunión para fijar criterios y asumir posiciones comunes “respecto al

⁶ Corte IDH, *Caso Leopoldo López Mendoza vs. Venezuela*, Sentencia 233 de 01 de septiembre de 2011, Fondo, Reparaciones y Costas. Disponible en: http://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_233_esp.pdf.

⁷ Tribunal Supremo de Justicia de la República Bolivariana de Venezuela. Sala Constitucional, Expediente 11-1130 de 17 de octubre de 2011, M. P. Arcadio Delgado Rosales. Disponible en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/octubre/1547-171011-2011-11-1130.HTML>.

⁸ Tribunal Supremo de Justicia de la República Bolivariana de Venezuela. Sala Constitucional, Expediente 00-0216 de 17 de mayo de 2000, M. P. José M. Delgado Ocampo. Disponible en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/mayo/386-170500-00-0216.HTM>.

sentido y alcance de la aplicación inmediata y directa de los Tratados y Convenios sobre Derechos Humanos”.

El caso anterior del año 2000 y los demás referidos hasta el de septiembre de 2011 constituyen los antecedentes más importantes, previos a la denuncia por parte del Estado venezolano a la Convención Americana y su intención de salir del sistema interamericano de protección. Este rechazo del sistema es más evidente luego, en el *Caso de Leopoldo López Mendoza*, quien para la oportunidad en que se elabora este ensayo se encuentra privado de la libertad por un juicio llevado en su contra, en el que se ha señalado que le han sido violadas las garantías al debido proceso⁹ y que además se encuentra recluido en condiciones, cuyos familiares y representantes judiciales afirman, son violatorias a los estándares mínimos. Ello, a pesar de que la Comisión Interamericana de Derechos Humanos hubiera dictado la medida cautelar 335-14, en fecha 20 de abril de 2015, mediante Resolución 12/2015.¹⁰

2. De la denuncia de la Convención. Posición de la Comisión Interamericana y la subsistencia de su competencia en el trámite de peticiones, casos y medidas cautelares

El 10 de septiembre de 2012, el Ministro del Poder Popular para Relaciones Exteriores de la República Bolivariana de Venezuela hizo entrega de comunicación de fecha 06 del mismo mes y año dirigida al Secretario General de la Organización de los Estados Americanos, mediante la cual denunciaba la Convención Americana sobre Derechos Humanos de conformidad con su artículo 78, señalando que “a partir del término establecido en la misma –un año–, cesen sus efectos internacionales, en cuanto a ella se refiere, y la competencia de sus órganos para nuestro país, tanto de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, como de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”.¹¹

La denuncia se fundamentó en que el ordenamiento jurídico venezolano se encontraba “a la vanguardia de los sistemas garantistas de la región, estableciendo nuevas instituciones que tienen como propósito velar por el respeto irrestricto a los derechos humanos y de las libertades fundamentales”, todo ello oponiéndolo a la actuación de los órganos que conforman el sistema interamericano, sobre los que manifiesta:

⁹ CIDH, comunicados de prensa 207/2015 del 25 de septiembre de 2015. Disponible en: <http://www.oas.org/es/cidh/prensa/comunicados/2015/107.asp>; y 57/2015 del 29 de mayo de 2015. Disponible en: <http://www.oas.org/es/cidh/prensa/comunicados/2015/057.asp>.

¹⁰ CIDH, Resolución 12/2015, Medida cautelar 335-14, 20 de abril de 2015. Disponible en: <https://www.oas.org/es/cidh/decisiones/pdf/2015/MC335-14-ES.pdf>.

¹¹ Nicolás Maduro Moros y Hugo Chávez Frías, *Denuncia y salida de Venezuela de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH)*, Caracas, septiembre de 2013, p. 45. Disponible en: <http://www.minci.gob.ve/wp-content/uploads/downloads/2013/09/DISCURSO-CIDH-20-9-13-web.pdf>.

[S]e han alejado de los sagrados principios que están llamados a proteger, convirtiéndose en un arma política arrojada destinada a minar la estabilidad de determinados gobiernos, y especialmente al de nuestro país (Venezuela), adoptando una línea de acción injerencista en los asuntos internos de nuestro gobierno, vulnerando y desconociendo principios básicos y esenciales ampliamente consagrados en el derecho internacional, como lo son el principio del respeto a la soberanía de los Estados y el principio de autodeterminación de los pueblos.¹²

Si bien luego se ahondará en los vicios en que incurre la denuncia, hemos de destacar las reflexiones que sobre su inminente presentación hizo el autor venezolano Alberto Blanco-Urbe Quintero, en un trabajo publicado antes de la nota diplomática mediante la cual se pretende la denuncia:

[L]a escasa argumentación jurídica con la que se pretende justificar la posibilidad de que el Estado Venezolano denuncie la Convención Americana sobre Derechos Humanos descansa en aspectos de derecho internacional público y en alegatos de derecho interno, atinente todo ello a una trasnochada y decimonónica (por no decir medieval) noción de soberanía estatal, que desconoce el avance contenido en los principios rectores del derecho internacional de los derechos humanos.¹³

2.1. Comunicados de prensa de la Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos y de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ante la denuncia efectuada y el transcurso cumplida su anualidad

En misma fecha que se recibiera la denuncia, la Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos emitió la nota de prensa C-307/12 de 10 de septiembre de 2012,¹⁴ en la que el Secretario General lamentó dicha decisión y manifestó su esperanza de que se reconsiderara tal decisión dentro del año que debía transcurrir para que se hiciera efectiva conforme al artículo 78 de la Convención.¹⁵

¹² *Ibid.*, p. 30.

¹³ Alberto Blanco-Urbe Quintero, "La denuncia de la CADH o el retiro de la CIDH, a la luz de la ética y del derecho", *Revista de Derecho Público*, núm. 129, enero-marzo de 2012, pp. 7-25.

¹⁴ Organización de los Estados Americanos, Secretaría General, Nota de prensa 207/12, 10 de septiembre de 2012. Disponible en: http://www.oas.org/es/centro_noticias/comunicado_prensa.asp?sCodigo=C-307/12.

¹⁵ "Artículo 78. 1. Los Estados partes podrán denunciar esta Convención después de la expiración de un plazo de cinco años a partir de la fecha de entrada en vigor de la misma y

En fecha 10 de septiembre de 2013, cumplida la anualidad de la denuncia de la Convención Americana por parte del ministro de relaciones exteriores venezolano, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos emitió el Comunicado de prensa 64/13,¹⁶ mediante el cual, luego de lamentar la entrada en vigencia de la denuncia, manifestó que la violación de derechos humanos que pudiera ocurrir en territorio venezolano, no podría ser conocida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, lo que “va en detrimento de la protección de los derechos de los y las habitantes de Venezuela, quienes pierden una instancia de protección de sus derechos humanos”. Sin embargo, afirma que se mantiene incólume la competencia de la Comisión Interamericana, al seguir siendo Venezuela un Estado miembro de la Organización de los Estados Americanos y haber suscrito en 1948 la Carta de dicha Organización y la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, por lo que la Comisión podrá seguir tramitando peticiones, casos y medidas cautelares.

2.2. El informe anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sobre la situación venezolana¹⁷

El día 17 de marzo de 2016, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos publicó su Informe Anual correspondiente a 2015,¹⁸ y como ha sido ya común por más de cinco años, se dispuso un capítulo especial para las observaciones sobre Venezuela. En las consideraciones previas se hizo particular referencia a la posición del Estado venezolano frente al sistema interamericano, destacándose que la última visita que pudo hacerse al país fue en mayo de 2002. De esta resultó un informe particular con variadas recomendaciones, cuyo cumplimiento, hasta la fecha, no ha sido posible verificar ni hacer el correspondiente seguimiento. Ello, al no permitir el Estado venezolano la práctica de nuevas visitas, situación que, según la Comisión, debilita al propio sistema, lo que además confirma el incumplimiento de las decisiones y recomendaciones de los órganos principales del sistema por supuesta contravención a la soberanía nacional, al declarar “inejecu-

mediante un preaviso de un año, notificando al Secretario General de la Organización, quien debe informar a las otras partes.

2. Dicha denuncia no tendrá por efecto desligar al Estado parte interesado de las obligaciones contenidas en esta Convención en lo que concierne a todo hecho que, pudiendo constituir una violación de esas obligaciones, haya sido cumplido por él anteriormente a la fecha en la cual la denuncia produce efecto”.

¹⁶ CIDH, Nota de prensa 64/13, 10 de septiembre de 2013. Disponible en: <http://www.oas.org/es/cidh/prensa/Comunicados/2013/064.asp>.

¹⁷ Esta sección y la siguiente fueron incorporadas luego de la entrega de una versión anterior a la publicación del Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y de la celebración del 157.º período de sesiones.

¹⁸ CIDH, *Informe Anual 2015*. Disponible en: <http://www.oas.org/es/cidh/informes/anuales.asp>.

tables” las sentencias de la Corte IDH, lo que no se corresponde con los principios de derecho internacional aplicables y que preocupa a la Comisión.

De manera pormenorizada, en los párrafos de la sección del informe sobre la posición del Estado venezolano se destaca que, durante 2015, había respondido tan solo una de las solicitudes de información sobre los mecanismos de medidas cautelares y sobre el acatamiento de las decisiones de la Corte. Asimismo, se advierte el desacato de 12 causas en fase de cumplimiento declarado por el propio órgano jurisdiccional, lo que para su debida atención, se hará del conocimiento de la Asamblea General de la organización.¹⁹

Sobre la denuncia por parte del Estado, reiteró su preocupación al considerar que los habitantes de Venezuela han perdido una instancia de protección de sus derechos humanos respecto de la Corte IDH, pero sigue sujeto a la jurisdicción de la Comisión, la que podrá seguir conociendo las peticiones en las que se aleguen hechos anteriores al 10 de septiembre de 2013.

2.3. El tratamiento del caso venezolano durante el 157.º período de audiencias de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sobre la situación venezolana

El día 4 de abril de 2016, en la Sede de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en el marco del 157.º período de sesiones, a las que asistió el autor, se celebraron cuatro audiencias relativas a la situación de los derechos humanos en Venezuela: i) situación general de derechos humanos en Venezuela, solicitada por el propio Estado para exponer su perspectiva, en especial sobre la adopción del Plan Nacional de Derechos Humanos; ii) derecho a la salud en Venezuela; iii) *Caso Jimmy Guerrero y otro*, sobre ejecuciones extrajudiciales; y iv) derechos humanos y “Operación Liberación del Pueblo (OLP)” en Venezuela.

En dichas audiencias, si bien no se desarrolló de manera particular la denuncia de la Convención Americana, la representación del Estado no hizo más que resaltar en sus exposiciones lo que a su criterio es una situación nacional en la que se garantizan plenamente los derechos humanos de la población, como el acceso a la salud, a la vivienda, a la educación; asimismo, destacó la implementación del Plan Nacional de Derechos Humanos, apreciaciones que ostensiblemente contrastaron con lo expuesto por los representantes de la sociedad civil y del testimonio de la víctima en el caso concreto, exposiciones que denunciaron la gravedad en las violaciones de la libertad de expresión, fallas en la autonomía e independencia de los poderes públicos, especialmente del Poder Judicial, grave crisis en materia de salud y alimentaria, seguridad ciudadana y criminalización de los defensores de derechos humanos y de la disidencia política, lo que se constata con la existencia de presos políticos. De modo particular, la representación de la sociedad civil señaló que el

¹⁹ *Ibid.*, capítulo IV, Venezuela, párrafos 10 al 13 y 16.

Estado venezolano ha desatendido las recomendaciones, decisiones y medidas cautelares de los órganos del sistema interamericano.

Ante tales señalamientos, la representación del Estado afirmó que la gestión de Gobierno y supuestas violaciones de derechos humanos que se le atribuyen, no son más que el producto de manipulaciones mediáticas generadas por grupos y miembros de partidos políticos de oposición, que generan hechos de violencia contra el Gobierno legítimo, especialmente desde el mes de febrero de 2014. Igualmente, la representación del Gobierno venezolano señaló ser víctima de injerencia externa, específicamente de los Estados Unidos de Norteamérica; incluso, indicó que la afectación en la prestación de servicios públicos es resultado de la baja de los precios del petróleo y de fenómenos climáticos. Ante estas divergentes posturas observadas en las audiencias sobre el caso venezolano, hemos de destacar las expresiones del comisionado Francisco Eguiguren, en cuanto a que los derechos humanos deben tener una vigencia real más allá de discursos y que desearía ver a Venezuela nuevamente presente de manera plena en el sistema.²⁰

2.4. Acerca de los derechos garantizados en otros instrumentos distintos a la Convención Interamericana sobre Derechos Humanos

El sistema interamericano de protección de derechos humanos no se encuentra previsto y desarrollado en un único instrumento como la Convención Americana sobre Derechos Humanos. De hecho, el *corpus iuris* americano está conformado por muchos otros instrumentos. En su Comunicado de prensa 64/13, al referirse al caso venezolano, la Comisión destacó entre tales instrumentos: i) la Carta de la Organización de los Estados Americanos y (ii) la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre de 1948, instrumento anterior a la Declaración Universal de los Derechos Humanos.²¹

En el sistema interamericano, antes del caso venezolano, existen dos antecedentes sobre denuncias: uno es el caso de Perú, cuando durante la dictadura de Alberto Fujimori se denunció la competencia de la Corte en julio de 1999, sobre lo cual el

²⁰ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 157.º período de sesiones, Audiencias públicas sobre Venezuela: Situación general de derechos humanos, Washington, D. C., 4 de abril de 2016. Disponible en: <https://www.youtube.com/watch?v=6PqixROU-MM>; Derecho a la salud. Disponible en: https://www.youtube.com/watch?v=wKzqdsY-2_g; *Caso Jimmy Guerrero y otro*. Disponible en: <https://www.youtube.com/watch?v=UoSV8cqCSyk>; Derechos humanos y operación de liberación de pueblo. Disponible en: <https://www.youtube.com/watch?v=aqpVj76C4co>.

²¹ La Carta de la Organización de los Estados Americanos y la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre fueron suscritas en el marco de la Novena Conferencia Internacional Americana, Bogotá, 30 de abril de 1948. La Declaración Universal de los Derechos del Hombre fue suscrita en el marco de la Asamblea General de las Naciones Unidas en París, el 10 de diciembre de 1948.

órgano jurisdiccional se pronunció en una sentencia donde señaló que no procedía el “retiro de la declaración de reconocimiento de la competencia contenciosa de la Corte”,²² menos aún, en caso de que se considerase posible tal retiro, lo que rechazó la Corte, jamás podría tener efectos inmediatos. En el caso peruano, una vez recuperado el Estado de derecho y la gobernabilidad democrática, el Estado retiró la pretendida denuncia, que decayó, manteniéndose como miembro pleno del sistema.

El otro antecedente es el de Trinidad y Tobago, que, en fecha 26 de mayo de 1998, denunció la Convención Americana con fundamento en el alcance de una sentencia dictada por el Comité Judicial del Consejo de Estado (*The Judicial Committee of the Privy Council Decisions*) como máxima instancia de apelación de los territorios ultramarinos del Reino Unido y dependencias de la Corona. Esta decisión ni siquiera fue contra Trinidad y Tobago, sino una causa contra el Fiscal General de Jamaica,²³ respecto de la aplicación de la pena de muerte en aquellos estados que aún la prevén en su ordenamiento interno. Trinidad y Tobago, al igual que Jamaica, tiene prevista la pena capital en su ordenamiento jurídico. Entonces, ambos Estados están sometidos a la jurisdicción del mismo Comité Judicial y no han ratificado el Protocolo a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, relativo a la Abolición de la Pena de Muerte, ni la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura, así como tampoco la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, como sí lo hizo Venezuela.²⁴

3. Acerca de la validez de la denuncia y la especial naturaleza de los instrumentos sobre derechos humanos

Antes de continuar con el examen del caso venezolano sobre la situación de la protección de los derechos humanos en el marco del sistema interamericano, bien vale advertir que el Estado no ha ratificado la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, de 1969, instrumento que regula las instituciones propias del derecho internacional, como las reservas, las denuncias y, en particular, la imposibilidad de invocar las disposiciones de su derecho interno para justificar el incumplimiento de instrumentos internacionales, o los vicios de consentimiento de los funcionarios para la suscripción o ratificación de los instrumentos.

²² Corte IDH, *Caso Ivcher Bronstein c. Perú*, Sentencia 54 de 24 de septiembre de 1999, Competencia. Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_54_esp.pdf.

²³ Comité Judicial del Consejo de Estado (*The Judicial Committee of the Privy Council Decisions*), *Caso Pratt y Morgan vs. Fiscal General de Jamaica*, Sentencia de apelación 10 de 1993, 2 de noviembre de 1993. Disponible en: <http://www.bailii.org/uk/cases/UKPC/1993/1.html>.

²⁴ Organización de los Estados Americanos, Cuadro de fechas de ratificación, adhesión y denuncias de los instrumentos interamericanos de derechos humanos. Disponible en: <https://www.oas.org/es/cidh/mandato/documentos-basicos/ratificacion-adhesion-denuncia-instrumentos-interamericanos-derechos-humanos.pdf>.

Ahora bien, no obstante la no ratificación de la Convención de Viena, la falta de validez de la denuncia de la Convención Americana por el Estado venezolano no obedece en modo alguno a causales desarrolladas por el derecho de los tratados internacionales, sino que responde al propio derecho constitucional venezolano, así como a la esencia y naturaleza de los derechos desarrollados por la misma Convención, que no es otro que el derecho internacional de los derechos humanos.

Ante la presentación de la denuncia por el Ministro de Relaciones Exteriores venezolano, podría entenderse, como incluso así lo señala la propia Comisión Interamericana (y que este autor considera que el órgano incurre en error inducido por la actuación del Estado venezolano), que transcurrida su anualidad, es decir, luego del 10 de septiembre de 2013, tiene plena vigencia dicha denuncia y, en consecuencia, el Estado venezolano no estaría sometido a la jurisdicción de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Esta únicamente podría conocer y sentenciar las causas presentadas relativas a hechos ocurridos hasta esa oportunidad, no así de aquellos que pudieran verificarse con posterioridad, cuando lo cierto es que, en modo alguno los órganos que conforman el sistema interamericano de protección, especialmente la Corte, han perdido su competencia. Ello, ante la inconstitucionalidad e inconvencionalidad de la denuncia, que resultan en su total falta de validez e ineficacia, además de contravenir la naturaleza de la cláusula pétrea sobre la competencia contenciosa de la Corte ante su fundamental importancia para la operación del sistema, esencial para la eficacia del mecanismo de protección constitucional.²⁵

Ante el carácter especial de los derechos humanos, su naturaleza superior, tratamiento y especial protección que merecen, han de efectuarse –como se advirtió– importantes precisiones y consideraciones en cuanto a que los instrumentos en los que se reconocen, de ninguna manera podrán ser interpretados como cualquier otro texto normativo de rango legal, sino que ello deberá hacerse de manera progresiva, extensiva y *pro homine*, debiendo analizarse su jerarquía respecto del ordenamiento interno del Estado determinado, en este caso del venezolano, que en su texto constitucional, específicamente en su artículo 23, establece que tales instrumentos internacionales sobre derechos humanos tienen jerarquía constitucional y prevalecen sobre el orden interno.

3.1. Sobre la jerarquía de los tratados y su incorporación en el ordenamiento interno de los Estados

Manuel Becerra Ramírez señala en su trabajo *La jerarquía de los tratados en el jurídico interno. Una visión desde la perspectiva del derecho internacional*,²⁶ citando

²⁵ CIDH, *Caso Ivcher Bronstein c. Perú*, cit., párrafos 36 y 37.

²⁶ Manuel Becerra Ramírez, *La jerarquía de los tratados en el jurídico interno. Una visión desde la perspectiva del derecho internacional*, Universidad Nacional Autónoma de México,

a su vez al autor venezolano Carlos Ayala Corao,²⁷ que: “En términos generales, las Constituciones le otorgan a estos instrumentos internacionales, cuatro tipos de rango o valor: Supraconstitucional; Constitucional; Supralegal, y Legal”.

En similar sentido, pero en cuanto a una aproximación sobre la incorporación directa de los derechos humanos consagrados en tratados internacionales, independientemente de su jerarquía, el profesor venezolano Allan Brewer Carías, en trabajo titulado “La aplicación de los tratados internacionales sobre derechos humanos en el orden interno de los países de América Latina”,²⁸ destaca la importancia de la inclusión de cláusulas abiertas sobre derechos humanos en las constituciones latinoamericanas, señalando que ello sin duda tiene origen en la IX enmienda de la Constitución de los Estados Unidos de Norteamérica.

3.2. De la especial naturaleza de los instrumentos sobre derechos humanos

Los derechos humanos y su protección son trascendentes a los propios Estados; más aún, estos derechos y sus garantías son de naturaleza progresiva e irrenunciable. En tal sentido, mal puede considerarse que la simple denuncia de un instrumento como la Convención Americana por cualquier funcionario, en el caso de específico venezolano por el Ministro de Relaciones Exteriores –aun cuando en el foro pudiera discutirse si debió haberlo efectuado el Presidente luego de ser aprobado por el Poder Legislativo–, sin cumplir formalidad legal alguna, pretenda la desaplicación y separación del sistema de protección mediante una sencilla nota consular, lo que podría constituir una nueva transgresión tanto a los derechos contenidos en la propia Convención como, en el caso particular, a los consagrados en el propio texto constitucional venezolano, ya que automáticamente quedaría vaciado de contenido el artículo 31 que consagra el derecho de petición ante órganos internacionales de protección.

Sobre esa especial naturaleza y esencia de los derechos humanos, en particular su apreciación desde el derecho internacional y orden público, nuevamente hemos de referirnos al trabajo de Manuel Becerra Ramírez, quien, en una sección especial denominada “Los derechos humanos son parte del orden público internacional”, afirma que las normas del derecho internacional de los derechos humanos y del derecho humanitario internacional tienen una categoría única que comparten con

Instituto de Investigaciones Jurídicas, Biblioteca Jurídica Virtual. Disponible en: <http://cor-teidh.or.cr/tablas/r28105.pdf>.

²⁷ Carlos Ayala Corao, *La jerarquía constitucional de los tratados*, México, IAPQ, Comisión Estatal de Derechos Humanos de Querétaro, 2003.

²⁸ Allan Brewer Carías, “La aplicación de los tratados internacionales sobre derechos humanos en el orden interno de los países de América Latina”, *Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos*, núm. 46, julio-septiembre de 2007. Disponible en: http://www2.iidh.ed.cr/BibliotecaWeb/Varios/Documentos.Interno/BD_125911109/revista_46.pdf.

la normativa del derecho internacional penal. Dicha categoría consiste en que no comparten el carácter sinalagmático del derecho convencional común, ya que los tratados en materia de derecho humanitario, extensible al derecho de los derechos humanos, no sólo establecen obligaciones para los Estados, sino para los individuos sometidos a su jurisdicción. Los Estados contratantes no tienen intereses propios, tienen, por encima de todo, un interés común, como los derechos humanos consagrados en la Convención; derechos estos que constituyen un “núcleo duro” de derechos inderogables.

En sustento de lo afirmado, hemos de destacar que el instrumento internacional cuya denuncia se pretende, no es cualquier tratado o convenio internacional como muchos otros adoptados en el marco interamericano, sino que es el instrumento sobre derechos humanos de mayor importancia en la región. Y vista esa importancia en cuanto a su contenido, los derechos que consagra y garantiza, no puede dársele el mismo tratamiento que a otros instrumentos internacionales, dadas la supremacía, progresividad e irrenunciabilidad de los derechos humanos, derechos que *no* son de los Estados, sino de los ciudadanos, de *todos* los ciudadanos, sin distinción, frente a los Estados, frente a *todos* los Estados, sin exclusión. Son, en definitiva, derechos y garantías, frente a los Estados, frente al poder, frente a su abuso, por lo que resultaría una total aporía que el potencial, o actual, violador de los derechos pueda a su voluntad apartarse y excluirse del sistema que le reprocha y sanciona cuando incurre en prácticas violatorias de los derechos humanos.

3.3. La jerarquía de los derechos humanos en el orden interno venezolano. El reconocimiento expreso en el texto constitucional de los tratados sobre derechos humanos

El texto constitucional venezolano, que es posterior a la Convención, de manera expresa reconoce la progresividad, indivisibilidad, irrenunciabilidad e interdependencia de los derechos humanos, así como de la jerarquía constitucional y prevalencia en el orden interno de los instrumentos internacionales sobre derechos humanos. Cualquier persona que se vea afectada en su esfera jurídica por la violación de los derechos fundamentales puede dirigir las peticiones o quejas que le correspondan tanto a los órganos jurisdiccionales internos como ante los sistemas internacionales de protección de derechos humanos. En tal sentido, dichos derechos son consagrados en los artículos 19, 23 y 31 de la Constitución venezolana; la garantía conforme al principio de progresividad, el goce y ejercicio irrenunciable, indivisible e interdependiente de los derechos humanos contenidos, tanto en la Constitución como en los tratados suscritos y ratificados por la República (art. 19); la jerarquía constitucional de los tratados, pactos y convenciones sobre derechos humanos y su prevalencia sobre el orden interno (art. 23); y el derecho de petición ante órganos internacionales con la finalidad de solicitar amparo de derechos humanos (art. 31).

En el asunto concreto, nótese que con una nota diplomática de denuncia se hace nugatorio el desiderátum constitucional, lo que a la postre implicaría una violación de la supremacía y rigidez propia de las constituciones. Para la reforma o enmienda de estas últimas, deben seguirse los procedimientos especialmente previstos para tal fin, lo que en modo alguno ocurrió, ya que, en todo caso, para denunciar la Convención debía ser reformado el texto constitucional, e incluso así, no sería posible ello, pues –como se ha insistido–, la especial naturaleza de universalidad, progresividad e irrenunciabilidad de los derechos humanos no lo permite.

En el caso venezolano –como hemos afirmado–, no es válida la pretendida denuncia de la Convención, ya que los derechos en ella contenidos tienen rango constitucional. Incluso de no ser así, es decir que tuviesen rango legal, tampoco sería válida dicha denuncia, ya que en todo caso habría de cumplirse con los requisitos ante el Poder Legislativo para derogar las leyes y en su seno acordar tal decisión, que en el caso venezolano correspondería con lo dispuesto en el numeral 18 del artículo 187 constitucional, relativo a las atribuciones del Legislativo sobre las leyes aprobatorias de instrumentos internacionales. Entonces, debería dictarse para esos supuestos lo que pudiéramos denominar una suerte de “ley denunciatoria” para determinado tratado que se pretende denunciar, pero –reiteramos–, ello no es posible ya que la Convención Americana sobre Derechos Humanos tiene jerarquía constitucional y prevalece en el orden interno, como parte del bloque de la constitucionalidad, incluso más allá del bloque de la convencionalidad.

La esencia de los derechos humanos es tan especial en cuanto a su superioridad, irrenunciabilidad y progresividad, que la propia Constitución venezolana expresamente prohíbe que las normas en la materia sean sometidas a referéndum abrogatorio,²⁹ por lo que ante la jerarquía de la Convención Americana ha de insistirse en la falta de validez e ineficacia de la denuncia formulada por el Ejecutivo nacional, específicamente por el Ministro de Relaciones Exteriores. Esto, en consecuencia, implicaría la subsistencia de la competencia de los órganos del sistema interamericano de protección, especialmente de la Corte IDH.

Por el contrario, de tenerse como válida la denuncia, no sólo se estaría derogando y dejando sin efecto, y sin procedimiento alguno, una norma de rango legal como lo es la aprobatoria de la Convención Americana,³⁰ para lo cual carece de competencia el Poder Ejecutivo, ya que en todo ello le corresponde al Poder Legislativo dictando otra ley que la derogue, siguiendo el mecanismo de formación de leyes previsto en la Constitución, o el Poder Judicial, mediante sentencia que declare su nulidad por incurrir en vicios de inconstitucionalidad. Sin embargo, insistimos, ello no sería procedente ante la naturaleza, esencia y jerarquía en el orden interno

²⁹ Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, artículos 73 y 74.

³⁰ “Ley Aprobatoria de la Convención Americana sobre Derechos Humanos - Pacto de San José de Costa Rica”, dictada por Congreso de la República de Venezuela, *Gaceta Oficial*, núm. 31.256, 14 de junio de 1977.

de los derechos humanos como ya hemos referido supra, sino que resultarían también materialmente anulados, nugatorios y vaciados de contenido los artículos 19, 22, 23 y 31 de la Constitución, sin que se hubiese llevado a cabo un procedimiento de reforma o enmienda del texto constitucional.³¹

4. A modo de epílogo y conclusiones

Como se ha venido desarrollando, los derechos humanos y los instrumentos internacionales que los consagran gozan de una preeminencia y superioridad que trasciende el ordenamiento jurídico de los propios Estados partes. Asimismo, sin duda alguna puede afirmarse que el derecho internacional de los derechos humanos, y en el caso específico regional de la Convención Americana sobre Derechos Humanos como instrumento esencial del sistema de protección interamericano, debe ser interpretado siempre a favor del ejercicio y materialización de los derechos, entre ellos, por no decir el más importante en cuanto su naturaleza instrumental, el derecho de petición de los ciudadanos frente a los órganos que conforman el sistema, al no ser atendidas sus peticiones y ver frustrada la protección de los derechos de los que son titulares en el ordenamiento interno de cada Estado.

En los distintos ordenamientos de los Estados de la región, la incorporación de los derechos humanos previstos en los instrumentos internacionales pueden tener rango de ley, o, como en el caso venezolano por expresa disposición del texto constitucional, tener esa misma jerarquía constitucional en la que incluso prevalece sobre el ordenamiento interno. Por esta razón, denunciar la Convención y pretender salir del sistema interamericano de protección implicaría una reforma constitucional, para lo cual, ante su rigidez, deben seguirse los estrictos procedimientos previstos; incluso así, ello no sería posible ante la irrenunciabilidad y progresividad que le son propias a los derechos humanos.

La solicitud de denuncia de la Convención Americana de septiembre de 2012 –como suficientemente se desarrolló– contraría los preceptos constitucionales venezolanos, así como la misma esencia de la Convención en cuanto a la cláusula pétrea sobre la competencia contenciosa y su fundamental importancia para la operación del sistema. De igual forma, se expuso que no debe considerarse válida ni eficaz la denuncia, menos aún, sin que la Corte IDH como órgano jurisdiccional internacional de protección de derechos humanos, con base en el principio “*compétence de la compétence/Kompetenz-Kompetenz*”,³² se pronuncie sobre su propia competencia, luego de verificada la jerarquía de los derechos contenidos en la Convención en el ordenamiento interno del Estado correspondiente, así como del cumplimiento de

³¹ Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, título IX sobre la Reforma Constitucional, artículos 340 y ss.

³² Corte IDH, *Caso Ivcher Bronstein c. Perú*, cit., párrafo 32.

los requisitos de orden legal o constitucional para la formulación de la denuncia. De no procederse de dicha manera, los Estados no estarían “denunciando”, sino “renunciando” en nombre de sus ciudadanos a derechos y garantías que son superiores, progresivos e “irrenunciables”, y que han pasado a formar ya parte de su propia esfera de derechos subjetivos tutelables e indisponibles, y que en el caso venezolano ni siquiera mediante referendo popular pueden los ciudadanos abrogar las leyes que protejan, garanticen o desarrollen derechos humanos y las que aprueben tratados internacionales.³³

No comparte el autor lo señalado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en su Comunicado de prensa 64/13, en cuanto a que seguirá teniendo competencia en Venezuela, luego del 10 de septiembre de 2013, debido a “las obligaciones que le imponen la Carta de la OEA y la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, suscritas por el Estado de Venezuela en 1948”; como tampoco sobre la subsistencia de la competencia de la Corte IDH solo para conocer de casos de violaciones ocurridos antes de ese específico día de septiembre de 2013. El disenso con lo manifestado por la Comisión se fundamenta en que, tal como se desarrolló en el trabajo, la denuncia es nula e ineficaz, y hasta tanto no exista un pronunciamiento por parte de la Corte IDH, como intérprete máxima y última de la Convención Americana, sobre su competencia en algún caso concreto por violaciones de derechos humanos ocurridas en Venezuela luego de septiembre de 2013, la Comisión deberá seguir recibiendo y tramitando las peticiones presentadas por las víctimas contra el Estado venezolano e interponiendo las acciones por la transgresión de derechos consagrados en el instrumento internacional.

Bibliografía

- AYALA CORAO, Carlos, *La jerarquía constitucional de los tratados*, México, IAPQ, Comisión Estatal de Derechos Humanos de Querétaro, 2003.
- BECERRA RAMÍREZ, Manuel, *La jerarquía de los tratados en el jurídico interno. Una visión desde la perspectiva del derecho internacional*, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Biblioteca Jurídica Virtual. Disponible en: <http://corteidh.or.cr/tablas/r28105.pdf>.
- BLANCO-URIBE QUINTERO, Alberto, “La denuncia de la CADH o el retiro de la CIDH, a la luz de la ética y del derecho”, *Revista de Derecho Público*, núm. 129, enero-marzo de 2012.

³³ Constitución venezolana, artículo 74: “No podrán ser sometidas a referendo abrogatorio las leyes de presupuesto, las que establezcan o modifiquen impuestos, las de crédito público y las de amnistía, así como aquellas que protejan, garanticen o desarrollen los derechos humanos y las que aprueben tratados internacionales”.

BREWER CARÍAS, Allan, “La aplicación de los tratados internacionales sobre derechos humanos en el orden interno de los países de América Latina”, *Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos*, núm. 46, julio-septiembre de 2007. Disponible en: http://www2.iidh.ed.cr/BibliotecaWeb/Varios/Documentos.Interno/BD_125911109/revista_46.pdf.

COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, Comunicado de prensa 64/13, 10 de septiembre de 2013. Disponible en: <http://www.oas.org/es/cidh/prensa/Comunicados/2013/064.asp>.

_____, Comunicado de prensa 57/2015, 29 de mayo de 2015. Disponible en: <http://www.oas.org/es/cidh/prensa/comunicados/2015/057.asp>.

_____, Comunicado de prensa 207/2015, 25 de septiembre de 2015. Disponible en: <http://www.oas.org/es/cidh/prensa/comunicados/2015/107.asp>.

_____, *Informe Anual 2015*. Disponible en: <http://www.oas.org/es/cidh/informes/anuales.asp>.

_____, Resolución 12/2015, Medida cautelar 335-14, 20 de abril de 2015. Disponible en: <https://www.oas.org/es/cidh/decisiones/pdf/2015/MC335-14-ES.pdf>.

COMITÉ JUDICIAL DEL CONSEJO DE ESTADO DE LOS TERRITORIOS ULTRAMARINOS DEL REINO UNIDO Y DEPENDENCIAS DE LA CORONA (*The Judicial Committee of the Privy Council Decisions*), *Caso Pratt y Morgan vs. Fiscal General de Jamaica*, Sentencia de apelación 10 de 1993, 02 de noviembre de 1993. Disponible en: <http://www.bailii.org/uk/cases/UKPC/1993/1.html>.

CORTE IDH, *Caso Ivcher Bronstein c. Perú*, Sentencia 54 de 24 de septiembre de 1999. Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_54_esp.pdf.

_____, *Caso Juan Carlos Apitz, Perkins Rocha Contreras y Anna María Ruggeri, c. Venezuela*, Sentencia 182 del 05 de agosto de 2008. Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_182_esp.pdf.

_____, *Caso Leopoldo López Mendoza c. Venezuela*, Sentencia 233 del 01 de septiembre de 2011. Disponible en: http://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_233_esp.pdf.

_____, *Caso Marcel Granier y otros (Radio Caracas Televisión) c. Venezuela*, Sentencia 293 de 22 de junio de 2015. Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_293_esp.pdf.

MADURO MOROS, Nicolás y Hugo CHÁVEZ FRÍAS, *Denuncia y salida de Venezuela de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH)*, Caracas, septiembre de 2013. Disponible en: <http://www.minci.gob.ve/wp-content/uploads/downloads/2013/09/DISCURSO-CIDH-20-9-13-web.pdf>.

ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS, Secretaría General, Comunicado de prensa 207/12, 10 de septiembre de 2012. Disponible en: http://www.oas.org/es/centro_noticias/comunicado_prensa.asp?sCodigo=C-307/12.

_____, Secretario General, informe al Presidente del Consejo Permanente solicitando su inmediata convocatoria conforme el artículo 20 de la Carta Democrática

Interamericana, OSG/243-16, 30 de mayo de 2016. Disponible en: <http://www.oas.org/documents/spa/press/OSG-243.es.pdf>.

PÉREZ SALAZAR, Gonzalo Federico, *El caso venezolano. ¿Control de la convencionalidad o control de la Convención?*, ponencia presentada en el II Congreso Nacional de Derecho Procesal Constitucional, Mar del Plata (Argentina), 25-27 de junio de 2015.

_____, *Diálogo Judicial en Venezuela*, ponencia presentada en las X Jornadas Iberoamericanas y V Congreso Colombiano de Derecho Procesal Constitucional, “Jurisdicción y garantías constitucionales en Iberoamérica a 25 años de la Constitución de Colombia”, Bucaramanga (Colombia), 13-15 de abril de 2016.

TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA. Sala Constitucional, *Caso Faitha Nahmens et al.*, Sentencia 386 de 17 de mayo de 2000. Disponible en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/mayo/386-170500-00-0216.HTM>.

_____, *Caso Juan Carlos Apitz, Perkins Rocha Contreras y Anna María Ruggeri*, Sentencia 1939 de 18 de diciembre de 2008. Disponible en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/diciembre/1939-181208-2008-08-1572.HTML>.

_____, *Caso Procurador General c. sentencia Leopoldo López Mendoza*, Sentencia 1547 de 17 de octubre de 2011. Disponible en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/octubre/1547-171011-2011-11-1130.HTML>.

VOLVER A LA TABLA DE CONTENIDO

Alberto Pérez Dayán* (México)

Evolución y perspectivas en la interpretación del debido proceso legal

RESUMEN

Este artículo versa sobre el derecho al debido proceso legal. En principio se analiza su origen y evolución histórica. En un segundo apartado se revisa lo relativo al principio de razonabilidad, y la ampliación del alcance del término, a través de la labor jurisprudencial. Posteriormente, se presenta el desarrollo que la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación de México ha hecho en materia de debido proceso, para finalizar con una reflexión sobre la importancia de este último en sistemas judiciales de naciones democráticas.

Palabras clave: debido proceso, principio de razonabilidad, democracia, jurisprudencia, Suprema Corte de Justicia de la Nación.

ZUSAMMENFASSUNG

Der Beitrag befasst sich mit dem Anspruch auf ein ordnungsgemäßes Verfahren („due process“). Zunächst wird der Ursprung und die historische Entwicklung dieses Grundsatzes untersucht. Im zweiten Abschnitt wird der Anspruch auf ein ordnungsgemäßes Verfahren im Hinblick auf den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit und die Erweiterung seines Geltungsbereichs durch die Rechtsprechung behandelt. Daran schließt sich eine Darstellung der Entwicklung der Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofs von Mexiko zum Thema des ordnungsgemäßen Verfahrens an, die mit einer Überlegung zu dessen Bedeutung in den Justizsystemen demokratischer Staaten endet.

Schlagwörter: Ordnungsgemäßes Verfahren („due process“), Grundsatz der Angemessenheit, Demokratie, Rechtsprechung, Oberster Gerichtshof von Mexiko.

* Ministro de la Suprema Corte de Justicia de la Nación de México.

ABSTRACT

This article discusses the constitutional guarantee of due process of law. First, it analyzes the historical evolution. Secondly, the author reviews the principle of reasonableness and the scope of the term through judicial work. Next, it presents the development of the case law study of the Mexican Supreme Court in relation to due process, and it concludes by explaining the importance of due process in the judicial systems of democratic nations.

Keywords: due process, principle of reasonableness, democracy, jurisprudence, Mexican Supreme Court.

1. Origen y evolución del debido proceso

El *debido proceso* ha sido una preocupación en los sistemas judiciales durante siglos. Proveer a los gobernados de las condiciones necesarias para hacer frente a acusaciones penales en su contra ha sido el centro de un esfuerzo dirigido a reconocer, en naciones democráticas, el derecho a un juicio justo. De forma gradual, pero expansiva, los países han ido interpretando el contenido del *debido proceso legal* y sus alcances, ampliando el catálogo de derechos y requisitos implícitos en la idea de un juicio justo, cuyo veredicto final se desprenda de un proceso judicial adecuado.

La doctrina ubica el origen del debido proceso en Inglaterra hacia el año 1215, con la *Carta Magna de Juan sin Tierra*. El nacimiento del término estuvo asociado a la imposición de límites al Estado en su función judicial. La mencionada *Carta Magna* confería facultades a la autoridad para restringir la libertad personal o el derecho de propiedad individual, únicamente *mediante previo juicio legal*. Desde entonces, por medio de la creación legislativa y de la interpretación jurisprudencial, el concepto ha ido evolucionado en su noción protectora del individuo.

Describo a continuación algunos de los principales elementos que han dotado de mayor garantismo al debido proceso:

- En 1542, a través de las Leyes de Indias, se incorporó el principio de celeridad en los procedimientos judiciales. La nueva norma sostenía que la “malicia” de abogados y procuradores afectaba a las personas sujetas a proceso, quienes no veían respetados sus usos y costumbres y eran obligados a prolongadas diligencias, en detrimento de su libertad personal y de otros derechos.
- En el siglo XVII, la llamada *Bill of Rights* norteamericana fue la primera norma escrita en establecer la obligación de jurados “debidamente listados y elegidos”.

- Ya hacia finales del siglo XVIII, con la Declaración de Derechos del Buen Pueblo de Virginia, nació la idea de que los acusados en procesos penales tenían el derecho a conocer la causa de la acusación que versaba en su contra, así como a pedir pruebas en su favor y a no testificar contra sí mismo.
- A través de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, surgió el concepto de ‘no retroactividad’, en tanto se estableció la condición de imponer sanciones a los individuos, sólo en virtud de una ley aprobada con anterioridad a la comisión del delito motivo de la acusación.
- Y quizá la evolución más conocida del debido proceso se ubica en las enmiendas a la Constitución de los Estados Unidos: mediante la quinta enmienda se reconoce al ciudadano el derecho a no ser juzgado dos veces por el mismo delito; a su vez, la sexta enmienda incorpora la noción de ser juzgado por jurados imparciales, y el derecho a contar con la asistencia de un abogado para la defensa. La decimocuarta enmienda habla, textualmente, del derecho a un debido proceso legal o *due process of law*.
- Por último, en el siglo XIX, con la universalización del derecho al debido proceso se materializó la llamada tutela judicial efectiva.

Los antecedentes descritos permiten dimensionar la evolución del concepto de debido proceso. A diferencia de otras luchas históricas orientadas al reconocimiento de derechos individuales, a diferencia de los movimientos por la igualdad, la libertad o la democracia, la lucha por una justicia imparcial y expedita, al menos en el ámbito del derecho positivo, no parece tener registro de episodios regresivos.

2. El principio de razonabilidad y el marco de los derechos humanos

En la actualidad, la tendencia protectora del derecho humano al debido proceso ha provenido menos de la creación legislativa y más de la labor jurisprudencial. Hemos sido los jueces quienes, a través del *principio de razonabilidad*, hemos ampliado los alcances del término, buscando una mayor protección de la persona.

El principio de razonabilidad confiere al juzgador la facultad de desarrollar criterios con un margen de discrecionalidad en su interpretación de las normas. Se fundamenta y motiva cada resolución jurisdiccional, pero en el centro de la argumentación jurídica encontramos como eje rector el principio de razonabilidad que posibilita generar interpretaciones más protectoras de los derechos de las partes participantes en los procedimientos judiciales.

Hoy en día, el juez constitucional en naciones democráticas trabaja bajo el manto de los derechos humanos. Los derechos fundamentales han dotado de un nuevo lenguaje a la convivencia social. Hace apenas unas décadas, la llamada *razón de*

Estado justificaba la imposición de límites a las libertades individuales; hoy en día, la actividad del Estado sólo se legitima en razón de su respeto a dichas libertades.

Este marco conceptual de los derechos humanos, que ha ocupado su lugar en nuestros países, da lugar a la aplicación del principio de razonabilidad siguiendo parámetros más garantistas, pensando en los derechos y los requisitos involucrados en el debido proceso legal. Dicho de otra manera, el juez constitucional disfruta de un grado de discrecionalidad en la interpretación normativa, pero esta discrecionalidad es regulada por un marco más amplio, el de los derechos humanos.

Así, observo una creciente tendencia a ampliar los alcances del debido proceso legal, mediante interpretaciones jurisdiccionales, tanto del juez nacional como, ahora, del juez regional, que buscan crear nuevos estándares de protección judicial. Comparto con ustedes algunos de los criterios emitidos por la Suprema Corte de Justicia mexicana en esta materia.

3. La jurisprudencia de la Suprema Corte en materia de debido proceso

En los últimos años, la Suprema Corte mexicana ha desarrollado una creativa labor jurisprudencial sobre el debido proceso en materia penal.

En 2014, la Primera Sala dividió las garantías inherentes al debido proceso en dos grupos: un “núcleo duro”, que debe ser observado en todo procedimiento jurisdiccional, y al cual pertenecen “la notificación del inicio del procedimiento, la oportunidad de ofrecer y desahogar pruebas”, entre otras; y otro núcleo de garantías aplicables únicamente a aquellos procesos que impliquen el ejercicio de la potestad punitiva del Estado.¹

Es decir, aunque el debido proceso debe ser observado en materias como la fiscal y la administrativa, existen ciertas condiciones aplicables exclusivamente a la rama penal, de la cual surgió en un inicio el concepto. Esto es así por la consecuencia jurídica desprendida de un procedimiento penal, que lleva como posibilidad la privación de la libertad del sujeto.

En 2015, la Primera Sala resolvió que “en todas las actuaciones, diligencias y etapas del procedimiento penal” en las cuales participe el imputado, deberá estar presente su defensor. La ausencia de este tendrá por consecuencia “que deba declararse la nulidad de la identificación en que la persona imputada no estuvo asistida por su defensor, lo mismo que las subsecuentes que derivaron de ello, ante la ilicitud primigenia de la prueba de origen”.²

¹ Primera Sala. Décima Época, “Derecho al debido proceso. Su contenido”, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Libro 3, febrero de 2014, p. 396. Disponible en: <http://sjf.scjn.gob.mx/sjfsist/Documentos/Tesis/2005/2005716.pdf>.

² Primera Sala. Décima Época, “Reconocimiento o identificación del imputado de manera presencial en el procedimiento penal. La ausencia del defensor genera como consecuencia la

Con esta resolución, el tribunal constitucional mexicano ha abrazado la importancia de la figura del defensor, no solo como asistente en la construcción de una defensa jurídica ante los tribunales competentes, sino como figura esencial para impedir que se transgredan derechos inherentes al procedimiento judicial.

También en 2015, la Suprema Corte mexicana resolvió que “la exclusión de la prueba ilícita es una garantía del derecho a ser juzgado por tribunales imparciales, a contar con una defensa adecuada y a que se respete el debido proceso”.³

Con estas y otras sentencias, la Suprema Corte ha ido construyendo una anatomía del debido proceso, orientada por el principio de razonabilidad y basada en los derechos humanos contenidos en nuestra Constitución y en los tratados internacionales suscritos por el Estado mexicano. El resultado ha sido una jurisprudencia que fija estándares más estrictos para las autoridades ministeriales y los cuerpos de seguridad, en sus labores de investigación y persecución del delito.

En conjunto, por citar algunos datos, de 2004 a 2015, la Suprema Corte ha recibido 3.088 solicitudes de ejercicio de la facultad de atracción.⁴ De ese universo, en 1.490 casos, el promovente solicita la protección de la justicia federal por violaciones del debido proceso, previsto en los artículos 14 de la Constitución Federal y 8.º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Es decir, en casi la mitad de los recursos interpuestos bajo esta modalidad se argumenta la violación del debido proceso. El alto tribunal ha decidido ejercer la atracción sobre dichos asuntos en 334 casos que reúnen los requisitos de importancia y trascendencia, y la tendencia anual observa un crecimiento significativo a lo largo del período señalado.

4. Perspectivas del debido proceso en un entorno de consolidación democrática

La complejidad de la realidad latinoamericana, en la cual conviven fenómenos sociales como la desigualdad y la violencia con instituciones democráticas y judiciales en proceso de consolidación, ha puesto de manifiesto las resistencias que, hoy en día, enfrentan nuestros tribunales constitucionales.

invalidez de las diligencias respectivas”, *Semanario Judicial de la Federación*, 6 de febrero de 2015. Disponible en: <http://sjf.scjn.gob.mx/SJFSem/Paginas/DetalleGeneralV2.aspx?ID=2008371&Clase=DetalleSemanarioBL>.

³ Primera Sala. Décima Época, “Defensa adecuada en materia penal. La violación al carácter técnico del derecho humano genera ilicitud de la declaración rendida por el imputado sin la asistencia jurídica de un defensor profesional en derecho, por lo que debe ser objeto de exclusión valorativa”, *Semanario Judicial de la Federación*, 8 de mayo de 2015. Disponible en: <http://sjf.scjn.gob.mx/SJFSem/Paginas/DetalleGeneralV2.aspx?ID=2009007&Clase=DetalleSemanarioBL>.

⁴ Suprema Corte de Justicia de la Nación, Portal de Estadística Judicial. Sistema @lex de la SCJN. Disponible en: www.internet2.scjn.gob.mx/alex/.

Escuchamos voces críticas a la labor jurisdiccional cuando un inculpado recibe la protección de la justicia constitucional, por inobservancia de la autoridad administrativa al debido proceso. Los formalismos legales, se argumenta, no pueden ser obstáculo para la procuración de la justicia y el restablecimiento de la seguridad.

Sergio García Ramírez ha descrito esta problemática con claridad, al señalar que, “en buena medida, el problema central de la justicia penal en nuestro tiempo [...] gira en torno al falso dilema entre debido proceso y contención del crimen [...]. [Al respecto] se aduce la existencia de [delitos] gravísimos como motivo para la reacción desbordante del Estado”;⁵

De alguna manera, esas críticas, muchas de ellas con rasgos autocráticos, aspiran a generar un consenso social que condiciona la celeridad de los juicios, la imparcialidad de los tribunales, la defensa adecuada, la licitud de las pruebas, la presunción de inocencia, a un resultado judicial determinado.

Las cortes supremas y constitucionales tenemos la responsabilidad de difundir la importancia que reviste el respeto al debido proceso en sistemas judiciales de naciones democráticas. La confianza en las instituciones judiciales, fundamento de nuestra existencia y nuestro futuro, no está asociada a las sentencias que emitimos, sino a los procedimientos que les dieron origen y término.

Las sentencias de los tribunales satisfacen a una parte en el conflicto y pueden ocasionar molestia en otra. Pero cuando los procedimientos son aseados, y en ellos se cumple cabalmente con los elementos del debido proceso, ambos, promoventes y demandados, sean estos particulares o autoridades, saben que su sistema de impartición de justicia funciona conforme a las reglas previstas para ello. Saben que sus fallos se desprenden de un trabajo imparcial, que cuidó los derechos de víctimas e imputados.

El falso dilema del que habla García Ramírez debe ser contrastado a la luz de la confianza social en los sistemas de impartición de justicia. La confianza de la ciudadanía, en tanto fuente de legitimidad de la labor de los tribunales, es la guía de nuestro trabajo jurisdiccional. Y esta confianza se construye con base en el respeto a las reglas y a los procedimientos.

A partir de junio de 2016, en México, tanto a nivel federal como local, entró en vigor el sistema de justicia penal acusatorio y oral. Han sido ocho años de adaptación legislativa, organizacional y cultural. La implementación del nuevo modelo entraña múltiples desafíos para los operadores judiciales y para los usuarios del sistema. Pero, nuevamente, el apego al debido proceso, y el ejercicio del principio de razonabilidad en materia penal, bajo el manto protector de los derechos humanos, será el fundamento que asegure el éxito del sistema en el corto y el mediano plazo.

⁵ Sergio García Ramírez, “El debido proceso en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, núm. 18, t. II, 2006, p. 116.

Bibliografía

- PRIMERA SALA. Décima Época, “Derecho al debido proceso. Su contenido”, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Libro 3, febrero de 2014. Disponible en: <http://sjf.scjn.gob.mx/sjfsist/Documentos/Tesis/2005/2005716.pdf>.
- _____, “Reconocimiento o identificación del imputado de manera presencial en el procedimiento penal. La ausencia del defensor genera como consecuencia la invalidez de las diligencias respectivas”, *Semanario Judicial de la Federación*, 6 de febrero de 2015. Disponible en: <http://sjf.scjn.gob.mx/SJFSem/Paginas/DetalleGeneralV2.aspx?ID=2008371&Clase=DetalleSemanarioBL>.
- _____, “Defensa adecuada en materia penal. La violación al carácter técnico del derecho humano genera ilicitud de la declaración rendida por el imputado sin la asistencia jurídica de un defensor profesional en derecho, por lo que debe ser objeto de exclusión valorativa”, *Semanario Judicial de la Federación*, 8 de mayo de 2015. Disponible en: <http://sjf.scjn.gob.mx/SJFSem/Paginas/DetalleGeneralV2.aspx?ID=2009007&Clase=DetalleSemanarioBL>.
- SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN. Portal de Estadística Judicial. Sistema @lex de la SCJN. Disponible en www.internet2.scjn.gob.mx/alex/.
- GARCÍA RAMÍREZ, Sergio, “El debido proceso en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, núm. 18, t. II, 2006.

VOLVER A LA TABLA DE CONTENIDO

Ricardo C. Pérez Manrique* (Uruguay)

Control de convencionalidad. Análisis de jurisprudencia

RESUMEN

Este artículo analiza el control de convencionalidad y de constitucionalidad en Uruguay, a partir de la Constitución y de la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia. Aborda también la relación entre control de constitucionalidad y de convencionalidad, a partir del estudio de dos sentencias de la Suprema Corte de Justicia, y una de segunda instancia que invoca el control de convencionalidad en los requisitos de aplicación de la prisión preventiva.

Palabras clave: control de constitucionalidad, control de convencionalidad, jurisprudencia.

ZUSAMMENFASSUNG

Hauptgegenstand dieses Artikels ist die Normenkontrolle und die Kontrolle der Vertragskonformität in Uruguay. Die Analyse stützt sich auf die Verfassung sowie die Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofs. Ausgehend von der Darstellung zweier Entscheidungen des Obersten Gerichtshofs und einem Urteil aus zweiter Instanz, welches die Anordnung von Untersuchungshaft unter anderem von einer Kontrolle der Vertragskonformität abhängig macht, befasst sich der Beitrag mit dem Verhältnis von Normenkontrolle und Kontrolle der Vertragskonformität.

Schlagwörter: Normenkontrolle, Kontrolle der Vertragskonformität, Rechtsprechung.

ABSTRACT

The principal theme of this article is the conventionality control and constitutionality in Uruguay. It contains an analysis based on the Constitution and the jurisprudence of

* Presidente de la Suprema Corte de Justicia de Uruguay, docente de Derechos Humanos en el Centro de Estudios Judiciales del Uruguay (CEJU), Secretaría Permanente Cumbre Judicial Iberoamericana. secperezmanrique@poderjudicial.gub.uy.

the Supreme Court of Justice. It also addresses the relationship between the control of constitutionality and of conventionality, based on a study of two decisions of the Supreme Court of Justice, and a second-instance decision that invokes the conventionality control in the requirements for the application of preventive detention.

Keywords: constitutional review, conventionality control, jurisprudence.

1. Propósito

El presente trabajo, desarrollado originalmente como conferencia, se propone analizar la forma en que los tribunales de Uruguay han aplicado el control de convencionalidad. A tal efecto, en primer término, se desarrollan las características y el alcance del control de constitucionalidad en la Constitución Nacional. Igualmente, se examina el lugar que en el orden jurídico nacional ocupan los tratados y convenciones de derecho internacional de los derechos humanos de acuerdo con la normativa constitucional y la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia. Finalmente, se analizan dos sentencias de la Suprema Corte de Justicia donde se invoca el control de convencionalidad, y otra de un Tribunal de Apelaciones en lo Penal respecto a las restricciones normativas al cese de la prisión preventiva.

2. Control de constitucionalidad

El control de constitucionalidad está reglamentado en los artículos 256 a 260 de la Constitución Nacional, y sus aspectos procesales, en los artículos 508 a 523 del Código General del Proceso.

Las leyes pueden ser declaradas inconstitucionales por razones de forma o de contenido (art. 256). Los decretos de los gobiernos departamentales que tengan fuerza de ley en su jurisdicción también pueden ser declarados inconstitucionales por las mismas razones (art. 260). Se trata de normas de carácter general, dictadas por los gobiernos departamentales, órganos de descentralización territorial conforme a la Constitución.

El control es concentrado y está a cargo de la Suprema Corte de Justicia, a la que “le compete el conocimiento y la resolución originaria y exclusiva en la materia” (art. 257).

La inconstitucionalidad se puede deducir: a) por vía de acción ante la Suprema Corte de Justicia; el promotor solicita que una norma se declare inaplicable a su respecto con carácter previo a su aplicación en concreto, por ejemplo, ley que crea un tributo. b) Por vía de excepción, que se opondrá en el marco de un procedimiento judicial, ante el juez o tribunal de la causa, por cualquiera de las partes del proceso, el que debe suspenderse inmediatamente y elevarse a la Corte para su resolución.

c) Por vía de oficio por el juez o tribunal de la causa, cuando debe aplicar una norma que entiende inconstitucional; en dicho caso, el proceso se suspende y se eleva a la Corte para su decisión (art. 258).

Pueden solicitar la declaración de inconstitucionalidad quienes invoquen un interés directo, personal y legítimo (art. 258, inc. 1). Para impugnar una norma por inconstitucional, la misma debe ser de ineludible aplicación al caso concreto. El interés debe ser directo, en cuanto la norma impugnada tiene que afectar en forma directa, inmediata y personal al impugnante y debe tener legitimidad. En sentencias de la Corte, hemos sostenido como carácter distintivo del interés, la certeza de que la norma impugnada se ha de aplicar al impugnante.

Finalmente, y en contradicción con el derecho comparado en cuanto a los regímenes de control concentrado, la sentencia de inconstitucionalidad solamente tiene efectos respecto del caso concreto; no tiene efectos derogatorios de la norma impugnada (art. 259).

3. La Suprema Corte de Justicia y el control de convencionalidad

El análisis de la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia, no solamente en casos de graves violaciones de los derechos humanos durante la dictadura, sino en general, lleva a concluir que este tribunal no hace mención expresa al control de convencionalidad,¹ salvo en dos casos donde es la parte quien lo invoca,² y en el *Caso Sabalsagaray*.³ Posteriormente, lo hace en reciente sentencia.

Para el análisis que se propone, es menester señalar a qué hacemos referencia con la expresión ‘control de convencionalidad’. Al respecto, comparto la necesidad de identificar como control de convencionalidad el proceso de interpretación y de argumentación del bloque de constitucionalidad que, en la comparación con la norma al ser impugnada o *ex officio*, lleva a la conclusión que la misma debe ser inaplicada en función de su contradicción con el derecho internacional de los derechos humanos.

Los casos en que los fallos invocan la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) o la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) como línea argumental para tomar una decisión, no son propiamente control de convencionalidad sino aplicación de la Convención. Resulta

¹ Danilo Rojas Bentancourth, “Control de convencionalidad en Colombia. Entre el control de la Convención y su aplicación”, *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, año XXI, Bogotá, Fundación Konrad Adenauer, 2015. Comparto la posición del autor en cuanto a la necesidad de distinguir entre aplicación de la Convención y control de convencionalidad.

² Sentencias 1713 y 3637/2011, donde se pretendió control de convencionalidad de normas comunitarias del MERCOSUR, rechazadas por inadmisibles.

³ Sentencia 365/2009, “Sabalsagaray Curutchet, Blanca. Denuncia. Excepción de Inconstitucionalidad arts. 1, 3 y 4 de la Ley N° 15.848”, Ficha: 97-394/2004.

evidente que en la Sentencia del *Caso Sabalsagaray*, la Corte realiza un control de convencionalidad.

El control de convencionalidad se integra con el control de constitucionalidad a través de dos disposiciones de la Constitución Nacional que operan como elementos amplificadores: los artículos 72 y 332.

Según la Constitución, los derechos, deberes y garantía que se establecen a texto expreso no excluyen los “que son inherentes a la personalidad humana o se derivan de la forma republicana de gobierno” (art. 72). A su vez, los preceptos de la carta que reconocen derechos, así como los que atribuyen facultades e imponen deberes a las autoridades públicas, no dejarán de aplicarse por falta de la reglamentación respectiva y establecen la forma de integración normativa al respecto (art. 332).

Tratándose de derechos, deberes o garantías inherentes a la personalidad humana o derivados de la forma republicana de gobierno, la Constitución les reconoce igual estatuto que a los que se contienen a texto expreso en la misma. Los derechos, deberes y garantías no establecidos a texto expreso tienen rango constitucional.

Las alegaciones de violación del artículo 72 son comunes en los planteamientos de inconstitucionalidad; la Suprema Corte de Justicia afirma que los tratados o convenciones de derechos humanos se integran por esta vía al sistema constitucional nacional.

Respecto del llamado bloque de constitucionalidad, algunos autores nacionales señalan la existencia de un bloque constitucional –casos de amplio margen a la tarea legislativa concedido por el constituyente– y de un bloque de constitucionalidad con una integración amplia del punto de vista formal –origen supravaleante– y, en sentido material, es el contenido de la norma el que determina si integra el bloque constitucional.⁴

Martín Risso, profesor de Derecho Constitucional uruguayo, entiende que, a partir de la Sentencia 365/2009, para la Suprema Corte de Justicia, a) el derecho internacional de los derechos humanos es directamente aplicable en el ámbito interno (no es que *puede* sino que *debe* aplicarse) y b) el rango normativo de estas normas es al menos similar al de la Constitución (cursivas en el original).⁵

El autor señala más adelante la evolución de la relación entre derecho constitucional y derecho internacional de los derechos humanos, que identifica en etapas, a saber: 1) Separación total. 2) Relación inicial a través del artículo 72 de la Constitución; discusión necesaria sobre si el derecho estaba contemplado o no por el artículo 72. 3) Constitucionalización de los derechos internacionales; el criterio es el contrario, es decir, en principio, todos los derechos se constitucionalizan. 4) El bloque

⁴ Carlos Guariglia, *Presunción de constitucionalidad de las leyes*, Montevideo, La Ley Uruguay, 2009.

⁵ Martín Risso, “El DIDH en la jurisprudencia reciente de la SCJ”, *Estudios Jurídicos*, núm. 8, 2010.

de los derechos humanos, coexistencia de dos órdenes normativos: constitucional e internacional, que se rige por el principio de preferencia normativa y *pro homine*.⁶

Entiendo que la doctrina del bloque de constitucionalidad comprende la idea de un *corpus iuris* común, como ha señalado la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) desde *Velázquez Rodríguez*, que constituye un plexo normativo de aplicación obligatoria para los Estados. Ante el caso concreto a consideración del intérprete y del juez o tribunal nacional, debe aplicarse dicho derecho común de la forma que mejor contemple el mejor y más amplio reconocimiento de los derechos y el principio de preferencia normativa. Allí, el control de convencionalidad aparece como elemento de aplicación obligatoria e irrenunciable por aplicación de los principios *pacta sunt servanda* y de respeto de las obligaciones internacionales del Estado.

En esencia, desde el surgimiento en la jurisprudencia de la CIDH respecto de la necesidad de efectuar un control de convencionalidad, la doctrina ha coincidido en que este resulta un instrumento adecuado para mejorar el estándar de respeto y aplicación de los derechos humanos en la región.

El control de convencionalidad debe ser practicado, en primer término, por los tribunales nacionales y, en segundo término, por el sistema regional de derechos humanos, que siempre interviene de manera subsidiaria, *ex post*.

La Suprema Corte de Justicia ha aplicado normativa internacional de la Convención Americana en numerosas oportunidades y ha citado en sus argumentos sentencias de la CIDH: por ejemplo, en las sentencias 505/2013, 144/201 y 162/2015, relativas a responsabilidad del Estado por muerte de reclusos en las cárceles por violación del deber de garantía especial de las personas privadas de libertad. De la misma forma, respecto de convenciones como CEDAW y otras, 620/2012, 55/2014 y 687/2014.

En atención a lo señalado, se trata de casos en que tanto la CADH como la jurisprudencia de la CIDH constituyen elementos relevantes en la argumentación para resolver un caso.

Se han dictado varias sentencias en forma reciente donde se ha declarado que el plazo de prescripción no ha corrido, y dos de los actuales integrantes de la Corte –el ministro Felipe Hounie y el ponente– entendemos que se trata de delitos de lesa humanidad y, por tanto, son imprescriptibles.

Esas sentencias son, entre otras, las siguientes: 127 de 7 de mayo de 2015, “Ribero Ugartamendía. Homicidio especialmente agravado como crimen de lesa humanidad. Casación Penal”; 935 de 29 de julio de 2015, “Perrini. Denuncia. Casación”; 1061 de 12 de agosto de 2015, “Berreta Hernández. Su muerte. Casación Penal”.

En estas sentencias, enfrentadas a la decisión en casación respecto de la prescripción de delitos cometidos durante la dictadura, dos magistrados aplicamos el bloque de constitucionalidad, invocando tratados internacionales sobre imprescriptibilidad de los delitos de lesa humanidad y en caso del autor, invocando el artículo 239,

⁶ *Ibid.*, pp. 312-314.

numeral 1.º de la Constitución. Al resolver sobre el fondo, la Corte, con su actual integración y por mayoría, se ha pronunciado por distintas razones, entendiendo que no prescribieron los delitos por graves violaciones de los derechos humanos durante la dictadura.

En el mismo sentido, los tribunales inferiores continuamente realizan aplicación de la CADH y de la jurisprudencia de la CIDH al resolver en el ámbito de sus competencias.

4. El control de convencionalidad en el derecho positivo de Uruguay

Debe destacarse que la Ley de Medios de Comunicación Audiovisual 19.307 de diciembre de 2014 contiene una norma que introduce, en el área de su incumbencia, un control de convencionalidad que abarca tanto los aspectos dispositivos como los interpretativos de las decisiones de la Corte y de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH). Dicha ley es obligatoria para el administrador y para los jueces de todas las instancias:

Artículo 2º. (Interpretación de la ley).- Constituyen principios rectores para la interpretación y aplicación de la presente ley las disposiciones consagradas en la Declaración Universal de Derechos Humanos, en la Convención Americana sobre Derechos Humanos y en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Asimismo, *se tomarán en cuenta muy especialmente los criterios recogidos en las sentencias y opiniones consultivas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y en las resoluciones e informes de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, siempre que ello no implique disminuir los estándares de protección establecidos en la Constitución de la República, en la legislación nacional o reconocidos por la jurisprudencia nacional.* (Cursiva del autor)

La ley señala lo que, entiendo, es la línea correcta en materia de aplicación del control de convencionalidad y de armonización del *ius commune*.

5. El control de convencionalidad y el orden jurídico nacional

Se ha sostenido que en el régimen uruguayo de control concentrado de la constitucionalidad, donde únicamente la Suprema Corte de Justicia puede resolver la inaplicación de una ley o decreto de un gobierno departamental con fuerza de

ley (Constitución, arts. 256 y 257), es a esta a la que le corresponde efectuarlo en exclusividad con el efecto de declarar su aplicación.⁷

En lo personal, sin perjuicio de lo anterior, entiendo que, en un régimen de control concentrado, el margen de decisión se acota para los jueces inferiores, pero, en definitiva, los criterios de “interpretación conforme” pueden tener idénticas consecuencias desde el punto de vista del resultado del proceso en concreto donde se resuelve. Es menester interpretar conforme a la Convención Americana sobre Derechos Humanos para resolver.

Veremos ahora casos en que recientemente se ha invocado el control de convencionalidad.

- a) Sentencia 365/2009, Caso Sabalsagaray, inconstitucionalidad Ley 15.848 que decreta una amnistía encubierta para violaciones a los derechos humanos durante la dictadura.

La ley dispuso la caducidad de la pretensión punitiva del Estado en casos de violaciones de los derechos humanos durante la dictadura. Si el Poder Ejecutivo entiende que un caso está amparado por la ley, el sistema judicial debe abstenerse de intervenir.

Blanca Sabalsagaray fue muerta por torturas durante la dictadura, y la aplicación de la ley constituyó un obstáculo para investigar los hechos. Se dedujo inconstitucionalidad, invocando, entre otros, la contradicción de la norma con los artículos 1.1, 2, 8.1 y 25.1 de la Convención Americana.

La Corte declara la inconstitucionalidad, invoca la existencia del bloque de constitucionalidad, y dedica un largo capítulo a la relación entre la ley impugnada y el sistema interamericano de derechos humanos. Invoca varias sentencias de la CIDH, así como de tribunales y cortes constitucionales de la región en cuanto a la ilegitimidad de las leyes de amnistía. En consecuencia, realiza control de convencionalidad, entre otros argumentos, y declara la inconstitucionalidad de la norma.

- b) SCJ, Sentencia 87/2016 inaplicación de la Ley de Servicios de Comunicación Audiovisual. Publicidad electoral.

Por Sentencia 87/2016 de 11 de abril del corriente año, la Suprema Corte de Justicia en mayoría declaró inconstitucional e inaplicable al Partido Independiente el artículo 143 de la Ley 19.307, en cuanto le impide acceder a la cuota parte que le corresponde en la distribución igualitaria (por partes iguales) del total de minutos asignados para la publicidad electoral gratuita.

⁷ Jorge Larrieux, “Diálogos judiciales y control de convencionalidad y constitucionalidad en el sistema interamericano”, *La Justicia Uruguaya*, núm. 151, 2015, pp. 139-141; y Rubén Correa Freitas, “Supremacía constitucional y control de convencionalidad en el Uruguay”, *La Justicia Uruguaya*, núm. 152, 2015.

La norma en cuestión, inserta en la Ley de Medios de Comunicación Audiovisual, estableció la distribución gratuita de publicidad electoral de los partidos políticos. El 20% se distribuirá en forma igualitaria y el 80% en forma proporcional al caudal de votos recibidos en la elección anterior.

El Partido Independiente impugnó la inconstitucionalidad de la norma.

La mayoría de la Corte sostuvo:

Finalmente, en ejercicio del control de convencionalidad, se advierte que el artículo 77 numeral 11 de la Constitución⁸ se complementa con el artículo 13 numeral 3° de la Convención Americana (Pacto de San José de Costa Rica) sobre libertad de pensamiento y de expresión al disponer que: “No se puede restringir el derecho de expresión por vías o medios indirectos...”. En tal sentido, la CIDH afirma que: “El ejercicio de los derechos políticos y la libertad de pensamiento y de expresión se encuentran íntimamente ligados y se fortalecen entre sí” (Convención Americana, Comentario, KAS, pág. 333).

Entonces, el principio debe ser que los partidos políticos participen en condiciones de igualdad y no discriminación, para lo cual el Estado no sólo no debe obstaculizar por vías indirectas tal ejercicio, sino actuar medidas positivas para favorecer su más amplia libertad.

En esta sentencia, la Corte con su actual integración invocó en mayoría y a texto expreso el control de convencionalidad. Así, sostuvo que la norma impugnada afectaba el principio de libertad de expresión en general y condicionaba a los partidos políticos en la difusión de sus ideas, lo que significa también afectación del artículo 13, numeral 3 de la Convención Americana: “No se puede restringir el derecho de expresión por vías o medios indirectos”.

Corresponde señalar que, como se indicó anteriormente, el artículo 2 de la norma impugnada refiere a la jurisprudencia y a los fundamentos de los fallos de la Corte IDH como criterios de interpretación de la ley.

En lo personal, no he estado de acuerdo con la mayoría por aplicación del criterio de interpretación conforme a la Constitución, que claramente establece representación proporcional integral como criterio de asignación de cargos electivos, y aun de recursos para las campañas, en ley no impugnada hasta el momento.

⁸ Artículo 77:

11) El Estado velará por asegurar a los partidos políticos la más amplia libertad. Sin perjuicio de ello, los partidos deberán:

a) ejercer efectivamente la democracia interna en la elección de sus autoridades;
b) dar la máxima publicidad a sus Cartas Orgánicas y Programas de Principios, en forma tal que el ciudadano pueda conocerlos ampliamente.

En mi criterio, la interpretación de la norma impugnada conforme a la Constitución determina que no se está ante una restricción o limitación indebida a la libertad de expresión, por la forma de distribución de la propaganda sin cargo de los partidos políticos. Ello es así en cuanto el principio de proporcionalidad a los votos emitidos tiene rango constitucional y su aplicación al caso no significa contradicción con la Constitución.

De allí que ninguna afectación constitucional ni convencional deriva de la norma impugnada.

- c) Sentencia 221/2013, Tribunal de Apelaciones en lo Penal de 1er. Turno, control de convencionalidad para inaplicar normas que imponen la prisión preventiva por razones no procesales.

El régimen de prisión preventiva en el Uruguay está establecido por los artículos 27 de la Constitución de la República y 138 del Código del Proceso Penal, que se deroga a partir del 16 de julio de 2017.

En el caso de delitos cuya condena mínima sea de dos años de penitenciaría (reclusión) o en el caso en que el Ministerio Público anuncie pena superior a dicho guarismo está prohibida la excarcelación provisional. La prisión preventiva es preceptiva *ministerio legis*.

Solamente se podrá obtener la libertad después de dictada la sentencia definitiva. Esta disposición es una de las razones del alto porcentaje de presos sin condena en Uruguay.

En el caso se tramita la excarcelación provisional de una persona procesada por un delito de rapiña con un mínimo superior a los dos años de penitenciaría, inexcusable, según las normas citadas. El Tribunal realiza las siguientes consideraciones y decreta la libertad provisional, ejerciendo, según su criterio, control de convencionalidad, pues entiende que es posible disponer el cese de la prisión preventiva e invoca el artículo 9.3 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos. Invoca la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia en el *Caso Sabalsagaray*, ya analizado.

El Tribunal considera que, en aplicación del control de convencionalidad, dichas normas no deben impedir la excarcelación del indagado, toda vez que de sostenerse tal interpretación se estaría actuando contrariamente a la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Luego de un análisis del caso y del marco jurídico dentro del bloque de constitucionalidad, concluye:

Por ende, habida cuenta de que tampoco existen otros elementos que permitan sostener (demostrar) que su liberación importará algún riesgo procesal: “no es legítimo invocar las ‘necesidades de la investigación’ de manera general y abstracta para justificar la prisión preventiva. Dicha justificación debe fundamentarse en un peligro efectivo de que el proceso de investigación

será impedido por la liberación del acusado” (CIDH, Informe 2/97, párrafo 34); la Sala, en aplicación oficiosa del control de convencionalidad al que se encuentra jurídicamente obligada: “El poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana” (Corte IDH, Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C No. 154, párr. 124); habrá de proceder al amparo de la pretensión incoada por la Defensa, y en tal mérito a decretar el cese de la cautela máxima impuesta. (Subrayado en el original)

La Sala realiza control de convencionalidad *ex officio* para inaplicar al caso en estudio las limitaciones normativas al régimen de libertad provisional.

Creo que la situación es de especial relevancia para un tribunal penal que falla respecto de la libertad de una persona y que invoca en su línea argumental el control de convencionalidad de oficio.

6. Conclusiones

Como se afirmó al inicio, existen distintas formas de hacer efectivo el control de convencionalidad.

En un régimen de control concentrado de constitucionalidad como es el de Uruguay, la decisión que determina la desaplicación de una norma por contraria a la Constitución o a la Convención Americana corresponde a la Suprema Corte de Justicia con competencia originaria y exclusiva, determinada en la Constitución de la República para efectuar este tipo de declaración para el caso concreto.

Pero eso no impide que, en su tarea de aplicación del derecho, los tribunales de mérito efectúen control de convencionalidad y realicen una interpretación del derecho positivo a partir del derecho internacional de los derechos humanos.

La sentencia de un Tribunal Penal comentada parece ser una demostración de diálogo entre jurisdicciones.

He sostenido que el citado artículo 27 de la Constitución uruguaya delega en el legislador la definición de qué delitos resultan inexcusable, es decir, desconoce la función cautelar de la prisión preventiva y, a partir de la gravedad de las conductas, se produce una suerte de reproche anticipado sin reparar en el estado de inocencia, que es contrario a la Convención Americana.

En la sentencia citada, el Tribunal hace un razonamiento desde la Convención para cuestionar la legislación constitucional y legal, y entender que en aplicación de los artículos que cita del derecho convencional y de la jurisprudencia de la Corte IDH igualmente se encuentra en condiciones de otorgar la libertad provisional.

En el caso concreto falla conforme las normas invocadas: 9.3 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos, jurisprudencia y fundamentos de los fallos que cita de la Corte IDH y recomendaciones de la CIDH.

Pienso que los casos citados constituyen muestras de un avance del diálogo interjurisprudencial, respetuoso de las particularidades de cada jurisdicción. Mucho se ha hablado y escrito sobre el diálogo entre la jurisdicción de la CIDH y la de los tribunales nacionales.

En el caso de Uruguay, la CIDH ha criticado duramente, en la respectiva sentencia de seguimiento del cumplimiento del *Caso Gelman*, la decisión que declaró la inconstitucionalidad de los artículos 2 y 3 de la Ley 18.831. Estos artículos declaran como de lesa humanidad e imprescriptibles los delitos cometidos por el Estado durante la dictadura que se inició en 1973.

He sido discordante en dicha sentencia, entendiéndola que la ley no innova en el orden jurídico nacional, en cuanto, desde la primera Constitución de 1830, la Suprema Corte de Justicia tiene competencia originaria y exclusiva, entre otras, para juzgar delitos contra el derecho de gentes (art. 239, 1). Obligación en consecuencia preexistente al Estado nacional.

Ello ha llevado a que se haya dificultado el “diálogo”, que se debe entender en términos creativos y respetuosos, por eso lo calificamos como socrático. Un diálogo que se desarrolla en el marco del respeto a la jurisdicción y competencia de los tribunales supranacionales y también de los tribunales nacionales.

Es necesario tener en cuenta que los principios de subsidiariedad y de intervención *ex post* de los tribunales supranacionales ponen en los tribunales nacionales el rol de garante de los derechos humanos justamente en el momento en que estos son amenazados o vulnerados. Este rol debe ser reforzado y estimulado en la aplicación del bloque de constitucionalidad.

En la inauguración del Año Judicial Interamericano, en San José de Costa Rica, en febrero de este año, señalé al respecto:

Pensamos que el caso uruguayo es una alternativa al diálogo jurisprudencial, más allá de la obvia necesidad de un diálogo horizontal serio y respetuoso de las posiciones, que contemple la instancia socrática de intercambio real de distintas posiciones y la generación de un círculo virtuoso de más y mejor calidad en la garantía y aplicación de los derechos humanos en la región.

Reitero, solo una noción de sistema, con sus propias reglas, en un derecho común universal, regional y nacional, en que se busque la mejor protección de los derechos de las personas, permitirá un verdadero diálogo, superador de diferencias y de progreso y avance en la protección de los derechos humanos.

Bibliografía

CORREA FREITAS, Rubén, “Supremacía constitucional y control de convencionalidad en el Uruguay”, *La Justicia Uruguaya*, núm. 152, 2015.

GUARIGLIA, Carlos, *Presunción de constitucionalidad de las leyes*, Montevideo, La Ley Uruguay, 2009.

LARRIEUX, Jorge, “Diálogos judiciales y control de convencionalidad y constitucionalidad en el sistema interamericano”, *La Justicia Uruguaya*, núm. 151, 2015.

Risso, Martín, “El DIDH en la jurisprudencia reciente de la SCJ”, *Estudios Jurídicos*, núm.8, 2010.

ROJAS BETANCOURTH, Danilo, “Control de convencionalidad en Colombia. Entre el control de la Convención y su aplicación”, *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, año XXI, Bogotá, Fundación Konrad Adenauer, 2015.

VOLVER A LA TABLA DE CONTENIDO

Fernando Alberto Rey Cruz* (Colombia)

El derecho internacional de los derechos humanos en el sistema jurídico colombiano. Logros y dilemas en su aplicación**

RESUMEN

Este escrito quiere mostrar el papel protagónico que han tenido los tribunales de justicia en Colombia en la incorporación de los estándares mínimos del derecho internacional de los derechos humanos. Este hecho no ha estado desprovisto de tensiones normativas, especialmente de contradicciones entre uno y otro ordenamiento, lo que ha conllevado dificultades en la aplicación del instrumento internacional, teniendo en cuenta el principio de supremacía de la Constitución. Esto nos acerca a la discusión actual sobre el control de convencionalidad, en la que existen más preguntas que respuestas.

Palabras clave: supremacía de la Constitución, control de convencionalidad, soberanía constitucional.

ZUSAMMENFASSUNG

In diesem Beitrag soll auf die herausragende Rolle der kolumbianischen Gerichte bei der Umsetzung der Mindeststandards des internationalen Rechts der Menschenrechts eingegangen werden. Diese ist nicht frei von normativen Spannungen, insbesondere aber von Widersprüchen zwischen den beiden Ordnungen, was Schwie-

* Abogado de la Universidad Católica de Colombia, magíster en Protección Internacional de los Derechos Humanos de la Universidad de Alcalá (Madrid, España), en Derecho de la Universidad Nacional de Colombia y especialista en Derecho Constitucional y Administrativo. Profesor de la Universidad del Rosario, abogado consultor y conjuer del Tribunal Administrativo de Cundinamarca. frey@conderechos.com.

** Ponencia presentada en la Universidad de Chile, en el marco del seminario “Recepción jurisprudencial del derecho internacional de los derechos humanos en el ámbito interno: experiencias comparadas”, Santiago de Chile, 3 de diciembre de 2015, (Proyecto Fondecyt número 1150571).

rigkeiten bei der Anwendung des internationalen Instruments mit sich bringt, da sie einer Aushöhlung des Grundsatzes des Verfassungsvorrangs gleichkommt. Dies leitet zur aktuellen Diskussion über die Überprüfung der Vertragskonformität über, die mehr Fragen als Antworten anzubieten hat.

Schlagwörter: Verfassungsvorrang, Überprüfung der Vertragskonformität, Verfassungssouveränität.

ABSTRACT

This article seeks to show the leading role played by the courts in Colombia in the incorporation of minimum standards of international human rights law. This has not been devoid of normative tensions, especially of contradictions between one system and the other, which has led to difficulties in the application of the international instrument, since this would negate the principle of supremacy of the Constitution. This brings us to the current discussion about the convencionality control, in which there are more questions than answers.

Keywords: supremacy of the Constitution, convencionality control, constitutional sovereignty.

Introducción

Una de las particularidades del constitucionalismo en Colombia es su continuo reformismo. Las 15 constituciones anteriores a la de 1991 han sido catalogadas como cartas de batalla o documentos que han surgido bajo la lógica vencedores-vencidos;¹ esta es una de las causas que no ha permitido la consolidación de una de las democracias más antiguas de América Latina. De allí que la actual Constitución Política de 1991, o mejor su proceso de formación, se haya considerado como el más democrático e incluyente que ha tenido nuestra historia constitucional, lo que permite caracterizarla como un verdadero paradigma. Una de sus particularidades es que mira permanentemente hacia el derecho internacional de los derechos humanos (DIDH), para lo cual ha sido fundamental la intervención de los tribunales nacionales a fin de darles contenido a esas cláusulas constitucionales que, como ocurre con la mayoría de las que se incorporan en los instrumentos internacionales, tienen un importante grado de indeterminación, o como lo sostiene Jeremy Waldron, contienen conceptos esencialmente controvertidos.²

¹ Hernando Valencia Villa, *Cartas de batalla. Una crítica del constitucionalismo colombiano*, Bogotá, Panamericana Editorial, 2010, p. 129.

² Víctor Ferreres Comella, *Justicia constitucional y democracia*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007, p. 27. En sus palabras, “una expresión deviene controvertida (*contested*) cuando es claro que expresa un criterio normativo, pero personas distintas están en desacuerdo acerca del contenido específico de ese criterio”.

Un atributo de la Constitución colombiana de 1991 es su remisión a los tratados internacionales ratificados, lo que ha permitido en la mayoría de los casos generar un escenario de complementariedad, no solo desde lo normativo, sino también desde la jurisprudencia y las opiniones consultivas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) y los informes que emana la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH).³

En nuestro país, el discurso de los derechos humanos parte de una paradoja insuperable. La Corte Constitucional es un referente global en materia de restablecimiento de derechos fundamentales, económicos, sociales y culturales, en medio de un conflicto armado interno que entre 1958 y 2012 ha ocasionado, por lo menos, 220.000 muertes.⁴

Este documento pretende efectuar un acercamiento a algunas decisiones de la Corte Constitucional, el Consejo de Estado y la Corte Suprema de Justicia de Colombia, órganos de cierre de las diferentes jurisdicciones que se han nutrido del DIDH. Esto ha permitido tener una visión más comprehensiva de algunos debates que no hubieran logrado un nivel de desarrollo completo sólo con el marco constitucional. La Corte Constitucional colombiana es la encargada de velar por la guarda, la integridad y la supremacía de la Constitución. Dicho en otras palabras, es la autorizada para interpretar con autoridad la Constitución Política, alcance que debe ser atendido por todos los operadores judiciales y administrativos del país, ya sea porque se trata de una decisión que hace tránsito a cosa juzgada constitucional o porque es un precedente judicial en vigor aplicable en un caso concreto.⁵

Este artículo pretende mostrar cómo la fuerza motriz de los instrumentos internacionales en el sistema jurídico colombiano, bajo la función integradora e interpretativa del bloque de constitucionalidad, ha permitido una mejor visión de los debates relacionados con los derechos humanos. Con tal propósito se tomaron las decisiones judiciales más relevantes sobre verdad, justicia y reparación en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, la Corte Constitucional y el Consejo de Estado. Así mismo, se hará un acercamiento al debate actual sobre el control de convencionalidad.

La tesis que defenderé es que, por regla general, los tribunales de justicia nacionales han acogido el DIDH como un *criterio vinculante complementario*, pero que,

³ Esto sin dejar de lado las medidas cautelares que puede dictar la CIDH y las medidas provisionales de la Corte IDH.

⁴ Grupo de Memoria Histórica, *¡Basta ya! Colombia: memorias de guerra y dignidad*, Bogotá, Centro Nacional de Memoria Histórica, pp. 20 y 33. Disponible en: <http://www.centrodememoriahistorica.gov.co/descargas/informes2013/bastaYa/bastaya-colombia-memorias-de-guerra-y-dignidad-2015.pdf>.

⁵ Esta última afirmación es problemática en Colombia, pues el modelo de control de constitucionalidad que ha sido denominado difuso funcional por la Corte Constitucional, ha llevado a que otras cortes de cierre se resistan a la aplicación de las decisiones del tribunal constitucional.

en los últimos años, pareciera matizarse en algunos casos difíciles que ha resuelto la Corte Constitucional colombiana en los que ha sido evidente el conflicto normativo entre el derecho interno y el derecho internacional. Por *criterio vinculante complementario* entiendo el carácter normativo que tienen los instrumentos internacionales sobre derechos humanos en el sistema jurídico colombiano.

Para tal fin, se hará referencia (i) al modelo de incorporación formal del DIDH en el sistema jurídico colombiano; (ii) a algunas sentencias hito que dan cuenta de la recepción del DIDH en nuestro país y (iii) a los sectores históricamente marginados, discriminados o en situación de vulnerabilidad que han visto reivindicados sus derechos en razón de la aplicación de la Constitución y el DIDH.

1. Del dualismo puro de la Constitución de 1886 al monismo moderado en la Constitución Política de 1991

A partir de la Constitución Política de 1991, puede afirmarse que, en Colombia, los instrumentos internacionales sobre derechos humanos tienen eficacia normativa, lo cual no ocurría en el anterior marco constitucional de 1886.⁶ Este último incorporó un modelo de recepción *dualista puro*, lo que implicaba que, además de la aprobación y ratificación de un tratado, se debía reproducir su texto en una ley de la República, a fin de que se pudiera invocar ante los jueces de la República para que se aplicara en los casos concretos.

Esa relación entre el derecho interno y el derecho internacional se modificó sustancialmente con la Constitución de 1991, al acogerse un modelo *monista moderado*, lo que implica que una vez surtido el trámite que se establece en el marco constitucional, incluido el control de constitucionalidad previo y automático que debe efectuar la Corte Constitucional al contenido del tratado, se convierte en derecho interno que se puede invocar ante las diferentes autoridades del Estado. Claro que, como lo ha advertido esa corporación judicial, pueden existir casos en los que la indeterminación de algunas normas haga necesario que se expida una ley ordinaria con el objeto de ejecutar determinados mandatos en tanto se trata de normas *non self executing*.⁷

Algunas disposiciones de la Constitución Política colombiana referidas al derecho internacional son las siguientes: (i) el artículo 9 establece que las relaciones exteriores del Estado se fundamentan en el reconocimiento de los principios del derecho internacional aceptados; (ii) el artículo 44, al referirse a los derechos de los niños, señala que también se garantizarán los derechos consagrados en los tratados internacionales ratificados; (iii) el artículo 53 establece que los convenios internacionales del trabajo, debidamente ratificados, hacen parte de la legislación interna;

⁶ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-067 de 2003.

⁷ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-615 de 2009.

(iv) el artículo 93 dispone que los tratados y convenios internacionales ratificados que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno e indica que los derechos y deberes consagrados en esta carta se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia; (v) el artículo 94 tiene una función expansiva de los derechos humanos en tanto aquellos que no se mencionen en la Constitución ni en los convenios internacionales, no excluyen los inherentes a la persona humana; (vi) el artículo 101, que se refiere a los límites fronterizos como aquellos que están establecidos en los tratados internacionales aprobados y ratificados, y (vii) el artículo 214, que incorpora automáticamente al sistema jurídico colombiano las reglas del derecho internacional humanitario.

Esa integración entre el derecho interno y el derecho internacional se ha logrado a partir de la noción de bloque de constitucionalidad, figura que, por supuesto, puede entrar en tensión o colisión con el principio de supremacía de la Constitución en la medida en que “la pertenencia de una determinada norma internacional al llamado bloque de constitucionalidad, de manera alguna puede ser interpretada en términos de que esta última prevalezca sobre el texto fundamental”,⁸ lo que hace necesario, en palabras de la Corte Constitucional, que se adelanten “interpretaciones armónicas y sistemáticas entre disposiciones jurídicas de diverso origen”.

2. Algunos casos emblemáticos que dan cuenta de la recepción del derecho internacional de los derechos humanos

2.1. La función interpretativa e integradora del bloque de constitucionalidad. Los derechos a la verdad, a la justicia y a la reparación en la jurisprudencia colombiana

Desde sus inicios, la Corte Constitucional de Colombia se ha remitido en sus decisiones a tratados internacionales sobre derechos humanos. Es en la Sentencia C-225 de 1995 donde se establece la figura del bloque de constitucionalidad, la cual ha permitido integrar dichos instrumentos al ordenamiento jurídico. En esa ocasión, efectuó la revisión constitucional del “Protocolo adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949, relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional (protocolo II)”⁹ decisión en la que, además de reiterar el alcance y el contenido del derecho internacional humanita-

⁸ Corte Constitucional de Colombia, sentencias C-269 de 2014, C-750 de 2008, C-291 de 2007 y C-355 de 2006.

⁹ Así mismo, de la ley aprobatoria del Tratado 171 de 1994.

rio y las normas *ius cogens*,¹⁰ concluyó que para sostener la noción del bloque en el sistema jurídico colombiano, era necesario armonizar los principios de supremacía de la Constitución (art. 4) con el de prevalencia de los tratados y convenios internacionales (art. 93).

Más adelante, en las sentencias C-358 de 1997 y C-191 de 1998, la Corte precisó que el bloque tiene dos acepciones: (i) en sentido estricto, que se refiere a los contenidos normativos del derecho internacional que se integran a la Constitución, lo que implica que tengan el mismo rango constitucional, y (ii) en sentido lato, que alude a “aquellas disposiciones que tienen un rango normativo superior al de las leyes ordinarias, aunque a veces no tengan rango constitucional, como las leyes estatutarias y orgánicas, pero que sirven como referente necesario para la creación legal y para el control constitucional”.¹¹

De esta manera, el bloque de constitucionalidad como técnica de interpretación constitucional ha permitido incorporar al sistema jurídico colombiano diferentes instrumentos internacionales, entre los que cabe destacar la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH),¹² los pactos internacionales de Derechos Civiles y Políticos¹³ y de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDCP y PIDESC),¹⁴ la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura,¹⁵ la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada,¹⁶ la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio,¹⁷ los convenios 87, 98, 111, 138, 169 y 182 de la OIT,¹⁸ algunos artículos del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional,¹⁹ entre otros.

También debe indicarse que de conformidad con la cláusula del inciso primero del artículo 93 de la Constitución, los tratados internacionales que se incorporan al ordenamiento jurídico colombiano tienen una doble función: *integradora e interpretativa*. La primera, se refiere a aquellos tratados ratificados por Colombia que reconocen derechos humanos y que no permiten su limitación en los estados de excepción, caso en el cual la incorporación “es directa y puede comprender incluso

¹⁰ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-574 de 1992.

¹¹ *Idem*.

¹² Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-028 de 2006.

¹³ Corte Constitucional de Colombia, sentencias C-046 y C-537 de 2006 y C-504 de 2007, entre otras.

¹⁴ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-434 de 2010.

¹⁵ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-1076 de 2002.

¹⁶ Corte Constitucional de Colombia, sentencias C-370 de 2006 y C-580 de 2002.

¹⁷ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-488 de 2009.

¹⁸ Corte Constitucional de Colombia, sentencias SU-039 de 1997, C-170 de 2004, T-1303 de 2001, C-567 de 2000 y C-221 de 1992. Sobre los criterios para incorporar los convenios internacionales del trabajo en el bloque de constitucionalidad en sentido estricto, ver las sentencias C-401 de 2005 y SU-555 de 2014.

¹⁹ Corte Constitucional de Colombia, sentencias C-936 de 2010, C-488 y C-240 de 2009, C-291 de 2007, C-928 de 2005, C-172 de 2004, C-871 de 2003, C-1076 de 2002, entre otras.

derechos que no estén reconocidos en forma expresa con la Carta”.²⁰ Por esta vía se han incorporado al bloque en estricto sentido los tratados que definen límites del Estado (Constitución, art. 101),²¹ las normas convencionales y consuetudinarias de derecho internacional humanitario (art. 214),²² algunos tratados internacionales que reconocen derechos de los niños (art. 44) y convenios internacionales del trabajo en determinados temas (art. 53). La segunda, se apoya en el inciso segundo del mismo artículo 93 en virtud del cual algunos tratados de derechos humanos que no prohíben su limitación en los estados de excepción también hacen parte del bloque, pero no como referentes normativos directos, sino “como herramientas hermenéuticas para juzgar la legitimidad de la normatividad interna”.²³

La *función interpretativa* implica que los tratados sobre derechos humanos que están consagrados en la carta se constitucionalizan y, en los casos concretos, el intérprete se apoya en el principio de favorabilidad o principio *pro persona* (*pro homine*) para “aplicar la regulación que sea más favorable a la vigencia de los derechos humanos”.²⁴ Estos argumentos han sido utilizados por los diferentes tribunales de cierre del país, aunque debe indicarse que la dogmática más elaborada ha sido la de la Corte Constitucional, que ha hecho uso de ellos en el control de la legislación y en las acciones de tutela.

Algunas decisiones de la Corte Constitucional pueden ilustrar mejor el tema. En relación con la *función interpretativa* se puede mencionar la sentencia C-291 de 2007, en la que se declaró la inexecutable de la expresión *combatientes* –consagrada en el Código Penal colombiano– por reducir el ámbito de protección del derecho internacional humanitario (DIH). En la Sentencia C-578 de 2002 sostuvo que el ejercicio de la potestad legislativa para fijar sanciones y procedimientos de investigación y juicio de delitos como el genocidio, crímenes de lesa humanidad o crímenes de guerra, debe realizarse en forma consistente con el DIDH y el DIH, cuyo estándar mínimo fue recogido en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional. La *función integradora* se puede encontrar en la Sentencia C-047 de 2006, en la que se estudió la posibilidad de que el legislador incorporara el recurso de apelación contra las sentencias absolutorias como un desarrollo de la CADH y el PIDCP, lo cual se encamina a garantizar la efectividad de los derechos a la verdad, a la justicia y a la reparación. En la Sentencia T-477 de 1995, con base en normas de rango internacional, se protegió el derecho a la identidad sexual de un niño emasculado a quien el sistema de salud le había practicado un procedimiento quirúrgico de reasignación de sexo. Por último, la Sentencia C-148 de 2005 declaró la inexecutable del calificativo *grave* en relación con el delito de tortura, puesto

²⁰ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-488 de 2009.

²¹ Corte Constitucional de Colombia, sentencias C-1022 de 1999 y C-400 de 1998.

²² Corte Constitucional de Colombia, sentencias C-209 de 2007 y C-225 de 1995.

²³ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-063 de 2003.

²⁴ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-269 de 2014.

que la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura contiene un estándar más favorable, el cual acogió el tribunal constitucional.

Otra sentencia relevante que da cuenta de la incorporación del DIDH en Colombia es la C-228 de 2002 en la que se revisó la constitucionalidad de una norma relativa a la indemnización de la parte civil en el proceso penal. En ella se acudió a diferentes decisiones y opiniones consultivas de la Corte IDH, relativas a la obligación de los Estados de garantizar el derecho a un recurso judicial efectivo consagrado en la CADH, el PIDCP, la Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y abuso de poder de las Naciones Unidas, el Protocolo I que reconoce el derecho que asiste a las familias de conocer la suerte de sus miembros, el Estatuto de la Corte Penal Internacional, que para la época no estaba en vigor en Colombia, y los estatutos de los tribunales internacionales para Ruanda y la antigua Yugoslavia. La jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana vigente para la época consideraba que el interés que le asistía a la parte civil en el proceso penal sólo era de carácter económico, lo que descartaba la posibilidad de acceder a una reparación integral.

La consideración central que tuvo la Corte Constitucional para rectificar su jurisprudencia fue la impregnación del DIDH en el sistema jurídico colombiano, por lo que concluyó que “la víctima de un delito o los perjudicados por éste tienen derecho a participar en el proceso penal no solo para obtener el resarcimiento pecuniario, sino también para hacer efectivos sus derechos a la verdad y a la justicia”.

La primera decisión que se refirió a la justicia de transición fue la C-370 de 2006, en la que se estudió la constitucionalidad de varias disposiciones de la denominada Ley de Justicia y Paz, marco normativo en el que se apoyó el proceso de desmovilización, desarme y reintegración de grupos paramilitares. Su importancia radica en que allí se fijó el alcance de la justicia transicional como categoría autónoma, cuya mención no era expresa en la Constitución Política, pero que se podía deducir a partir de una interpretación sistemática de la carta y de tratados internacionales sobre derechos humanos. En dicha sentencia, la Corte precisó el alcance constitucional (i) del derecho a la paz (como fin que persigue la comunidad internacional y la nacional, derecho colectivo y derecho fundamental bajo ciertos aspectos), con apoyo en la carta de las Naciones Unidas, en el preámbulo de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, el preámbulo y la Carta Constitutiva de la Organización de Estados Americanos y los pactos internacionales de Derechos Civiles y Políticos, y Económicos, Sociales y Culturales; y (ii) de la justicia de transición con fundamento en los compromisos internacionales incluidos en los pactos y documentos de derechos humanos y derecho internacional humanitario, relativos a la obligación de investigar, enjuiciar y sancionar los atentados contra derechos humanos,²⁵ y en

²⁵ En este tópico, la Corte indicó que “los tratados de derechos humanos y derecho internacional humanitario no reconocen específicamente los derechos a la paz, la verdad, la justicia y la reparación, pero sí hacen relación (i) a que debe existir un recurso efectivo; (ii) al deber

la jurisprudencia de la Corte IDH como referente de la interpretación autorizada de las obligaciones internacionales.²⁶ Lo anterior llevó a esa corporación a destacar algunas obligaciones que recaen sobre el Estado colombiano, a saber: obligación de prevención, obligación de investigación, obligación de procesamiento y sanción judicial, obligación de decidir dentro de un plazo razonable, obligación de garantizar verdad, justicia, reparación integral y no repetición aun en contextos de transición a la paz, y en algunos informes de la CIDH sobre el alcance de la verdad, la justicia y la reparación en los procesos de tránsito hacia la paz.

El desarrollo que ha tenido la noción de justicia transicional y los derechos de las víctimas es nutrido en la jurisprudencia de la Corte Constitucional, siempre bajo los componentes de verdad, justicia (penal, histórica, restaurativa y administrativa) y reparación integral (individual y colectiva), donde ha sido fundamental la integración que se ha efectuado con instrumentos del DIDH y del DIH.²⁷ En el marco del proceso de paz que se viene adelantando en La Habana con la guerrilla de las FARC-EP, el tribunal constitucional ha efectuado control de constitucionalidad en dos oportunidades a la reforma constitucional que incorporó expresamente la noción de justicia transicional (Acto Legislativo 1 de 2012). En la Sentencia C-579 de 2013 precisó una serie de condiciones o exigencias para que fueran observadas por el legislador estatutario en el momento de reglamentarla, con el fin de que se garantizara la obligación internacional de investigar, juzgar y sancionar las graves violaciones de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario. En la Sentencia C-577 de 2014 consideró que la posibilidad de participación política

de los Estados de garantizar el acceso a la justicia; (iii) al deber de investigar las violaciones a los derechos humanos y al derecho internacional humanitario y (iv) a la obligación de los Estados de cooperar para la prevención y sanción de los delitos internacionales y las graves violaciones de derechos humanos”. Sin embargo, agregó que la interpretación autorizada que se ha realizado al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y a la Convención Americana sobre Derechos Humanos permite concluir que esas categorías hacen parte íntegra del DIDH, lo cual se ratifica con la Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura, la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio y el Estatuto de la Corte Penal Internacional. También se refirió al Conjunto de Principios para la protección y la promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad, proclamados en las Naciones Unidas en 1998, en tanto “conforman un marco conceptual de gran valor como fuente de derecho internacional”.

²⁶ Hizo referencia a las sentencias que decidieron los casos *Godínez Cruz contra Honduras*, *Barrios Altos contra Perú*, *Myrna Mack Chang contra Guatemala*, *Gómez Paquiyauri*, *Masacre Mapiripán contra Colombia*, *Comunidad Moiwana contra Suriname* y *Bámaca Velásquez contra Guatemala*.

²⁷ Corte Constitucional de Colombia, sentencias C-279 de 2013, C-052 de 2012 y C-771 de 2011.

de los desmovilizados de grupos al margen de la ley que hubieran cometido delitos políticos o conexos, no alteraba la estructura básica de la Constitución Política.²⁸

2.2. La reparación integral, las víctimas y otros temas relevantes en la jurisprudencia del Consejo de Estado, la Corte Constitucional y la Corte Suprema de Justicia

La responsabilidad patrimonial del Estado es uno de los ámbitos en los que ha tenido una importante influencia el DIDH, primordialmente en la jurisprudencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado colombiano.

La influencia del sistema internacional de derechos humanos (SIDH) para acoger la noción de reparación integral ha sido definitiva, lo que ha permitido complementar el concepto tradicional de indemnización pecuniaria en el resarcimiento del daño. Para el Consejo de Estado colombiano, el derecho a la reparación comprende la restitución, la indemnización, la rehabilitación, la satisfacción y las garantías de no repetición,²⁹ componentes que se deben garantizar cuando se trata de un daño antijurídico que haya ocasionado la violación de un derecho humano consagrado en el orden jurídico nacional o internacional.³⁰

Esto ha llevado a la adopción de medidas no pecuniarias con perspectiva de género en casos de violencia sexual contra la mujer. En ese ámbito, el Consejo de Estado ha dispuesto (i) que el Ministerio de Defensa diseñe e implemente programas de capacitación para los miembros del Ejército Nacional, a fin de que difundan los derechos de la mujer, análisis de circunstancias de la violencia y discriminación contra ella, su situación en el marco del conflicto armado interno y lineamientos de prevención, investigación y sanción de la violencia de la mujer, con enfoque diferencial;³¹ (ii) la publicación de sentencias “con un título respetuoso de los derechos de las víctimas y con reserva de identidad”;³² (iii) que se adopten medidas necesarias para garantizar que los casos de violencia contra la mujer que sean del conocimiento de la Policía Nacional, sean tramitados e impulsados con la debida diligencia y acata-

²⁸ Esto último en el marco del denominado *juicio de sustitución de la Constitución*. En la Sentencia C-1040 de 2005, la Corte Constitucional colombiana sostuvo que “los tratados internacionales sobre derechos humanos que integran el bloque de constitucionalidad orientan al juez constitucional en la identificación de los elementos esenciales que definen la fisonomía insustituible de la Constitución de 1991, pero no son tales tratados un referente autónomo y supraconstitucional para juzgar el contenido material de una reforma de la carta”.

²⁹ Consejo de Estado de Colombia, Sección Tercera, Sentencia de 19 de octubre de 2007, expediente 29273.

³⁰ Consejo de Estado de Colombia, Sección Tercera, Sentencia de 26 de junio de 2014, expediente 26029.

³¹ Consejo de Estado de Colombia, Sección Tercera, Sentencia de 9 de octubre de 2014, expediente 29033.

³² Consejo de Estado de Colombia, Sección Tercera, Sentencia de 22 de enero de 2014, expediente 27076.

miento de los protocolos y lineamientos jurídicos nacionales e internacionales; (iv) que la Fiscalía General de la Nación adopte los correctivos necesarios para evitar que se incurra en conductas discriminatorias o en prejuicios de género al adelantar investigaciones, especialmente en el momento de interrogar a las víctimas y a los testigos; (v) que la Alta Consejería para la Equidad de la Mujer promueva políticas públicas encaminadas a la prevención, investigación y sanción de la violencia contra la mujer en todas las instancias del poder público;³³ (vi) actos solemnes de presentación de excusas públicas; (vii) exhortaciones al Gobierno nacional para que, si lo considera pertinente, solicite una opinión consultiva a la Corte IDH;³⁴ (viii) que se impartan cursos a los jueces, a fin de que accedan a información sobre los derechos de las víctimas, con énfasis en las víctimas de violencia sexual, que garanticen una adecuada protección y atención a las mujeres que padecen este tipo de violencia,³⁵ y (ix) exhortaciones para que se adopten medidas con el fin de reforzar el respeto a la dignidad de la mujer en la atención ginecoobstétrica, así como el respeto a su integridad física y a la consolidación de la conciencia de que la mujer es un sujeto de especial protección.³⁶

La Corte Constitucional no ha sido ajena a esta tipología de medidas simbólicas. En un caso de discriminación por orientación sexual e identidad de género en ambientes escolares en el que un joven se suicidó debido al acoso y a la intimidación de sus compañeros de colegio, esa corporación adoptó medidas de este tipo para evitar futuras violaciones de los derechos fundamentales.³⁷ Entre las medidas que adoptó, en las que se incorporan elementos de justicia restaurativa, están: (i) la realización de un acto público de desagravio en el que se reconozcan las virtudes del joven y se reconozca el respeto que se le debía brindar a su proyecto de vida, (ii) concesión del grado póstumo, (iii) instalación y develación de una placa en su memoria, (iv) una declaración pública por parte de las autoridades del establecimiento educativo en la que se reconozca que la orientación sexual del joven debía ser respetada en el ámbito educativo y que los foros educativos son espacios de tolerancia y respeto encaminados a construir un ciudadano respetuoso de las diversas posturas y comprometido con la igualdad en la diferencia; (vi) una declaración del Gobierno nacional, en cabeza del Ministerio de Educación Nacional, en la que se comprometa de manera pública a desarrollar acciones, en el marco del Programa para la Educación

³³ Consejo de Estado de Colombia, Sección Tercera, Sentencia de 9 de octubre de 2014, expediente 40411.

³⁴ Consejo de Estado de Colombia, Sección Tercera, Sentencia de 24 de octubre de 2014, expediente 25981.

³⁵ Consejo de Estado de Colombia, Sección Tercera, Sentencia de 5 de abril de 2013, expediente 21781.

³⁶ Consejo de Estado de Colombia, Sección Tercera, Sentencia de 28 de febrero de 2013, expediente 26303.

³⁷ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-478 de 2015. También pueden consultarse las sentencias T-141 de 2015, T-366 de 2013, T-677 de 2014 y T-088 de 2008.

Sexual y Construcción de Ciudadanía, para promover el respeto por la diversidad sexual en los colegios; (v) se ordenó la creación del Sistema Nacional de Convivencia Escolar y (vi) la difusión de la sentencia en todos los despachos judiciales del país, para que apliquen en casos de acoso escolar, institucional o particular, las medidas preventivas necesarias de acuerdo con el Sistema Nacional de Convivencia Escolar y la obligación de proteger el derecho a la educación de los menores, así como garantizar que el mismo sea un espacio de respeto por la diversidad, la pluralidad y la igualdad en la diferencia.

Como se puede apreciar, los componentes de la reparación integral desarrollados por la Corte IDH en sus sentencias se han ido incorporando de manera decidida en las decisiones de algunos tribunales de justicia de Colombia, lo que ha permitido generar un escenario diferente de reflexión por parte de las autoridades y de los particulares en torno a la garantía y protección de los derechos humanos.

Por razones del conflicto armado interno, un tema que ha debido ser analizado por los tribunales de justicia del país es el relativo a los derechos de las víctimas del conflicto. La Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia también sostenía que la intervención de las víctimas en el proceso penal sólo tenía por objeto el resarcimiento económico, jurisprudencia que rectificó justamente a raíz de la precitada Sentencia C-370 de 2006, emanada de la Corte Constitucional.

En Sentencia del 11 de julio de 2007, esa corporación judicial, al estudiar un caso relacionado con la Ley 975 de 2006 (marco normativo transicional para los grupos de autodefensas), hizo hincapié en la efectiva reparación del daño, en que se conozca la verdad y que haya una tutela judicial efectiva, nueva orientación jurisprudencial que se apoyó en los artículos 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 25 y 63.1 de la CADH, así como en el *Conjunto de Principios para la protección y promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad*, y del alcance que se les ha dado en la jurisprudencia interamericana³⁸.

Del mismo modo, en la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia se observa una permanente remisión a los convenios internacionales del trabajo, aun cuando no se hace mayor análisis de ellos, en temas como (i) la estabilidad laboral reforzada de la mujer en estado de embarazo,³⁹ (ii) la discriminación en las

³⁸ Expediente 26.945.

³⁹ En Sentencia de 25 de marzo de 2015, radicación 38239, ese tribunal de justicia precisó su jurisprudencia respecto del fuero constitucional de maternidad cuando la vinculación laboral ha tenido lugar por medio de un contrato a término fijo, rectificación que se apoyó en instrumentos internacionales y en la Sentencia SU-070 de 2013 de la Corte Constitucional colombiana. Al respecto, dijo: “Como conclusión, la Corte precisa su jurisprudencia en cuanto a que, en el ámbito de los contratos de trabajo a término fijo, la finalización del vínculo por la expiración del plazo fijo pactado debe postergarse mientras dure el embarazo de la trabajadora y por el término de la licencia de maternidad posparto. Culminado ese lapso, si la intención no es la de prorrogarla, la vinculación debe fenecer sin formalidades adicionales. Asimismo, si el empleador hace efectiva la desvinculación durante el referido lapso, sin tener en cuenta el tiempo de protección a la maternidad, debe entenderse que el contrato de trabajo permaneció

relaciones laborales en razón de salarios y prestaciones desiguales entre iguales,⁴⁰ (iii) la aplicación del principio de la condición más beneficiosa,⁴¹ (iv) el alcance de la negociación colectiva de los servidores públicos⁴² y (v) el principio de progresividad en materia pensional,⁴³ solo por mencionar unos pocos temas.

2.3. El control de convencionalidad. Debate actual en la jurisprudencia de la Corte Constitucional y el Consejo de Estado

Desde el *Caso Almonacid Arellano vs. Chile*, la Corte IDH ha venido definiendo los contornos del control de convencionalidad, el cual consiste en el deber de todas las autoridades de verificar la compatibilidad de las normas y demás prácticas internas con la CADH, la jurisprudencia de ese tribunal internacional y los demás instrumentos internacionales del sistema. Aunque en principio pareciera ser un parámetro de fácil aplicación por los operadores administrativos y judiciales, en la práctica se han venido presentando algunas dificultades que han suscitado una suerte de *soberanismo constitucional*, soportado en el principio de supremacía de la Constitución.⁴⁴

En el caso colombiano, la recepción del control de convencionalidad en los tribunales internos tiene un rostro bifronte. La jurisprudencia de la Corte Constitucional aún se resiste a tomar como propia la expresión, y ha optado por la armonización entre las normas internas y las normas interamericanas para decidir casos de control de la legislación y de protección de derechos fundamentales, todo bajo el paraguas del principio de supremacía de la Constitución. Por su parte, el Consejo de Estado ha acogido íntegramente la noción y considera que debe, en efecto, aplicar las normas convencionales en el momento de decidir casos concretos. Un breve acercamiento a algunas decisiones judiciales permitirá sustentar esta afirmación.

vigente por lo menos mientras perduró el estado de embarazo y por el término de la licencia de maternidad, de manera que procede el pago de los salarios y demás prestaciones sociales dejados de percibir durante el referido lapso”.

⁴⁰ Corte Suprema de Justicia de Colombia, Sentencia de 4 de diciembre de 2012, expediente 55501.

⁴¹ Corte Suprema de Justicia de Colombia, sentencias de 25 de julio de 2012, expediente 38674, y 2 de mayo de 2012, expediente 41695.

⁴² Corte Suprema de Justicia de Colombia, sentencias de 14 de junio de 2011, expediente 39215; 17 de mayo de 2011, expediente 36888; y 15 de febrero de 2011, expediente 38303.

⁴³ Corte Suprema de Justicia de Colombia, sentencias de 17 de julio y 20 de junio de 2012, expedientes 46825 y 42540, reiteradas en la Sentencia de 20 de mayo de 2015, expediente 44865.

⁴⁴ Gustavo Zagrebelsky, al referirse a los caracteres del Estado constitucional de derecho actual que lo diferencian del Estado decimonónico, menciona que uno de ellos es la transformación de la soberanía manifestada en “la atribución de derechos a los individuos, que pueden hacerlos valer ante jurisdicciones internacionales frente a los Estados a los que pertenecen” (*El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, 4ª ed., Madrid, Trotta, 2002, p. 12).

Una de las tensiones que han resultado más difíciles de resolver en la jurisprudencia constitucional es la que se presenta entre el artículo 277-6 de la Constitución Política y el artículo 23-2 de la CADH. La primera disposición habilita al procurador general de la nación, autoridad de naturaleza administrativa, para que ejerza la vigilancia superior de la conducta oficial de quienes desempeñen funciones públicas, inclusive las de elección popular. La segunda norma establece que la ley puede reglamentar el ejercicio de los derechos de participar en la dirección de los asuntos públicos de manera directa o por medio de los representantes libremente elegidos, de votar y ser elegidos en elecciones periódicas auténticas, de acceder en condiciones generales de igualdad a las funciones públicas, exclusivamente por razones de edad, nacionalidad, residencia, idioma, instrucción, capacidad civil o mental, o condena, por juez competente, en proceso penal.

En la Sentencia C-028 de 2006, decisión anterior al *Caso Almonacid Arellano*, la Corte Constitucional colombiana efectuó el estudio de la regulación legislativa atinente al régimen de inhabilidades que se puede generar con ocasión de las decisiones disciplinarias adoptadas por el Procurador General de la Nación, en tanto autoridad administrativa, por considerarla contraria al artículo 23 de la CADH. En esa ocasión, ese tribunal sostuvo que la interpretación de los instrumentos internacionales se debe efectuar de manera sistemática y teleológica, pues “el contexto que sirve para interpretar una determinada norma de un tratado internacional, no se limita al texto del instrumento internacional del cual aquélla hace parte, sino que suele abarcar diversos tratados que guardan relación con la materia objeto de interpretación”. A su juicio, esa pauta de interpretación permite “ajustar el texto del Pacto de San José de 1969 a los más recientes desafíos de la comunidad internacional”, lo que llevó a interpretar el artículo 23-2 de la CADH, en armonía con la Convención de la Organización de Estados Americanos contra la corrupción y la Convención de las Naciones Unidas contra la corrupción, para concluir que el legislador está habilitado para establecer ese tipo de medidas con el fin de combatir la corrupción.⁴⁵

En la Sentencia C-442 de 2011, la Corte estudió una demanda de inconstitucionalidad presentada contra los delitos de injuria y calumnia consagrados en el Código Penal colombiano, por desconocer el principio de estricta legalidad y porque suponía una limitación excesiva de la libertad de expresión que no superaba el juicio de proporcionalidad. Entre los argumentos que se incluyeron para la discusión constitucional se hizo referencia a la sentencia de la Corte IDH que resolvió el *Caso Kimel vs. Argentina*, respecto del cual el tribunal constitucional estimó “que esta decisión no puede ser trasplantada automáticamente al caso colombiano en ejercicio de un control de convencionalidad que no tenga en cuenta las particularidades

⁴⁵ Se declaró la constitucionalidad de una norma del Código Disciplinario Único (Ley 734 de 2002, art. 44-1), en el que se establecen las sanciones de destitución e inhabilidad general para los servidores públicos, las cuales pueden ser impuestas por las autoridades administrativas competentes, inclusive para los funcionarios elegidos popularmente.

del ordenamiento jurídico interno, especialmente la jurisprudencia constitucional y de la Corte Suprema de Justicia que han precisado notablemente el alcance de los elementos normativos de estos tipos penales⁴⁶. A juicio de la Corte Constitucional, ha sido su jurisprudencia y la de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia la que ha precisado los contornos de estos delitos para que se tipifiquen esas conductas, en los que se ha privilegiado la protección de la libertad de expresión, sin desconocer que la tendencia del SIDH es a la despenalización de esas conductas por ser nocivas de la libertad de expresión e información, decisión que se encuentra reservada, en principio, al legislador.⁴⁶

Ulteriormente, en la Sentencia C-500 de 2014,⁴⁷ la Corte Constitucional colombiana estudió nuevamente una disposición relativa a las inhabilidades de los servidores públicos que pueden ser impuestas por el Procurador General de la Nación, facultad que para el demandante era contraria a los artículos 23 y 29 de la CADH, para lo cual se apoyó en el *Caso López Mendoza vs. Venezuela*. La decisión de esa corporación fue considerar que la Sentencia C-028 de 2006 era cosa juzgada constitucional, perdiéndose una buena ocasión para construir una dogmática relativa a la recepción de ese control de convencionalidad, en términos generales, pero de manera puntual respecto de los casos difíciles en los que se presentan colisiones, en principio, irreconciliables entre el derecho interno y el derecho internacional.⁴⁸

Así mismo, como un parámetro novedoso, sostuvo que los pronunciamientos de la Corte IDH solo obligan al Estado colombiano cuando ha sido parte en el proceso contencioso⁴⁹ y que es posible reabrir un asunto que haya sido previamente decidido

⁴⁶ De este fallo se deben destacar los salvamentos de voto de los magistrados María Victoria Calle Correa y Juan Carlos Henao Pérez. En sentir de la magistrada, “[a]sí, como la Corte Interamericana decidió que los delitos de injuria y calumnia entonces vigentes en la República Argentina eran contrarios a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, por resultar demasiado imprecisos, en esta ocasión la Corte Constitucional debía hacer lo propio con nuestros tipos penales de injuria y calumnia”. En similar sentido, el magistrado indicó: “En particular, comparto el desconcierto que produce la lectura que la mayoría de la Corte dio a la Sentencia *Kimel v. Argentina*, que aunque se referenció y reprodujo en algunos de sus apartes en el cuerpo de la sentencia, no se quiso reconocer en la doctrina del caso concreto que sentó, para los operadores jurídicos en todos los eventos en los que la indeterminación del tipo penal exista, esto es, en el estudio o aplicación del derecho penal de los países-miembro de la Convención”.

⁴⁷ Con tres salvamentos y una aclaración de voto. En resumen, para los magistrados disidentes, la Corte debió abordar el debate desde los compromisos internacionales que ha adquirido el Estado colombiano, incluidos en la CADH y en la interpretación que ha fijado la Corte IDH.

⁴⁸ En la Sentencia de Tutela SU-712 de 2013, la Corte Constitucional colombiana estudió una acción de tutela promovida por una congresista que fue destituida e inhabilitada por el Procurador General de la Nación, en la que decidió, también, aplicar la cosa juzgada constitucional contenida en la Sentencia C-028 de 2006.

⁴⁹ Una postura diferente consideró en la Sentencia C-370 de 2006, en la que sostuvo: “Por su relevancia como fuente de derecho internacional vinculante para Colombia, por tratarse de decisiones que expresan la interpretación auténtica de los derechos protegidos por la Con-

por esa corporación judicial cuando se presenten interpretaciones sobrevinientes de ese tribunal internacional, bajo el cumplimiento de unas condiciones muy estrictas.⁵⁰ De esta manera, reiteró la importancia que ha tenido la jurisprudencia de la Corte IDH para interpretar las normas de derechos humanos que están adscritas al bloque de constitucionalidad, así como el imperativo de tomar en consideración el tratado y la interpretación judicial (no hace mención expresa al control de convencionalidad), lo que supone, igualmente, una articulación de la cosa juzgada constitucional “con la necesidad de armonizar, en la mayor medida posible, los tratados internacionales en materia de derechos humanos y el derecho interno en tanto aquellos integran al bloque de constitucionalidad”. Esta circunstancia, observó la Corte, no hace posible concluir que la jurisprudencia de la Corte IDH se integre al bloque de constitucionalidad de manera automática, sino que debe ser considerada caso a caso.

De esta manera, luego de contrastar la interpretación que la Corte IDH ha efectuado del artículo 23 de la CADH en los casos *López Mendoza vs. Venezuela*, *Yatama vs. Nicaragua* y *Castañeda Gutman vs. Estados Unidos Mexicanos*, la Corte Constitucional colombiana indicó que “no es posible derivar ni del texto de la Convención Americana ni de la jurisprudencia de la Corte Interamericana una regla clara, uniforme y reiterada que tenga la aptitud para confrontar la disposición acusada”.⁵¹

Así las cosas, la jurisprudencia en vigor de la Corte Constitucional colombiana se orienta a matizar la aplicación de los instrumentos internacionales sobre derechos humanos, aun cuando allí el estándar de protección sea mayor que en el derecho interno, a lo que se agrega la relativización que ha efectuado respecto de la aplicación de la jurisprudencia interamericana, escenarios que más que armonizar el derecho interno y el derecho internacional, suponen el desconocimiento de las obligaciones internacionales que de buena fe debe cumplir el estado por intermedio de sus instituciones.

vención Americana sobre Derechos Humanos, la Corte transcribirá algunos de los apartes más relevantes de algunas de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos relativas a estándares sobre justicia, no repetición, verdad y reparación de las víctimas de los graves atentados contra el derecho internacional de los derechos humanos y el derecho internacional humanitario⁵⁰.

⁵⁰ (i) que el parámetro de control del asunto previamente examinado haya sido una norma integrada al bloque de constitucionalidad en sentido estricto; (ii) que los pronunciamientos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos hayan variado radicalmente y de forma clara el sentido de tal norma; (iii) que la nueva interpretación resulte compatible con la Constitución Política; (iv) que ofrezca un mayor grado de protección a los derechos, que el otorgado por la Constitución; (v) que se integre a la *ratio decidendi* de las decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos; y (vi) que sea uniforme y reiterada.

⁵¹ La referida Sentencia SU-712 de 2013, al analizar el fallo que resolvió el *Caso López Mendoza vs. Venezuela*, advirtió: (i) las diferencias entre las constituciones colombiana y venezolana, sobre la materia; (ii) la posibilidad que da la jurisprudencia de la Corte IDH para que se establezcan sanciones disciplinarias (asimilables en algunos casos a las penales) y como expresión del poder punitivo del Estado y (iii) la necesidad de aplicar la CADH teniendo en consideración la arquitectura institucional de cada Estado.

En el Consejo de Estado colombiano, el escenario pareciera ser menos problemático.⁵² En Sentencia del 9 de julio de 2014,⁵³ este tribunal sostuvo que los jueces internos en los casos de graves violaciones de los derechos humanos están llamados a ejercer un control de convencionalidad que no se agota con la aplicación de la normatividad internacional, sino que también incluye la interpretación autorizada que ha efectuado la Corte IDH.

Esa noción de control de convencionalidad ha sido extendida por esa corporación, del mismo modo, al ámbito contractual, al indicar que hace presencia allí “desde la perspectiva de la Convención Americana de Derechos Humanos, por cuanto, inclusive, en las relaciones contractuales se impone el respeto y primacía de los derechos y garantías allí reconocidos”.

En sentencia de unificación del 28 de agosto de 2014,⁵⁴ el Consejo de Estado colombiano fue categórico en el acogimiento de la doctrina del control de convencionalidad, al indicar: (i) el juez de daños es un juez de convencionalidad en el ordenamiento interno cuya facultad es la de revisar el cumplimiento de las obligaciones de respeto y garantía de los derechos humanos por parte de las autoridades internas; (ii) el control de convencionalidad le sirve para ejercer un control objetivo de constatación del cumplimiento de las obligaciones internacionales que está desconociendo el Estado y que pueden derivar en un daño antijurídico; (iii) conlleva una ampliación de las fuentes normativas del juicio de responsabilidad estatal, “de tal manera que la garantía patrimonial del Estado frente a los daños antijurídicos que le son imputables, comprenden, además de las obligaciones del ordenamiento jurídico interno, el cumplimiento de las obligaciones convencionales”; (iv) aun cuando hay diferencias entre los sistemas de responsabilidad internacional e interno, “hay intersecciones axiológicas comunes” y (v) concluye que la jurisdicción administrativa “se erige, ante todo, en juez de derechos humanos para proteger a todas las personas frente a los daños antijurídicos que sean imputables al Estado”.⁵⁵

⁵² Sólo hago referencia a unos pocos pronunciamientos de la Sección Tercera que estudia casos de responsabilidad contractual y extracontractual del Estado que, en esencia, reiteran la doctrina del control de convencionalidad en el marco de las violaciones del DIDH y el DIH.

⁵³ Expediente 44333. En el mismo sentido, ver la sentencia dictada el 21 de noviembre de 2013, expediente 29764.

⁵⁴ La unificación se da con el fin de establecer reglas para excepcionar los topes indemnizatorios de los perjuicios morales en casos en los que el daño antijurídico imputable al Estado tiene origen en graves violaciones de los derechos humanos e infracciones al derecho internacional humanitario.

⁵⁵ Concluye el Consejo de Estado, así: “Por consiguiente, pese a que los sistemas internacionales de protección de los derechos humanos son subsidiarios respecto de los nacionales, el juez contencioso administrativo, en aras de amparar *in extenso* a una víctima de un conflicto armado, debe incorporar en su interpretación y aplicar directamente estándares desarrollados por organismos internacionales de protección de derechos humanos, con el fin de analizar la conducta del Estado y sus agentes a la luz de las obligaciones internacionales y nacionales”.

Este sutil acercamiento a la orientación del Consejo de Estado muestra que se debe dar carácter prevalente al derecho internacional, inclusive en aquellos casos en los que se presenten contradicciones que difícilmente se pueden resolver acudiendo a la armonización.

Con todo, puede vislumbrarse una notable diferencia en la recepción que ha tenido la doctrina del control de convencionalidad en la jurisprudencia de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado, lo que haría pensar que se trata de una discusión que apenas se está iniciando con relativa intensidad en los tribunales del país y que seguramente llevará a que se precise en el futuro, en casos concretos en los que sea insuperable la contradicción entre el derecho interno y el derecho internacional, una dogmática sobre la materia que –a mi juicio– debe privilegiar el estándar mínimo consagrado en la norma de rango internacional. Por lo pronto, para el tribunal constitucional se impone el argumento de interpretación de la armonización entre uno y otro ordenamiento que, finalmente, elude el debate jurídico, bajo la noción tradicional de la soberanía que se sustenta en el principio de la no injerencia.

3. La función judicial colombiana como contención para la reivindicación de los derechos humanos

Una constante estructural de la sociedad colombiana son las profundas desigualdades, provocadas en esencia por un Estado ineficaz en el que el reparto de los beneficios no ha tenido en consideración el principio de equidad en las cargas públicas, lo que sugiere una institucionalidad muy frágil. La existencia de un conflicto armado interno de más de medio siglo, la ausencia de voluntad política para construir políticas públicas incluyentes, la corrupción que campea, el marcado carácter confesional y patriarcal de la sociedad misma, en el que el principio de laicidad genera profundas resistencias, son apenas unas de las causas que explican por qué en nuestro país la igualdad material continúa siendo una quimera.

La Constitución de 1991 ha representado para el constitucionalismo colombiano un salto cualitativo, en materia de goce efectivo de los derechos. Allí también se debe incluir la nueva lectura del tradicional sistema de fuentes, de la teoría de la interpretación y de la norma, lo que ha implicado que los jueces adquieran un papel protagónico de dimensiones incalculables que han permitido,⁵⁶ ciertamente, visibilizar sectores de la población para quienes la noción de garantía de derechos era incipiente, por no decir inexistente.

Después de 25 años de vigencia de la actual Carta Política, se puede evidenciar un panorama diferente en el restablecimiento de derechos, aunque el camino por recorrer es largo. Allí ha sido fundamental el papel de la Corte Constitucional, que

⁵⁶ Luis Prieto Sanchís, *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, Madrid, Trotta, 2009, p. 118.

desde sus primeras sentencias le ha apostado a que en el imaginario se incorpore una idea de goce efectivo de derechos, o dicho de otra manera, que no basta con la incorporación de catálogos amplios de derechos, si al final no existe voluntad, ni garantías para que a ellos se acceda en términos reales. La emblemática Sentencia T-002 de 1992, donde se establecen los criterios para determinar la fundamentalidad de un derecho, entre ellos los tratados internacionales sobre derechos humanos,⁵⁷ entendió que “el sujeto, razón y fin de la Constitución de 1991 es la persona humana. No es pues el individuo en abstracto, aisladamente considerado, sino precisamente el ser humano en su dimensión social, visto en la tensión individuo-comunidad, la razón última de la nueva Carta Política”. Por supuesto, no se pueden dejar de lado los demás tribunales de justicia, que han contribuido decididamente en el proceso de consolidación del Estado de derecho, bajo la idea de que los derechos humanos, en palabras de Jeremy Bentham, no pueden ser entendidos como quejidos impresos.⁵⁸

Algunos sectores que vienen en ese proceso de reivindicación de sus derechos son las mujeres, los niños y las niñas, los pueblos étnicos, la población hacinada en las cárceles del país, los defensores y defensoras de derechos humanos, las víctimas del conflicto armado interno, las personas en situación de discapacidad, el servicio doméstico, la población LGTBI y los recicladores en el servicio de aseo, entre otros. Veamos algunos ellos.

La impregnación que ha tenido la protección y el goce efectivo de los derechos humanos en los Estados constitucionales de derecho contemporáneos ha llevado a que los jueces tengan una visión más comprehensiva de las soluciones que se pueden plantear respecto de violaciones masivas de los mismos, o a problemas endémicos que requieren medidas más allá del caso concreto. Este parámetro ha mostrado que frente a problemas estructurales se pueden plantear remedios del mismo tipo, lo cual se enmarca en el denominado constitucionalismo dialógico, en el que el propósito judicial es provocar una comunicación abierta y sensata entre diferentes autoridades del poder público, sin que ello se deba entender como una intromisión excesiva del juez constitucional que pueda comprometer el principio de separación de funciones, pues la función del juez se orienta a dictar órdenes complejas y a monitorear, con razones constitucionales, el diseño e implementación de esas políticas generales.

El constitucionalismo colombiano ha sido un referente global con las declaraciones de estados de cosas inconstitucionales (ECI) cuando advierte violaciones masivas y sistemáticas de derechos fundamentales de un determinado sector, pues ellas han servido de base, en buena medida, para que se dicten sentencias y autos estructurales. En este contexto, la Corte Constitucional colombiana ha declarado

⁵⁷ Desde sus inicios, la Corte Constitucional sugirió una interpretación sistemática de las normas constitucionales a la luz de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, “norma jurídica vinculante en el derecho interno”.

⁵⁸ Amartya Sen, *La idea de la justicia*, trad. de Hernando Valencia Villa, Bogotá, Taurus, 2010, p. 389.

formalmente el ECI en nueve oportunidades,⁵⁹ sin dejar de lado otros casos, sin haberlo dicho, como ocurrió con el sistema de salud⁶⁰ y los recicladores,⁶¹ habitantes de la calle,⁶² en los que ha dictado órdenes complejas.

La reivindicación de los derechos de la mujer ha sido un asunto abordado en pocas oportunidades por los tribunales de justicia del país. La protección que se ha venido alcanzando en un contexto de sociedad patriarcal profundamente marcado, además de apoyarse en el marco normativo interno,⁶³ ha tenido como parámetro interpretativo o integrador la Convención para la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW), la Declaración y Plataforma de Acción de Beijing (China, 1995), la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, “Convención de Belém do Pará”, el Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, y el Protocolo Facultativo de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer.⁶⁴

Justamente, uno de los autos estructurales que ha dictado la Corte Constitucional colombiana en el seguimiento a la superación del estado de cosas inconstitucional en materia de desplazamiento forzado es el 092 de 2008, en el que se identificaron diez *riesgos* de género o diez factores de vulnerabilidad específicos a los que se expo-

⁵⁹ Los estados de cosas inconstitucionales que ha declarado la Corte han sido: Sentencia SU-559 de 1997 (omisión de dos municipios a afiliar a los docentes al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio a pesar de que se les hacían los descuentos para pensiones y prestaciones sociales previstos en la ley); sentencias T-068 de 1998 y T-1234 de 2008 (atraso sistemático en las respuestas a las peticiones pensionales en el régimen de prima media con prestación definida administrado por la Caja Nacional de Previsión Social); sentencias T-153 de 1998 y T-388 de 2013 (hacinamiento del sistema penitenciario y carcelario del país); sentencias T-606 y T-607 de 1998 (falta de un sistema de seguridad social en salud para los sindicatos y reclusos); Sentencia T-590 de 1998 (omisión en la protección de la vida de los defensores y defensoras de derechos humanos); sentencias T-525 de 1999 y SU-090 de 2000 (mora habitual en el pago de las mesadas pensionales, durante un período prolongado de tiempo en los departamentos de Bolívar y Chocó); sentencias SU-250 de 1998, T-1695 de 2000, C-421 y C-076 de 2006 y SU-913 de 2009 (omisión en la convocatoria de un concurso público de méritos para el nombramiento en propiedad de los notarios); Sentencia T-025 de 2004 (desplazamiento forzado por la violencia) y los autos 110, 202, 320 de 2013 y 259 de 2014 (insiste en el atraso sistemático en la respuesta a las peticiones pensionales presentadas a la administradora de pensiones del régimen de prima media). La Sentencia T-774 de 2015 declaró superado el ECI en el régimen de prima media.

⁶⁰ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-760 de 2008.

⁶¹ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-724 de 2003 y autos 275 y 189 de 2011 y 268 de 2010.

⁶² Corte Constitucional de Colombia, sentencias T-092 y T-043 de 2015.

⁶³ Leyes 1257 de 2008 y 294 de 1996.

⁶⁴ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-776 de 2010.

nen las mujeres en el marco del conflicto armado interno, que suponen un impacto diferencial y que, por regla general, no son compartidos por los hombres.⁶⁵

En un reciente caso de violencia sexual contra la mujer en el marco del conflicto armado perpetrado por miembros de la Fuerza Pública, el Consejo de Estado colombiano, al referirse a la especial protección de género que las autoridades deben garantizar a la mujer, tuvo en consideración la precitada Convención de Belém do Pará, informes de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos⁶⁶ y las sentencias de la Corte IDH que decidieron los casos *González y otras* (“*Campo Algodonero*”) *contra México*, del *Penal Miguel Castro Castro contra Perú* y *Vargas Areco contra Paraguay*, en los que se precisó el alcance y la interpretación del derecho a la integridad personal de la mujer, que impone una obligación de abstención (los agentes del Estado deben velar por que no se vulnere), así como una obligación de hacer (adoptar las medidas apropiadas para protegerlo y preservarlo), “deberes [que] se tornan en una ‘obligación reforzada’ cuando se trata de prevenir y proteger a la mujer contra cualquier forma de violencia o discriminación en su contra, en atención al artículo 7 de la Convención de Belém do Pará”. Este tipo de delitos en Colombia suponen una revictimización de género, en tanto se ha logrado determinar, por ejemplo, que las autoridades judiciales efectúan intromisiones abusivas al derecho a la intimidad, sobre la base de prejuicios y estereotipos sociales de naturaleza patriarcal, en las que

⁶⁵ Esos riesgos que identificó la Corte son: (i) el riesgo de violencia sexual, explotación sexual o abuso sexual en el marco del conflicto armado; (ii) el riesgo de explotación o esclavización para ejercer labores domésticas y roles considerados femeninos en una sociedad con rasgos patriarcales, por parte de los actores armados ilegales; (iii) el riesgo de reclutamiento forzado de sus hijos e hijas por los actores armados al margen de la ley, o de otro tipo de amenazas contra ellos, que se hace más grave cuando la mujer es cabeza de familia; (iv) los riesgos derivados del contacto o de las relaciones familiares o personales –voluntarias, accidentales o presuntas– con los integrantes de alguno de los grupos armados ilegales que operan en el país o con miembros de la Fuerza Pública, principalmente por señalamientos o retaliaciones efectuados *a posteriori* por los bandos ilegales enemigos; (v) los riesgos derivados de su pertenencia a organizaciones sociales, comunitarias o políticas de mujeres, o de sus labores de liderazgo y promoción de los derechos humanos en zonas afectadas por el conflicto armado; (vi) el riesgo de persecución y asesinato por las estrategias de control coercitivo del comportamiento público y privado de las personas que implementan los grupos armados ilegales en extensas áreas del territorio nacional; (vii) el riesgo por el asesinato o desaparición de su proveedor económico o por la desintegración de sus grupos familiares y de sus redes de apoyo material y social; (viii) el riesgo de ser despojadas de sus tierras y su patrimonio con mayor facilidad por los actores armados ilegales dada su posición histórica ante la propiedad, especialmente las propiedades inmuebles rurales; (ix) los riesgos derivados de la condición de discriminación y vulnerabilidad acentuada de las mujeres indígenas y afrodescendientes; y (x) el riesgo por la pérdida o ausencia de su compañero o proveedor económico durante el proceso de desplazamiento.

⁶⁶ CIDH, “Los derechos de la mujer”, *Tercer informe sobre la situación de los derechos humanos en Colombia*, OEA/Ser.L/V/II.102. Doc. 9, rev. 1, 26 de febrero de 1999, y *Acceso a la justicia para las mujeres víctimas de violencia en las Américas*, Washington, OEA/Ser.L/V/II. Doc. 68, 20 de enero de 2007, párr. 42.

se culpa a la mujer por la violencia sufrida o se sospecha de su conducta, su vestuario o cualquier otro factor, una justificación o, al menos, una explicación plausible del hecho violento, lo que supone, además, actos discriminatorios.

Decisiones igualmente relacionadas con la estabilidad laboral reforzada de la mujer embarazada,⁶⁷ celos enfermizos como una expresión de violencia psicológica contra la mujer,⁶⁸ protección del derecho de participación política, aun cuando seguimos bajo la idea del *techo de cristal*,⁶⁹ acciones afirmativas que buscan cerrar las brechas de desigualdad entre los hombres y las mujeres,⁷⁰ la despenalización del aborto en tres supuestos,⁷¹ el principio de progresividad en prestaciones asistenciales,⁷² son unos pocos casos que han debido resolver los tribunales de justicia colombianos.

Una mención especial debe hacerse también de los grupos étnicos. Antes de la Constitución Política de 1991, la segregación que descansaba sobre esta población era de unas dimensiones incalculables, al punto que la poca legislación vigente del siglo XIX (Ley 89 de 1890) les daba el calificativo de *salvajes* a los pueblos indígenas, y solo hasta el año 1996 fue declarada inconstitucional por el tribunal constitucional.⁷³

Una de las construcciones más significativas de la jurisprudencia constitucional es la que tiene que ver con la consulta previa y el consentimiento previo, libre e informado de los pueblos étnicos (pueblos indígenas, población afrocolombiana y gitanos).⁷⁴ Aun cuando en la Constitución Política se incorporan contenidos normativos que privilegian la protección de sus derechos (bastaría con la cláusula de la igualdad material), ha sido por vía del bloque de constitucionalidad en su función integradora como se ha dado contenido a este derecho, catalogado como *fundamental colectivo*, cuyo principal fundamento normativo de derecho internacional es el Convenio 169 de 1991.⁷⁵ Del mismo modo, ha dicho que la Declaración de las

⁶⁷ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia SU-070 de 2013.

⁶⁸ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-967 de 2014.

⁶⁹ Corte Constitucional de Colombia, sentencias C-804 de 2006 y C-371 de 2000.

⁷⁰ Corte Constitucional de Colombia, sentencias C-667 de 2006, C-184 de 2003 y C-408 de 1996.

⁷¹ Corte Constitucional de Colombia, sentencias T-388 de 2009, T-209 de 2008 y C-355 de 2006.

⁷² Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-776 de 2010.

⁷³ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-139 de 1996.

⁷⁴ Corte Constitucional de Colombia, sentencias C-389 de 2016, C-217 de 2015, C-359 de 2013, C-253 de 2013, T-376 de 2012, T-129 de 2011, C-615 y C-175 de 2009, C-030 de 2008, SU-383 de 2003, C-169 de 2001, T-652 de 1998 y SU-039 de 1997.

⁷⁵ Con esta integración normativa se ha podido determinar (i) que el ámbito de aplicación de la consulta previa no se circunscribe a las comunidades indígenas, sino que se extiende a los pueblos tribales o étnicos en general; (ii) el tipo de decisiones que deben ser objeto de consulta (administrativas y legislativas); (iii) la finalidad de la consulta; y (iv) las características del proceso de consulta (Fernando Alberto Rey Cruz, *El derecho a la consulta previa en perspectiva neoconstitucional. Un acercamiento a la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana*, tesina para optar por el título de magister en Derechos Humanos de la Universidad de Alcalá, Madrid, 2012).

Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas tiene fuerza vinculante directa por cuanto reproduce y profundiza los contenidos de instrumentos internacionales sobre derechos humanos que hacen parte de la legislación interna.⁷⁶

Para terminar, no se puede dejar de mencionar a la población LGTBI, que ha encontrado en la Corte Constitucional a su principal aliada para superar la discriminación histórica estatal y social que ha recaído sobre ella, todo bajo un manto moral que tiene como principal fundamento el confesionalismo. Las principales sentencias dictadas, y que abarcan diferentes áreas, son: (i) C-075 de 2007, en la que se dispone que el régimen de las sociedades patrimoniales de hecho se debe extender, también, a las uniones homosexuales; (ii) C-811 de 2007, en la que se extienden los beneficios del plan obligatorio de salud a los compañeros permanentes del afiliado que conformen una unión homosexual; (iii) C-336 de 2008, en la que se amplían los beneficios del sistema pensional, entendiéndose que también son beneficiarios de la pensión de sobrevivientes las parejas del mismo sexo del pensionado fallecido; (iv) C-798 de 2008, en la que se declara que el delito de inasistencia alimentaria comprende a los integrantes de las parejas del mismo sexo; (v) C-029 de 2009, en la que se revisó la constitucionalidad de normas sobre los beneficiarios de la seguridad social y de las prestaciones sociales, el régimen de inhabilidades e incompatibilidades de los servidores públicos y para la contratación estatal, la adquisición y la pérdida de la nacionalidad, las medidas administrativas de protección a la familia, los bienes afectados a la vivienda familiar, los destinatarios de las medidas para la prevención del desplazamiento forzado, las circunstancias de agravación y de disminución punitiva establecidas en función de las relaciones familiares, el contenido de los delitos cuyo objeto es la protección de la familia, respecto de las cuales el tribunal constitucional advirtió la existencia de un déficit de protección constitucional para las parejas del mismo sexo; (vi) SU-617 de 2014, en la que autoriza la adopción cuando la madre o el padre biológico del menor consiente que su compañero permanente sea adoptante, siempre y cuando demuestre una convivencia ininterrumpida mínima de dos años;⁷⁷ (vii) C-683 de 2015, en la que se habilita la adopción de niños por parejas del mismo sexo, en virtud del interés superior del menor;⁷⁸ y (viii) SU-214 de 2016, en la que se garantiza el matrimonio igualitario entre parejas del mismo sexo.

⁷⁶ Corte Constitucional de Colombia, sentencias T-548 de 2013 y T-376 de 2012.

⁷⁷ Así lo establece el Código de la Infancia y la Adolescencia colombiano en el artículo 68.5.

⁷⁸ Esta decisión tuvo en consideración que los estudios científicos y las pruebas que se aportaron al proceso demostraron que la adopción de parejas del mismo sexo no genera afectaciones al desarrollo integral de los niños. De otra parte, que de conformidad con la Constitución, los tratados internacionales sobre derechos humanos, la jurisprudencia internacional y la jurisprudencia de la misma Corte Constitucional, “la orientación sexual de una persona, o su sexo, no son por sí mismos indicadores de falta de idoneidad moral, física o mental para adoptar; de modo que impedir que un niño tenga una familia, fundándose para ello únicamente en la orientación sexual o el sexo de una persona o de una pareja, representa

Aun cuando este acercamiento se hizo fundamentalmente a decisiones de la Corte Constitucional, es posible demostrar que la reivindicación de los derechos fundamentales de sujetos de especial protección constitucional ha sido a través de la función judicial, lo que ha tenido como principal dique la aplicación de los estándares mínimos del DIDH.

4. Conclusiones

La Constitución Política colombiana de 1991 es un documento que por vía de las normas de recepción les da entrada a los tratados y convenios internacionales sobre derechos humanos, los cuales han sido reconocidos como parámetros de control tanto en su función integradora como interpretativa. Esto lleva a entender que la integración de los ordenamientos jurídicos nacionales e internacionales plantea permanentes tensiones que, en la mayoría de los casos, se han resuelto con argumentos de armonización o sistemáticos. No parece ocurrir lo mismo cuando se trata de contradicciones, pues allí la doctrina del control de convencionalidad sugiere que debe privilegiarse el derecho internacional, lo que ha ido generando una inconstante *resistencia constitucional*.

El fenómeno de la constitucionalización del derecho internacional o de la internacionalización del derecho constitucional pareciera apuntar a la incorporación de nuevas figuras a los sistemas jurídicos tales como la cosa juzgada internacional, la excepción de inconventionalidad, el derecho viviente convencional, entre otras, las cuales aún se encuentran en proceso de incorporación y de asimilación en el lenguaje jurídico.

La reivindicación de los derechos humanos es un gran desafío de los Estados contemporáneos, que deben tener como premisa que su reconocimiento formal no es suficiente para que se garantice su goce efectivo; se hace necesario incorporar cambios sustanciales en la cultura política, jurídica, social, educativa y doméstica, a fin de que se puedan superar esas prácticas discriminatorias que aún continúan tan arraigadas y en las que siempre los más débiles ven frustradas sus aspiraciones de alcanzar una igualdad material. La realización de los derechos humanos no puede quedar en utopía.

Bibliografía

CIDH, “Los derechos de la mujer”, *Tercer informe sobre la situación de los derechos humanos en Colombia*, OEA/Ser.L/V/II.102. Doc. 9, rev. 1, 26 de febrero de 1999.

una restricción inaceptable de los derechos del niño, y es entonces además contrario al interés superior, protegido por la Constitución y los instrumentos que se integran a ella”.

- _____, *Acceso a la justicia para las mujeres víctimas de violencia en las Américas*, Washington, OEA/Ser.L/V/II. Doc. 68, 20 de enero de 2007.
- CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, sentencias T-002, 8 de mayo de 1992, M. P. Alejandro Martínez Caballero, C-221, 29 de mayo de 1992, M. P. Alejandro Martínez Caballero, C-574, 28 de octubre de 1992, M. P. Ciro Angarita Barón, C-225, 18 de mayo de 1995, M. P. Alejandro Martínez Caballero, T-477, 23 de octubre de 1995, M. P. Alejandro Martínez Caballero, C-139, 9 de abril de 1996, M. P. Carlos Gaviria Díaz, C-408, 4 de septiembre de 1996, M. P. Alejandro Martínez Caballero, SU-039, 3 de febrero de 1997, M. P. Antonio Barrera Carbonell, C-358, 5 de agosto de 1997, M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz, SU-559, 6 de noviembre de 1997, M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz, T-068, 5 de marzo de 1998, M. P. Alejandro Martínez Caballero, T-153, 28 de abril de 1998, M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz, C-191, 6 de mayo de 1998, M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz, SU-250, 26 de mayo de 1998, M. P. Alejandro Martínez Caballero, C-400, 10 de agosto de 1998, M. P. Alejandro Martínez Caballero, T-590, 20 de octubre de 1998, M. P. Alejandro Martínez Caballero, T-606, 27 de octubre de 1998, M. P. José Gregorio Hernández Galindo, T-607, 27 de octubre de 1998, M. P. José Gregorio Hernández Galindo, T-652, 10 de noviembre de 1998, M. P. Carlos Gaviria Díaz, T-525, 23 de julio de 1999, M. P. Carlos Gaviria Díaz, C-1022, 16 de diciembre de 1999, M. P. Alejandro Martínez Caballero, SU-090, 2 de febrero de 2000, M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz, C-371, 29 de marzo de 2000, M. P. Carlos Gaviria Díaz, C-567, 17 de mayo de 2000, M. P. Alfredo Beltrán Sierra, T-1695, 7 de diciembre de 2000, M. P. Martha Victoria SÁCHICA Méndez, C-169, 14 de febrero de 2001, M. P. Carlos Gaviria Díaz, T-1303, 6 de diciembre de 2001, M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra, C-228, 3 de abril de 2002, M. P. Manuel José Cepeda Espinosa y Eduardo Montealegre Lynett, C-578, 30 de julio de 2002, M. P. Manuel José Cepeda Espinosa, C-580, 31 de julio de 2002, M. P. Rodrigo Escobar Gil, C-1076, 5 de diciembre de 2002, M. P. Clara Inés Vargas Hernández, C-063, 4 de febrero de 2003, M. P. Clara Inés Vargas Hernández, C-067, 4 de febrero de 2003, M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra, C-184, 4 de marzo de 2003, M. P. Manuel José Cepeda Espinosa, SU-383, 13 de mayo de 2003, M. P. Álvaro Tafur Galvis, T-724, 20 de agosto de 2003, M. P. Jaime Araújo Rentería, C-871, 30 de septiembre de 2003, M. P. Clara Inés Vargas Hernández, T-025, 22 de enero de 2004, M. P. Manuel José Cepeda Espinosa, C-170, 2 de marzo de 2004, M. P. Rodrigo Escobar Gil, C-172, 2 de marzo de 2004, M. P. Jaime Córdoba Triviño, C-148, 22 de febrero de 2005, M. P. Álvaro Tafur Galvis, C-401, 14 de abril de 2005, M. P. Manuel José Cepeda Espinosa, C-928, 6 de septiembre de 2005, M. P. Jaime Araújo Rentería, C-1040, 19 de octubre de 2005, M. P. Manuel José Cepeda Espinosa, M. P. Rodrigo Escobar Gil, M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra, M. P. Humberto Antonio Sierra Porto, M. P. Álvaro Tafur Galvis, M. P. Clara Inés Vargas Hernández, C-028, 26 de enero de 2006, M. P. Humberto Antonio Sierra Porto, C-046, 1 de febrero de 2006, M. P. Álvaro Tafur Galvis, C-047, 1 de febrero de 2006, M. P. Rodrigo Escobar Gil,

C-076, 8 de febrero de 2006, M. P. Jaime Córdoba Triviño, C-355, 10 de mayo de 2006, M. P. Jaime Araújo Rentería, M. P. Clara Inés Vargas Hernández, C-370, de 2006, M. P. Clara Inés Vargas Hernández, C-421, 31 de mayo de 2006, M. P. Álvaro Tafur Galvis, C-537, 12 de julio de 2006, M. P. Humberto Antonio Sierra Porto, C-667, 16 de agosto de 2006, M. P. Jaime Araújo Rentería, C-804, 27 de septiembre de 2006, M. P. Humberto Antonio Sierra Porto, C-075, 7 de febrero de 2007, M. P. Rodrigo Escobar Gil, C-291, 25 de abril de 2007, M. P. Manuel José Cepeda Espinosa, C-209, 21 de marzo de 2007, M. P. Manuel José Cepeda Espinosa, C-504, 4 de julio de 2007, M. P. Clara Inés Vargas Hernández, C-811, 3 de octubre de 2007, M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra, C-030, 23 de enero de 2008, M. P. Rodrigo Escobar Gil, T-088, 5 de febrero de 2008, M. P. Jaime Araújo Rentería, T-209, 28 de febrero de 2008, M. P. Clara Inés Vargas Hernández, T-376, 18 de mayo de 2012, M. P. María Victoria Calle Correa, C-336, 16 de abril de 2008, M. P. Clara Inés Vargas Hernández, C-750, 24 de julio de 2008, M. P. Clara Inés Vargas Hernández, C-798, 20 de agosto de 2008, Jaime Córdoba Triviño, T-1234, 10 de diciembre de 2008, M. P. Rodrigo Escobar Gil, C-029, 28 de enero de 2009, M. P. Rodrigo Escobar Gil, C-240, 1 de abril de 2009, M. P. Mauricio González Cuervo, T-388, 28 de mayo de 2009, M. P. Humberto Antonio Sierra Porto, C-488, 22 de julio de 2009, M. P. Jorge Iván Palacio Palacio, T-760, 31 de julio de 2008, M. P. Manuel José Cepeda Espinosa, C-175, 18 de marzo de 2009, M. P. Luis Ernesto Vargas Silva, C-615, 2 de septiembre de 2009, M. P. Humberto Antonio Sierra Porto, SU-913, 11 de diciembre de 2009, M. P. Juan Carlos Henao Pérez, C-434, 2 de junio de 2010, Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, C-776, 29 de septiembre de 2010, M. P. Jorge Iván Palacio Palacio, C-936, 23 de noviembre de 2010, M. P. Luis Ernesto Vargas Silva, T-129, 3 de marzo de 2011, M. P. Jorge Iván Palacio Palacio, C-442, 25 de mayo de 2011, M. P. Humberto Antonio Sierra Porto, C-771, 13 de octubre de 2011, M. P. Nilson Pinilla, C-052, 8 de febrero de 2012, M. P. Nilson Pinilla Pinilla, T-376, 18 de mayo de 2012, M. P. María Victoria Calle Correa, SU-070, 13 de febrero de 2013, M. P. Alexei Julio Estrada, C-279, 15 de mayo de 2013, M. P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, SU-712, 17 de octubre de 2013, M. P. Jorge Iván Palacio Palacio, C-253, 25 de abril de 2013, M. P. Mauricio González Cuervo, C-359, 26 de junio de 2013, M. P. Jorge Iván Palacio Palacio, T-366, 27 de junio de 2013, M. P. Alberto Rojas Ríos, T-388, 28 de junio de 2013, M. P. María Victoria Calle Correa, T-548, 22 de agosto de 2013, M. P. María Victoria Calle Correa, C-269, 2 de mayo de 2014, M. P. Mauricio González Cuervo, C-500, 16 de julio de 2014, M. P. Mauricio González Cuervo, SU-555, 24 de julio de 2014, M. P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, SU-617, 28 de agosto de 2014, M. P. Luis Guillermo Guerrero Pérez, T-677, 10 de septiembre de 2014, M. P. Jorge Iván Palacio Palacio, T-967, 15 de diciembre de 2014, M. P. Gloria Stella Ortiz Delgado, T-043, 4 de febrero de 2015, M. P. Jorge Iván Palacio Palacio, T-092, 5 de marzo de 2015, M. P. Gloria Stella Ortiz Delgado, T-141, 27 de marzo de 2015, M. P. María Victoria Calle Correa, C-217, 22 de abril de 2015, M. P. Martha Victoria Sáchica

Méndez, T-478, 3 de agosto de 2015, M. P. Gloria Stella Ortiz Delgado, C-683, 4 de noviembre de 2015, M. P. Jorge Iván Palacio Palacio, T-774, 18 de diciembre de 2015, Luis Ernesto Vargas Silva, SU-214, 28 de abril de 2016, M. P. Alberto Rojas Ríos y C-389, 27 de julio de 2016, M. P. María Victoria Calle Correa.

_____, Auto 092, 14 de abril de 2008, M. P. Manuel José Cepeda Espinosa, Auto 268, 30 de julio de 2010, M. P. Juan Carlos Henao Pérez, Auto 189, 30 de agosto de 2011, M. P. Juan Carlos Henao Pérez, Auto 275, 19 de diciembre de 2011, M. P. Juan Carlos Henao Pérez, Auto 110, 5 de junio de 2013, M. P. Luis Ernesto Vargas Silva, Auto 202, 13 de septiembre de 2013, M. P. Luis Ernesto Vargas Silva, Auto 320, 19 de diciembre de 2013, M. P. Luis Ernesto Vargas Silva, Auto 259, 21 de agosto de 2014, M. P. Luis Ernesto Vargas Silva y Auto 181, 13 de mayo de 2015, M. P. Luis Ernesto Vargas Silva.

CONSEJO DE ESTADO DE COLOMBIA, Sección Tercera, sentencias de 19 de noviembre de 2007, exp. 29273, M. P. Enrique Gil Botero; 28 de febrero de 2013, exp. 26303, M. P. Stella Conto Díaz del Castillo; 5 de abril de 2013, exp. 21781, M. P. Danilo Rojas Betancourth; 21 de noviembre de 2013, exp. 29764, M. P. Enrique Gil Botero; 22 de enero de 2014, exp. 27076, M. P. Olga Mélida Valle de la Hoz; 26 de junio de 2014, exp. 26029, M. P. Danilo Rojas Betancourth; 9 de julio de 2014, exp. 44333, M. P. Enrique Gil Botero; sentencia de unificación de 28 de agosto de 2014, exp. 31172, M. P. Olga Mélida Valle de la Hoz; 9 de octubre de 2014, exp. 29033, M. P. Ramiro de Jesús Pazos Guerrero; 9 de octubre de 2014, exp. 40411, M. P. Ramiro de Jesús Pazos Guerrero; 24 de octubre de 2014, exp. 25981, M. P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

CORTE IDH, *Caso Yatama vs. Nicaragua*, Sentencia de 23 de junio de 2005, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, núm. 127.

_____, *Caso del Penal Miguel Castro Castro contra Perú y Vargas Areco contra Paraguay*, Sentencia de 25 de noviembre de 2006, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, núm. 160.

_____, *Castañeda Gutman vs. Estados Unidos Mexicanos*, Sentencia de 6 de agosto de 2008, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, núm. 184.

_____, *Caso González y otras ("Campo Algodonero") contra México*, Sentencia de 16 de noviembre de 2009, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, núm. 205.

_____, *Caso López Mendoza vs. Venezuela*, Sentencia de 1 de septiembre de 2011, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, núm. 233.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Penal, Auto de 11 de julio de 2007, exp. 26945, M. P. Yesid Ramírez Bastidas y Julio Enrique Socha Salamanca.

_____, Sala de Casación Laboral, sentencias de 15 de febrero de 2011, exp. 38303, M. P. Francisco Javier Ricaurte Gómez; 17 de mayo de 2011, exp. 36888, M. P. Luis Gabriel Miranda Buevas; 14 de junio de 2011, exp. 39215, M. P. Jorge Mauricio Burgos Ruiz; 2 de mayo de 2012, exp. 41695, M. P. Carlos Ernesto Molina Mon-

salve; 17 de julio de 2012, exp. 46825, M. P. Francisco Javier Ricaurte Gómez; 20 de junio de 2012, exp. 42540, M. P. Jorge Mauricio Burgos Ruiz; 25 de julio de 2012, exp. 38674, M. P. Carlos Ernesto Molina Monsalve y Luis Gabriel Miranda Buelvas; 4 de diciembre de 2012, exp. 55501, M. P. Carlos Ernesto Molina Monsalve; 25 de marzo de 2015, exp. 38239, M. P. Rigoberto Echeverri Bueno y Elsy del Pilar Cuello Calderón y 20 de mayo de 2015, exp. 44865, M. P. Gustavo Hernando López Algarra.

FERRERES COMELLA, Víctor, *Justicia constitucional y democracia*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007.

GRUPO DE MEMORIA HISTÓRICA, *¡Basta ya! Colombia: memorias de guerra y dignidad*, Bogotá, Centro Nacional de Memoria Histórica. Disponible en: <http://www.centrodememoriahistorica.gov.co/descargas/informes2013/bastaYa/basta-ya-colombia-memorias-de-guerra-y-dignidad-2015.pdf>.

PRIETO SANCHÍS, Luis, *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, Madrid, Trotta, 2009.

REY CRUZ, Fernando Alberto, *El derecho a la consulta previa en perspectiva neoconstitucional. Un acercamiento a la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana*, tesina para optar por el título de magíster en Derechos Humanos de la Universidad de Alcalá, Madrid, 2012.

SEN, Amartya, *La idea de la justicia*, trad. de Hernando Valencia Villa, Bogotá, Taurus, 2010.

VALENCIA VILLA, Hernando, *Cartas de batalla. Una crítica del constitucionalismo colombiano*, Bogotá, Panamericana Editorial, 2010.

ZAGREBELSKY, Gustavo, *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, 4ª ed., Madrid, Trotta, 2002.

VOLVER A LA TABLA DE CONTENIDO

María Victoria Calle Correa* (Colombia)

La Constitución en marcha. El cumplimiento de sentencias estructurales en la Corte Constitucional colombiana

“Se debe sembrar incluso luego de una mala cosecha”.

SÉNECA

RESUMEN

El presente artículo expone la experiencia colombiana con relación al cumplimiento de las sentencias de la Corte Constitucional. Se centra especialmente en lo que concierne a las denominadas sentencias estructurales, a través de un caso puntual. Al inicio se explica el concepto de estado de cosas inconstitucional, para posteriormente revisar lo tocante al cumplimiento de la Sentencia T-025 de 2004, y proponer una reflexión sobre la necesidad de hacer un balance relativo, para identificar el impacto que la decisión de la Corte ha tenido en la población desplazada por la violencia.

Palabras clave: cumplimiento de sentencias, estado de cosas inconstitucional, sentencias estructurales.

ZUSAMMENFASSUNG

Der Beitrag stellt die kolumbianischen Erfahrungen mit der Umsetzung von Urteilen des Verfassungsgerichtshofs dar. Dabei geht er anhand eines spezifischen Fallbeispiels insbesondere auf die sogenannten Strukturentscheidungen („sentencias estructurales“) ein. Zunächst wird das Konzept der verfassungswidrigen Sachlage erläutert, bevor die Umsetzung des Urteils T-025 aus 2004 dargestellt wird. Anschließend werden Überlegungen zur Notwendigkeit einer relativen Bilanz angestellt, um beurteilen zu können, wie sich die Entscheidung des Gerichtshofs auf die durch die Gewalt vertriebene Bevölkerung ausgewirkt hat.

* Presidenta de la Corte Constitucional de Colombia. mariavc@corteconstitucional.gov.co.

Schlagwörter: Umsetzung von Urteilen, verfassungswidrige Sachlage, „Strukturentscheidungen“.

ABSTRACT

This article discusses the Colombian experience in relation to compliance with Constitutional Court decisions. It focuses particularly on so-called structural decisions, through a specific case. Initially, it explains the concept of an unconstitutional state of affairs (*estado de cosas inconstitucional*), and then reviews compliance with Decision T-025 of 2004, and discusses the need for relative balance in order to identify the impact of the Court's decision on the population displaced by violence.

Keywords: compliance with decisions, unconstitutional state of affairs, structural decisions.

Introducción

En este texto expondré la experiencia colombiana en el cumplimiento de sentencias de la Corte Constitucional. La Corte expide sentencias de muy diversas clases, algunas de las cuales no necesitan mecanismos de cumplimiento pues son observadas justamente por sus destinatarios; otras, pueden sujetarse a mecanismos ordinarios de cumplimiento como el apremio, la ejecución coactiva, o a instrumentos de disuasión como el desacato. Pero en esta ocasión, me centraré en una de las tareas más difíciles y, al mismo tiempo, más edificantes y destacables del constitucionalismo colombiano, que ha sido el cumplimiento de las denominadas 'sentencias estructurales'.

Entenderé aquí por 'sentencias estructurales' las que resuelven asuntos (i) que involucran a un amplio número de personas afectadas; (ii) no solo por un hecho o una omisión, sino por un complejo entramado colectivo de acciones y omisiones que se consideran contrarias a la Constitución; (iii) en las cuales está comprometida la responsabilidad constitucional de varias entidades estatales; (iv) y son entonces casos cuya resolución implica órdenes complejas a varias entidades para que trabajen coordinadamente, con una serie concomitante y sucesiva de actos de realización, vigilancia, contradicción, etc.¹

Si, en general, resulta un desafío el cumplimiento de los fallos de la justicia, el acatamiento de sentencias constitucionales es una de las empresas que mayores retos le puede deparar a la justicia constitucional en el porvenir. Voy entonces a mostrar cuál ha sido la experiencia colombiana, que aún está en proceso de autocritica y

¹ Esta aproximación es tomada parcialmente de César Rodríguez Garavito y Diana Rodríguez Franco, *Cortes y cambio social*, Bogotá, Dejusticia, 2010.

mejoramiento, con el fin de que una perspectiva comparada pueda enriquecer el acervo de conocimientos de la justicia constitucional en el mundo.

En la actualidad, Colombia experimenta dos procesos de seguimiento y cumplimiento a sentencias estructurales distintas. Por una parte, está el proceso de seguimiento a la Sentencia T-760 de 2008, que es un fallo estructural en materia del derecho a la salud. Por otra parte, está el proceso de seguimiento a la Sentencia T-025 de 2004, que declaró el estado de cosas inconstitucional en la situación de la población desplazada por la violencia. Este proceso es el más avanzado, pues está en curso desde hace poco más de una década. Por lo mismo, es el que ofrece mayor cantidad de información y elementos de análisis. En esta oportunidad me centraré entonces en este último, que es el proceso de seguimiento al cumplimiento de las órdenes de la Sentencia T-025 de 2004.

1. El estado de cosas inconstitucional. Una aproximación conceptual

Colombia ha vivido en medio de sangrientos conflictos. El último de ellos aún persiste, aunque inició con una confrontación de hace más de medio de siglo. En parte como causa y como efecto de esos conflictos, pero además como consecuencia de muchos otros factores, hay millones de personas en circunstancia de pobreza, que carecen de las condiciones para satisfacer sus necesidades básicas.

Señalo esta circunstancia porque, precisamente en medio del conflicto y de una situación de pobreza y desigualdad notorias, en 1991, Colombia se dio una de las Constituciones más democráticas de toda su historia republicana, que lleva cerca de dos siglos, y contempló el catálogo de derecho más generoso de todos cuantos habían considerado sus constituciones nacionales anteriores. Además creó una Corte Constitucional, a cargo de guardar la integridad y supremacía de la Constitución.

La Corte Constitucional, como puede observarse, estaba obligada a garantizar la integridad y supremacía de un proyecto constitucional casi utópico, marcado por una amplia distancia entre los compromisos políticos fundamentales y la realidad. Para eso, la Corte empezó a modificar lenta y pacientemente un modelo judicial que imperaba hasta 1991, y que se caracterizaba esencialmente por tener uno de dos componentes. Por una parte, había una función judicial abstracta, que consistía en confrontar dos textos normativos de jerarquía diferente. Por otra parte, había una función concreta, consistente en proveer soluciones jurídicas a conflictos particulares, entre dos partes identificables.

En el desarrollo de sus funciones, sin embargo, la Corte empezó a notar que estas dos concepciones de la función judicial resultaban estrechas o insuficientes para garantizar el respeto efectivo del nuevo orden constitucional. El juicio abstracto entre normas y el juicio concreto de litigios particulares dejaban al margen de la función judicial los problemas de inconstitucionalidad que se advertían en amplios seg-

mentos de la realidad social. Por ejemplo, la Corte comenzó a notar que la realidad carcelaria y penitenciaria del país estaba sumida en notorio e inaceptable estado de inconstitucionalidad, pues la población reclusa experimentaba una situación de degradación humana humillante y contraria a los más mínimos estándares de respeto por su dignidad. La Corte notó entonces que se requería adaptar la función judicial, para poder –como dijo un exmagistrado (Eduardo Cifuentes)– controlar y enfrentar la inconstitucionalidad palpitante en trozos gruesos y crecientes de la realidad social.

En la Sentencia T-068 de 1998, la Corte había acudido inicialmente a una expresión de uso genérico para caracterizar una situación en la cual se encontraban las personas pensionadas con una entidad estatal (CAJANAL). Había advertido, en un proceso, que la entidad que administraba las pensiones experimentaba un colosal atraso, lo cual le impedía en una gran cantidad de casos reconocer, pagar y reliquidar las pensiones de forma oportuna a personas que por su edad se encontraban en situaciones de debilidad manifiesta. Sin hacer una revisión profunda y extensa del problema, la Corte declaró que a partir de esa situación se advertía un “estado de cosas inconstitucional”, y le ordenó al Gobierno nacional enfrentar el problema e instó a otras entidades para hacerle seguimiento.

Pero el estado de cosas inconstitucional encontró su primera expresión más exacta y desarrollada en la Sentencia T-153 de 1998. Tras las acciones de tutela instauradas por algunas personas que estaban reclusas en cárceles y penitenciarías del país, quienes aducían la vulneración de múltiples derechos por cuenta de las condiciones de hacinamiento en las que se encontraban, y por la falta de atención a otras circunstancias como su salud, su integridad física, su alimentación, entre otras, la Corte hizo una verificación extensa y profunda de la situación penitenciaria en Colombia. Este alto tribunal señaló que, para entonces, los derechos humanos de los reclusos constituían “letra muerta”. Constató en el sistema penitenciario graves y extendidos problemas de “hacinamiento”, de “corrupción, extorsión y violencia”, y juzgó que había una “violación sistemática de los derechos de los reclusos, durante décadas”. La Corte ordenó hacer un plan de refacción de las cárceles, separar a los condenados de los que no lo eran, separar a los miembros de la Fuerza Pública de los demás reclusos, entre otras.

El estado de cosas inconstitucional se convirtió desde entonces en una forma de adaptar la función judicial para enfrentar la inercia de una realidad social resistente al cambio constitucional. La constatación de un estado de cosas inconstitucional ha sido una razón suficiente (mas no necesaria) para que la Corte emita sentencias estructurales, en las cuales pretenda resolver la situación de un número plural de personas, afectadas en sus derechos fundamentales por un complejo colectivo de acciones y omisiones, de diferentes entidades del Estado. En ese contexto, con el fin de garantizar la integridad de la Constitución, pero respetando las competencias de las demás ramas y órganos del poder público, la Corte asumió la potestad de dictar órdenes complejas.

No obstante, luego de dictados los fallos, si bien se puso en marcha el cumplimiento de las órdenes, la Corte notó la necesidad de proveer un mecanismo para garantizar el cumplimiento de los fallos estructurales. Hasta entonces, la corporación les había impartido a otros órganos constitucionales autónomos la función de vigilar el cumplimiento de las órdenes judiciales. No obstante, era necesario que un juez de la más alta jerarquía se asegurara de que las órdenes más complejas fueran atendidas. El diseño y la implementación de ese mecanismo vendrían con la Sentencia T-025 de 2004, que declaró el “estado de cosas inconstitucional” en la situación de la población desplazada.

2. La Sentencia T-025 de 2004 y el estado de cosas inconstitucional

En la Sentencia T-025 de 2004, la Corte debía resolver 108 acciones de tutela instauradas por 1.150 núcleos familiares, conformados en promedio por cuatro personas cada uno, integrados por sujetos en altas condiciones de vulnerabilidad como madres cabeza de familia, niños o personas de la tercera edad, entre los cuales había también familias indígenas. Todas estas familias aducían ser desplazadas por la violencia ocasionada por el conflicto que vive Colombia desde hace cerca de medio siglo, y, esencialmente, interponían la acción de tutela por no haber recibido apoyo estatal alguno o haberlo recibido, pero de forma parcial o inoportuna. Las demandas se dirigían contra varias entidades estatales del orden nacional, departamental y municipal.

En esa ocasión, además de hacer una revisión de los problemas concretos que presentaban las acciones de tutela, la Corte hizo una revisión de la situación general que había conducido a la violación reiterada y masiva de los derechos fundamentales de los tutelantes en ese caso, y encontró que la situación de la población desplazada era inconstitucional por varios motivos. Encontró (i) que según información pública, las personas desplazadas estaban en condiciones altas de vulnerabilidad por su grave situación alimentaria y de salud; (ii) un gran número de personas que no recibía ayuda humanitaria (consistente, esencialmente, en elementos de aseo, una provisión limitada de víveres, colchonetas, kits básicos de cocina); (iii) muchos menores de edad sin acceso a la educación básica; (iv) un gran número de desplazados sin acceso a programas de generación de ingresos, o a soluciones de vivienda, o a proyectos productivos; (v) una población que generalmente ignoraba sus derechos; (vi) una información insuficiente en torno al número de personas desplazadas y a sus problemas fundamentales, etc.

Por solo citar algunos ejemplos, la Corte constató que:

El 92% de la población desplazada presenta necesidades básicas insatisfechas (NBI), y el 80% se encuentra en situación de indigencia. Igualmente, el

63.5% de la población desplazada tiene una vivienda inadecuada, y el 49% no cuenta con servicios idóneos.

En cuanto a la situación alimentaria de la población desplazada, se concluye que la “brecha en calorías” de los hogares desplazados es del 57%, es decir, que sólo consumen el 43% de los niveles recomendados por el P[rograma] M[undial] de A[limentos]. Igualmente se encontró que el 23% de los niños y niñas menores de seis años desplazados están por debajo del estándar alimenticio mínimo. A su vez, las insuficiencias alimenticias mencionadas se traducen en un estado de desnutrición que tiene como consecuencias, entre otras, retraso de la talla para el peso y del peso para la edad, déficit en atención escolar, predisposición a las infecciones respiratorias y a la diarrea, disminución de la visión, y aumento de la morbilidad infantil.

En relación con el grado de acceso a la educación de la población escolar desplazada, se observa que el 25% de los niños y niñas entre 6 y 9 años no asiste a un establecimiento escolar, mientras que esta proporción para las personas entre 10 y 25 años es de 54%. Por último, en relación con la salud de las víctimas del desplazamiento forzado, la tasa de mortalidad para la generalidad de la población desplazada es 6 veces superior al promedio nacional.

Pero, además, la Corte advirtió que mientras el problema avanzaba y se expandía, como fruto de una coyuntura crítica de recrudescimiento brutal del conflicto, el presupuesto orientado a financiar los programas para atención a la población desplazada disminuía. Mientras en el año 2002 fueron asignados en el Presupuesto General de la Nación \$103.491 millones de pesos a la “población desplazada”, para el año 2003 dicho monto fue de \$70.783 millones. Es decir, que se redujo un 30% de los recursos que antes se presupuestaban con esa finalidad.

Con base en una apreciación mucho más extensa y profunda del problema, que no es posible reproducir aquí, la Corte advirtió entonces una violación *masiva* (que afectaba a un amplio colectivo humano), *prolongada* (puesto que había durado mucho tiempo) y *reiterada* (toda vez que se repetía una y otra vez, incluso sobre un mismo sujeto o núcleo familiar) de los derechos fundamentales de las personas desplazadas. Esto se sumaba a dos problemas de la política estatal para la atención de la población desplazada, debidamente corroborados por la sentencia: (i) incapacidad institucional insuficiente para atender el fenómeno en el diseño, la implementación y la evaluación de la política pública; y (ii) insuficiencia de recursos de presupuesto para la atención integral del problema.

Todo lo anterior condujo a que se declarara el estado de cosas inconstitucional en la situación de la población desplazada. Para enfrentar esta problemática, la Corte dictó órdenes amplias, no detalladas, que garantizaran un margen suficiente de actuación a las autoridades públicas, pero las sujetó a plazos definidos, susceptibles de modularse en el futuro. Aunque fueron más de las que voy a exponer, en

esencia había tres que involucraban una interacción coordinada entre los distintos organismos y ramas del poder público:

1. Crear un plan de acción en el término de tres meses con el fin de superar el estado de cosas inconstitucional. Lo cual suponía, para empezar, precisar la situación de la población desplazada, tanto en su número total como en su ubicación, necesidades insatisfechas y derechos ya garantizados según la etapa. Además, este plan de acción debía prever la participación de cada uno de los entes estatales responsables en el cumplimiento de los objetivos, así como oportunidades y espacios de participación a las organizaciones que representaran a los desplazados.
2. Fijar la dimensión del esfuerzo presupuestal –es decir, estimar los recursos requeridos– para la realización del plan de acción, diseñar mecanismos para obtener los recursos y prever planes contingentes en caso de que estos no se obtuvieran de inmediato. Para cumplir con esto, se les dio a las entidades estatales el plazo de un año.
3. Entre tanto, satisfacer los derechos mínimos de la población desplazada, como ayuda humanitaria, el derecho a no ser discriminada, el derecho a la información sobre sus demás derechos, el derecho de petición, el derecho a decidir libremente sobre su retorno, el derecho a la salud básica, el derecho a la educación básica para los niños, entre otros.

Dictadas las órdenes, vino la etapa de su implementación y seguimiento. Esta, que es la parte relevante de la presente intervención, será presentada enseguida.

3. El cumplimiento de la sentencia estructural

En ejercicio de una facultad que le da la ley colombiana, la Corte mantuvo la competencia para verificar el cumplimiento de la Sentencia T-025 de 2004. En su desarrollo, ha verificado el cumplimiento de las órdenes dictadas en esa decisión, y creado instrumentos que permitan una verificación más cierta y objetiva del cumplimiento de las órdenes. Es decir, ha velado por la ejecución de la sentencia y mejorado el sistema de ejecución.

Primero, configuró una Sala de seguimiento al cumplimiento de las órdenes. Inicialmente, la Sala estaba compuesta por los tres magistrados de la Corte que expidieron la Sentencia T-025 de 2004. Con el cambio de composición de la Corte, y la llegada de nuevos magistrados, se creó una Sala Especial de Seguimiento, integrada por tres magistrados de la corporación, y un equipo humano de apoyo, que concentra la verificación del cumplimiento de las órdenes impartidas en esa decisión.

Segundo, desde 2004, cuando se expidió la sentencia, la Corte continuó recibiendo informes, denuncias y reclamos de la población desplazada, de las organizaciones

de la sociedad civil que la representan, de los organismos estatales a cargo de cumplir las órdenes dictadas en la sentencia y de las agencias del Estado encargadas de verificar el cumplimiento del fallo.

Tercero, habilitó un sistema de deliberación intersectorial para evaluar los informes, las denuncias, los reclamos y, en general, el estado de la cuestión. En virtud de este sistema, con un claro origen judicial, los memoriales que llegan se someten a un proceso de contradicción entre las organizaciones y los organismos del poder público que participan del proceso y, como fruto de esta deliberación, luego, la Corte toma una decisión relacionada con el nivel de cumplimiento o incumplimiento de las órdenes emitidas.

Cuarto, en el proceso de contradicción y deliberación antes señalado, tienen un lugar, desde luego, las entidades del Estado a cargo de cumplir la sentencia, pero también los organismos estatales de control. Y especial consideración merece la participación de la sociedad civil y, en particular, de la Comisión de Seguimiento al cumplimiento de la Sentencia T-025 de 2004. Esta Comisión fue organizada por distintas personalidades y organizaciones de la sociedad civil. En ella participan un expresidente de la Corte Constitucional, reconocidos académicos de distintas áreas del conocimiento (ingeniería, ciencias sociales, derecho), la Iglesia católica, organizaciones de derechos humanos, organizaciones representativas de comunidades indígenas y afrocolombianos, entre otros. La función de esta Comisión es servir como un tanque de pensamiento independiente que le ofrece elementos de juicio y auxilia a la Corte, y como un referente crítico de los informes sobre avances, retrocesos y estancamientos del proceso de cumplimiento de la sentencia.

Quinto, este sistema de una Sala Especial –que recibe de forma permanente informes, denuncias y reclamos de la población desplazada y las entidades estatales, los somete a consideración de los interesados, luego de lo cual, toma una decisión–, le ha permitido a la Corte definir si, y en qué áreas, ha habido *avances*, *estancamientos* y *retrocesos*, lo que ha sido entonces un importante aporte para definir si el estado de cosas inconstitucional detectado en 2004 se ha superado o no.

Sexto, en este proceso de seguimiento, la Corte no se ha limitado, sin embargo, a declarar si ha habido avances, estancamientos o retrocesos, sino que, de hecho –sin vulnerar las competencias de otros órganos–, ha efectuado un impulso en la priorización de los esfuerzos estatales, y le ha imprimido además un enfoque diferencial. Así, ha expedido diversos autos orientados a proteger a aquella parte de la población desplazada que se encuentra más desprotegida o expuesta a actos de vulneración a sus derechos. Ha expedido entonces autos sobre la situación y la necesidad de adoptar políticas públicas con enfoque diferencial, para proteger a: (a) las mujeres (Auto 092 de 2008), (b) los niños, las niñas y adolescentes (Auto 251 de 2008), (c) las comunidades afrodescendientes (Auto 005 de 2009), (d) indígenas (Auto 004 de 2009) y (e) personas en condiciones de discapacidad y adultos mayores.

Séptimo, la Corte observó la necesidad de hacer más objetivo el proceso de seguimiento y de garantizar que la política pública pudiera continuar en el futuro sin

el monitoreo del juez constitucional. En consecuencia, ordenó al Gobierno nacional, dada su capacidad institucional instalada, que elaborara una “batería de indicadores de goce efectivo de derechos fundamentales”, que le permitiera evaluar con mayor precisión y objetividad los avances, estancamientos y retrocesos en el cumplimiento de las órdenes. Fue así como el Gobierno presentó en distintos momentos ante la Corte proyectos de “batería de indicadores”, que, luego, se sometían a contradicción de los demás organismos estatales, de la Comisión de Seguimiento de la sociedad civil y, finalmente, en el Auto 116 de 2008 se consolidó una batería fija de indicadores de goce efectivo de distintos derechos fundamentales que venían siendo violados a la población desplazada, tales como la vida, la integridad personal, la identidad, la vivienda digna, la alimentación, la educación, la salud, entre otros.

Por ejemplo, entre los indicadores de goce efectivo del derecho a la vivienda, se encuentran estos:

Indicador de goce efectivo

- Hogar habita legalmente el predio en condiciones dignas.

Indicadores complementarios

- Seguridad jurídica de la tenencia: Hogares desplazados que habitan viviendas propias y cuentan con escritura registrada o viviendas en arriendo y cuentan con contrato escrito / total de hogares desplazados (HD).
- Espacio suficiente: HD que habitan viviendas sin hacinamiento / total de HD.
- Materiales apropiados: HD que cuentan con materiales apropiados en su vivienda (techos, pisos y/o paredes exteriores) / total de HD.
- Ubicación: HD que habitan viviendas ubicadas en zonas que no son de alto riesgo / total de HD.
- Acceso a servicios: HD que cuentan con acceso a todos los servicios domiciliarios básicos (energía, acueducto, alcantarillado y recolección de basuras) / total de HD.

Indicadores sectoriales asociados

- Hogares con subsidios de vivienda otorgados / hogares postulantes
- Hogares con subsidios desembolsados / hogares a los que fueron otorgados subsidios
- Hogares con mejoramiento de condiciones de habitabilidad / hogares con deficiencias o carencias habitacionales identificadas
- Mujeres cabeza de familia beneficiarias de subsidio de vivienda urbana o rural

Con base en estos indicadores, el Estado puede contar ahora con herramientas objetivas para medir avances, estancamientos y retrocesos, no solo en el cumplimiento de las órdenes dictadas por la Corte Constitucional, sino en general en la satisfacción de los derechos fundamentales prometidos en la Constitución.

4. Necesidad de un balance relativo

El estado de cosas inconstitucional en la situación de la población desplazada aún persiste, pero ha habido mejorías objetivas. Aún persiste debido, en parte, a la prolongación del conflicto armado y, más en general, a la sucesión de actividades armadas en el territorio nacional. A pesar de ello, hay ciertas indicaciones de que ha habido avances. Voy a mostrar algunos de ellos, solamente, con el fin de justificar, aunque sea parcialmente, la importancia y utilidad del mecanismo de seguimiento que ha adelantado la Corte.

1. En cuanto a los recursos para atender la situación, si se miden de forma trianual, se ha advertido que entre 1999 y 2002 se destinaron \$498.855 millones; entre 2003 y 2006, \$2 billones; entre 2007 y 2010, \$4,6 billones; y entre 2011 y 2014 se estimaron cerca de \$54 billones.
2. Fuera de ello, con la expedición de la Sentencia T-025 de 2004 se incrementaron los esfuerzos del Gobierno en la atención de la población desplazada. En uno de los estudios más completos sobre los efectos de la Sentencia T-025 de 2004,² se cita a una funcionaria del Gobierno nacional, que integra el Departamento de Planeación Nacional, quien dice lo siguiente:

Quando llega la Sentencia T-025 aquí a Planeación Nacional en febrero de 2004, para ser sincera, el tema de desplazamiento era un tema que no tenía mucha trascendencia; era un tema más de Planeación Nacional. Unos tres o cuatro [documentos Conpes de política pública] ya se habían formulado, [pero eran] documentos que no eran vinculantes. [...] Para ser sincera, el Consejo [de Atención Integral a la Población Desplazada] ni se reunía.

Tras la Sentencia T-025 de 2004 se fortaleció y extendió la red de atención a la población desplazada. Se levantó la información necesaria para conocer el número de personas desplazadas, sus necesidades básicas, su ubicación, la etapa del proceso de acompañamiento estatal en la cual se encontraban, entre otras.

3. Los indicadores de goce efectivo muestran, además, que si bien persisten muchos problemas y hay sectores en los que se advierten estancamientos y retrocesos, en otros hay avances. Así, por ejemplo, el primer estudio adelantado por el Gobierno nacional con base en los indicadores de goce efectivo de derechos fundamentales se publicó en 2010. Allí se advirtió que un 90,28% de la población desplazada contaba con alimentos suficientes y aptos para el consumo humano; en el estudio realizado entre los años 2013 y 2014 este porcentaje era de 93,5%. En 2010 se observó que un 16,14% de la población desplazada gozaba efectivamente de vivienda digna; en 2013-

² *Idem.*

2014 se observó que un 19,15% lo hacía. El estudio de 2010 indicaba que un 75,74 de niños, niñas y adolescentes en edad escolar tenía acceso a la educación; mientras que el estudio de 2013-2014 indicaba que un 87,8% de la misma población ahora tenía acceso a ese servicio.

4. Hay otros indicadores en los cuales se advierten también estancamientos y retrocesos. Por ejemplo, el indicador de goce efectivo del derecho a la vida mide si en los hogares hay personas que la han perdido por hechos violentos después del desplazamiento. En 2010 se advirtió que esto no había sucedido al 98,76% de estas personas, mientras que en 2013-2014 se observó que el 98,9% de las personas preservaron su vida después del desplazamiento, entre otras cifras que son también relevantes.
5. Pero además de estos efectos instrumentales, uno de los estudios de sociología jurídica más importantes sobre la materia³ indica que la sentencia ha tenido también efectos simbólicos. Los efectos instrumentales se aprecian con cifras, con hechos verificables en la estructura y el funcionamiento del Estado, entre otros. Pero los efectos simbólicos suponen cambios en la interpretación de los hechos, en la forma como imaginamos y concebimos en la atmósfera donde vivimos. La Sentencia T-025 de 2004 y el proceso institucional de seguimiento han tenido, ante todo, un efecto simbólico. Las personas desplazadas ahora son consideradas como víctimas de una vulneración masiva, reiterada y prolongada de sus derechos humanos, y no como migrantes voluntarios, o solo personas que han decidido libremente errar por las calles urbanas. Las personas desplazadas tienen ahora el poder del discurso de los derechos y una decisión de la Corte que declara que su situación es inconstitucional, por lo cual merecen toda la protección y garantía posibles del Estado y sus instituciones. Las personas desplazadas tienen además una Corte de la más alta jerarquía en el Estado, que está abierta a escuchar sus reclamos y a responder, en la medida de las posibilidades, para que el Estado reaccione.
6. Las capacidades de un juez, en un Estado con difíciles problemas por afrentar, son desde luego muy limitadas. Puede parecer a veces que los avances son mínimos, y que las frustraciones persisten, son grandes y crecientes. Pero hay una Constitución que impide soltar las amarras que unen nuestros compromisos ideales de democracia, libertad e igualdad con la bruta realidad de los hechos cotidianos. Una de las funciones de una corte constitucional, pienso yo, es evitar que esas amarras sean desatadas, o que vayan perdiendo su fuerza por indiferencia o desprecio, pues de lo contrario será difícil mantener a la colectividad a la altura de sus mejores aspiraciones. El proceso de seguimiento a las sentencias estructurales es una forma, naturalmente imperfecta, pero expuesta a mejoras progresivas, de tratar de acortar la distancia entre los compromisos constitucionales y la cruda realidad social.

³ *Idem.*

VOLVER A LA TABLA DE CONTENIDO

Mónica Castillejos Aragón* (México)

Escrutinio judicial y la interpretación de la garantía de igualdad y no discriminación en México

RESUMEN

El presente artículo analiza un tema poco explorado por la academia mexicana y que amerita un estudio profundo debido al cambio que representa en la forma de interpretar los derechos humanos reconocidos por la Constitución en los últimos años: la nueva forma de evaluación constitucional incorporada por la Suprema Corte de México mediante la aplicación de diversos niveles de escrutinio judicial para determinar si una ley o un acto de autoridad, al introducir una distinción entre los destinatarios de la norma, debe ser considerado constitucional.

Palabras clave: Suprema Corte de México, escrutinio judicial, categorías sospechosas.

ZUSAMMENFASSUNG

Der vorliegende Beitrag analysiert ein von der mexikanischen Forschung wenig bearbeitetes Thema, das jedoch aufgrund eines neuen Ansatzes bei der Auslegung, der in den vergangenen Jahren von der Verfassung anerkannten Menschenrechte einer gründlichen Betrachtung bedarf: Die vom Obersten Gerichtshof Mexikos eingeführte neue Form der Evaluierung der Verfassungskonformität von Gesetzen und Verwaltungsakten durch eine gerichtliche Prüfung auf mehreren Ebenen, um zu entscheiden, ob ein Gesetz oder ein Verwaltungsakt, das zwischen verschiedenen Normadressaten differenziert, verfassungskonform sein kann.

Schlagwörter: Oberster Gerichtshof von Mexiko, gerichtliche Prüfung.

* Doctora y maestra en Derecho de la Universidad de California, Berkeley, School of Law y licenciada en Derecho del Instituto Tecnológico Autónomo de México (ITAM). Trabajó en la Suprema Corte de Justicia de la Nación en México de 2004 a 2007. Especialista en justicia, seguridad y derechos humanos. castillejosa.m@gmail.com.

ABSTRACT

This article analyzes a subject which is little-explored by Mexican academia and which merits in-depth study due to the change that it represents in the way of interpreting the human rights recognized by the Constitution in recent years: the new form of constitutional evaluation incorporated by the Supreme Court of Mexico through the application of different levels of judicial scrutiny for determining whether a law or decision of an authority should be considered constitutional when it makes a distinction among those to whom it is addressed.

Keywords: Supreme Court of Mexico, judicial scrutiny, suspect categories.

Introducción

Desde 1995, la Suprema Corte de Justicia de la Nación emprendió un proceso de transformación institucional encaminado a incrementar la interpretación constitucional de los derechos humanos reconocidos en la Constitución mexicana.¹ Esta transformación fue resultado de acciones y nuevas sinergias implementadas en diversos periodos de funcionamiento de la Corte. Cada una de esas acciones estuvo dirigida a fortalecer al Poder Judicial de la Federación mexicana no sólo como una institución independiente y autónoma, sino también como un agente activo para consolidar y aplicar eficazmente los principios de un Estado constitucional y democrático de derecho. En los últimos 15 años de funcionamiento a partir de su reestructura en 1994,² los recién designados ministros promovieron activamente la discusión de temas que formaban parte central de la agenda del Poder Judicial desde el punto de vista legal e institucional, los cuales constituyeron importantes momentos judiciales.

En un primer momento, los ministros de la Suprema Corte alentaron el establecimiento de mesas de debates sobre diversas reformas constitucionales y legales encaminadas a fortalecer la labor del Poder Judicial, tales como la Ley de Amparo, la importancia de una reforma de derechos humanos, así como la innovación en el

¹ Mónica Castillejos Aragón, "The transformation of the Mexican Supreme Court into an arena for political contestation", en Gordon Silverstein, Diana Kapiszewski y Robert Kagan (eds.), *Consequential Courts - Judicial Roles in Global Perspective*, Cambridge University Press, 2013, pp. 138-160.

² En diciembre de 1994, el presidente Ernesto Zedillo presentó una iniciativa de reforma constitucional para reestructurar el Poder Judicial de la Federación en México. Esta reforma consistió, *grosso modo*, en la modificación del proceso de selección de los ministros de la Suprema Corte de Justicia de la Nación; el fortalecimiento e inclusión de los mecanismos de control de constitucionalidad (el amparo, la controversia constitucional y la acción de inconstitucionalidad) como la principal función de la Suprema Corte de Justicia de la Nación como tribunal constitucional, y la creación del Consejo de la Judicatura para encargarse de las funciones administrativas del Poder Judicial.

sistema penal mexicano.³ La mayoría de ellas, tras un largo período de discusión, han sido gradualmente incorporadas al sistema jurídico mexicano.

En un segundo momento, debido al cambio en el sistema de partidos y el contexto político a partir del año 2000, los ministros de la Suprema Corte establecieron nuevas condiciones de independencia, autonomía e imparcialidad en las labores judiciales, lo cual contribuyó al inicio de un tercer momento judicial de la mayor importancia. En este periodo, la Suprema Corte participó en el debate sobre transparencia y rendición de cuentas de la actividad pública y anunció el inicio de una etapa más abierta y cercana a la sociedad, incluyendo a grupos de interés. Ello a partir de la celebración de sesiones públicas de las decisiones con mayor trascendencia y relevancia para el país y la apertura del Canal Judicial como vía para acercar a los ciudadanos a la labor y a las decisiones cotidianas de la Suprema Corte mexicana. Finalmente, en el último momento, los jueces de la Suprema Corte incentivaron la democratización del proceso de decisión judicial en México; esto, no sólo a través de las audiencias públicas celebradas para atender asuntos de trascendencia como el derecho de las mujeres a decidir sobre su propio cuerpo o a través de la discusión del caso que permitió que las parejas del mismo sexo pudieran contraer matrimonio en Ciudad de México.

Cada uno de los momentos judiciales mencionados obedeció, de manera importante, a una larga historia de críticas académicas y cuestionamientos al Poder Judicial por parte de diversos sectores de la sociedad ante la ausencia de una agenda y precedentes judiciales en materia de derechos humanos, pero también a la aparente renuencia de sus integrantes para incrementar la interpretación constitucional

³ El 6 y 10 de junio de 2011 se publicaron dos importantes reformas a la Constitución que impactan directamente en la administración de justicia federal. La primera de ellas se enfocó fundamentalmente en el juicio de amparo, el cual se fortaleció al ampliarse la procedencia del amparo respecto de cualquier norma general; se previó su procedencia por violaciones de los derechos humanos plasmados en los tratados internacionales de los que el Estado mexicano es parte; se incorporaron figuras como el amparo adhesivo y los intereses legítimos individual y colectivo; se adoptaron nuevos conceptos en torno a la violación de derechos por omisión de las autoridades; se firmó la declaratoria general de inconstitucionalidad cuyos alcances y condiciones se determinarán en la ley reglamentaria; se crearon los plenos de circuito, y una nueva forma de integrar jurisprudencia “por sustitución”. La segunda reforma evidencia el reconocimiento de la progresividad de los derechos humanos, mediante la expresión clara del principio *pro persona* como rector de la interpretación y aplicación de las normas jurídicas, en aquellas que favorezcan y brinden mayor protección a las personas. Por otro lado, el 18 de junio de 2008 se aprobaron las reformas constitucionales relacionadas con el sistema penal y en materia de seguridad pública. Esta reforma se enfocó en la víctima u ofendido del delito, toda vez que eran considerados como la parte más débil del sistema penal. Después de resentir el daño cometido en su integridad física, moral o en sus bienes materiales, las víctimas se convertían en víctimas de un orden jurídico y de una práctica tanto ministerial como judicial que, en lugar de facilitarles las cosas, se las dificultaba de manera real, sistemática y estructural a grado tal, que resulta ineficaz el ejercicio de sus derechos fundamentales. Con esta reforma, el sistema penal mexicano transitará de un sistema inquisitivo a uno acusatorio o adversarial. Finalmente, el 14 de julio de 2014 también fue reformada la Ley de Amparo.

en esa materia. El origen de este debate se ubica desde la publicación de *La teoría constitucional de la Suprema Corte*, donde José Ramón Cossío expuso la ausencia de doctrina jurisprudencial por parte de los jueces mexicanos desde 1917 hasta el año 2001 en materia de derechos humanos.⁴ El segundo elemento que desencadenó el debate fue el artículo titulado “El ciudadano olvidado”, en el que Ana Laura Magaloni destacó la ausencia de criterios constitucionales con suficiente impacto en la sociedad.⁵ El constante cuestionamiento al trabajo judicial provocó que, en años recientes, la Suprema Corte hubiera hecho uso de diversos mecanismos que van desde el más oficial, a través del amparo y el litigio de interés público hasta el ejercicio de la facultad de atracción para los casos que considera de importancia y trascendencia.

El presente artículo tiene como finalidad el análisis de uno de los temas poco explorados por la academia mexicana y que amerita un estudio profundo debido al cambio que representa en la interpretación constitucional en materia de derechos humanos. A partir de 2007, la Suprema Corte de México adoptó una nueva forma de evaluación constitucional mediante la aplicación de diversos niveles de escrutinio judicial para determinar si una ley o acto de autoridad, al introducir una distinción entre los destinatarios de la norma, debe ser considerado constitucional. Ello, como una nueva manera de incentivar un acercamiento entre el Poder Judicial y diversos sectores de la sociedad.

Para llevar a cabo este análisis, en la primera sección describiré el desarrollo histórico constitucional de la interpretación de las cláusulas de igualdad y debido proceso por parte de la Suprema Corte de los Estados Unidos, así como el diseño de tres niveles de escrutinio que le ha permitido a este tribunal valorar cuándo la norma emitida por el legislador puede ser considerada acorde con los estándares constitucionales. En la segunda sección analizaré la importante influencia de dichos niveles en el desarrollo jurisprudencial en México, particularmente cuando se trata de interpretar la garantía de igualdad y no discriminación contenida en el artículo 1º de la Constitución. En la última sección presento ejemplos de los criterios sostenidos por la Suprema Corte de México, así como la aplicación y desarrollo del concepto de escrutinio y de la categoría sospechosa para evaluar la labor del legislador.

Al igual que otras cortes constitucionales,⁶ la Suprema Corte de Justicia de la Nación incorporó niveles de escrutinio al estudio constitucional, que le han per-

⁴ José Ramón Cossío Díaz, *La teoría constitucional de la Suprema Corte*, México, Fontamara, 2002.

⁵ Ana Laura Magaloni, “El ciudadano olvidado”, *Nexos*, núm. 342, 2006.

⁶ Por ejemplo, “la Corte Europea de Derechos Humanos y los tribunales constitucionales de España y Alemania han desarrollado el test o juicio de proporcionalidad, que comprende distintos pasos. Así, el juez estudia (i) si la medida es o no ‘adecuada’, esto es, si ella constituye un medio idóneo para alcanzar un fin constitucionalmente válido; luego (ii) examina si el trato diferente es o no ‘necesario’ o ‘indispensable’, para lo cual debe el funcionario analizar si existe o no otra medida que sea menos onerosa, en términos del sacrificio de un derecho o un

mitido evaluar no sólo si la norma emitida por el legislador realiza distinciones que beneficien o perjudiquen a un sector de la sociedad, sino el propósito que pretende alcanzar con su emisión, así como si dicho propósito es acorde con el texto constitucional. Esta nueva forma de “dar razones”⁷ puede entenderse como un ejercicio independiente por parte de los jueces para contribuir al proceso de democratización en México. A partir de 2007, la incorporación de nuevos esquemas de escrutinio judicial en el estudio elaborado en las sentencias ha permitido consolidar y reconocer los principios democráticos de un Estado constitucional de derecho, tales como los de igualdad y no discriminación.

Por lo anterior, en la Sección 1 de este documento abordaré brevemente, de manera comparada, la historia constitucional de los llamados niveles de escrutinio y el impacto que han tenido en las decisiones de la Corte Suprema de los Estados Unidos para fijar el origen y la influencia de las decisiones de esa Corte Suprema sobre la Corte mexicana. En la Sección 2 describiré el contexto que permitió a la Suprema Corte de Justicia de la Nación de México incorporar una ponderación judicial más estricta cuando se trata de limitar o restringir los derechos reconocidos en la Constitución por parte de las autoridades de los diversos niveles de gobierno. Finalmente, en la Sección 3 describiré de manera ejemplificativa algunos de los nuevos precedentes derivados de estas nuevas formas constitucionales en criterios relevantes.

1. Los niveles de escrutinio en el sistema norteamericano

Un común denominador de las sociedades liberales es cómo deben protegerse los derechos de las minorías en una democracia, sin que ello implique un detrimento a la regla de las mayorías.⁸ Al finalizar la Guerra Civil en los Estados Unidos, la interpretación constitucional de las enmiendas quinta y catorce tuvo implicaciones significativas para entender el sentido jurídico de la igualdad prevista en la Constitución norteamericana. Principalmente, tuvo como objetivo evitar la discriminación basada en el uso de categorías que el sistema norteamericano identificó como “sospechosas” para las autoridades estatales y federales.⁹

valor constitucional, y que tenga la virtud de alcanzar con la misma eficacia el fin propuesto. Y, (iii) finalmente el juez realiza un análisis de ‘proporcionalidad en estricto sentido’ para determinar si el trato desigual no sacrifica valores y principios constitucionales que tengan mayor relevancia que los alcanzados con la medida diferencial” (cfr. Sentencia C-093/01 de la Corte Constitucional de Colombia, Referencia: expediente D-3067, Bogotá, 31 de enero de 2001).

⁷ Martin M. Shapiro, “The Giving Reasons Requirement”, *University of Chicago Legal Forum*, article 8, 1992, pp. 179-220.

⁸ Guido S. Calabresi, “A Madisonian Intepretation of the Equal Protection Doctrine”, *Yale Law Journal*, vol. 91, núm. 7, 1982, pp. 1403-1429.

⁹ David A. Richards, *Conscience and the Constitution: History, Theory, and Law of the Reconstruction Amendments*, Princeton, N.J., Princeton University Press, 1993.

Históricamente, la lectura constitucional que se les daba a estas cláusulas únicamente alcanzaba a los casos en donde las autoridades hacían distinciones tomando en cuenta el origen étnico o la nacionalidad de los individuos. Sin embargo, fuera de estas categorías, la interpretación de aquellas no tuvo mayor consideración judicial. Sólo se requería que la distinción legislativa, con excepción del origen étnico o la nacionalidad, estuviera razonablemente relacionada con el propósito que el legislador intentara alcanzar al aprobar dicha ley. No obstante, la Suprema Corte de los Estados Unidos en muy pocas ocasiones declaró inconstitucional la legislación por ser violatoria de la Cláusula de Igualdad, aun ante la sospecha de que el propósito que se perseguía era inválido.

Una explicación de lo anterior atendía a la propensión de los gobiernos a resolver los conflictos, no de acuerdo con las reglas de justicia o con base en los derechos de las minorías, sino a partir de los intereses superiores de las mayorías. Para James Madison, los estados son más propensos a desarrollar ese problema, toda vez que el escaso número de facciones facilitan la integración de coaliciones mayoritarias que, a la larga, generan legislaturas estatales más homogéneas, con poca posibilidad de disensión.¹⁰ A nivel federal, percibía la situación de manera diferente. Debido a que las coaliciones mayoritarias en el Congreso de los Estados Unidos han sido menos estables que en los estados, los grupos de interés han logrado más éxito en influenciar las fuerzas políticas a nivel federal. De esta forma, Calabresi señala que el legislador federal generalmente necesita votos de las minorías, lo que permite generar un incentivo para abordar y votar los temas de las minorías de manera más favorable.

La Corte Suprema de Estados Unidos, a partir de 1953 en la llamada “Corte Warren”, implementó cambios significativos en el área de derechos civiles mediante la ampliación y el fortalecimiento del alcance constitucional de la Cláusula de Igualdad (*Equal Protection Clause*), así como de la Cláusula de Debido Proceso (*Due Process of Law Clause*) durante la presidencia del juez Earl Warren (1953-1968).¹¹ Este período ha sido analizado ampliamente por la academia norteamericana, debido al impacto y al carácter progresista que adquirió la Corte Suprema de los Estados Unidos.¹²

Durante la “Corte Warren”, la Corte Suprema decidió un número importante de casos que tuvieron y siguen teniendo un impacto significativo en el sistema legal norteamericano.¹³ El juez Earl Warren es considerado como uno de los defensores

¹⁰ Calabresi, *op. cit.*

¹¹ J. Harvie Wilkinson, III, “The Supreme Court, the Equal Protection Clause, and the Three Faces of Constitutional Equality”, *Virginia Law Review*, vol. 61, núm. 5, 1975, pp. 945-1018.

¹² Thomas Mason, “Understanding the Warren Court: Judicial Self-restraint and Judicial Duty”, *Political Science Quarterly*, vol. 81, núm. 4, 1966, pp. 523-563.

¹³ Louis Michael Seidman, “Brown and Miranda”, *California Law Review*, vol. 80, 1992, pp. 673-753.

más importantes para generar cambio social en los Estados Unidos.¹⁴ A partir de 1953, el sentido de cualquier asunto que llegara a la Corte Suprema relacionado con los derechos civiles y las libertades reconocidos en la Constitución de Estados Unidos dependía, en gran parte, del nivel de escrutinio judicial en su análisis.

A partir de este periodo, cualquier cuestionamiento relacionado con estas cláusulas tendría que responder: ¿cuál es la justificación utilizada por las autoridades para hacer distinciones entre los individuos?, ¿qué tipo de clasificaciones utiliza la autoridad para alcanzar el fin que pretende al emitir una norma?, ¿cuál es el nivel de escrutinio judicial que debe utilizar para evaluarla? y, finalmente, ¿la norma emitida por la autoridad reúne los elementos requeridos durante su escrutinio? Con base en los anteriores planteamientos, el sistema norteamericano aplica actualmente tres niveles de escrutinio judicial.

El primero es el llamado test de razonabilidad o *rational basis test*. Bajo el estándar de este escrutinio, una ley o acto de autoridad es considerado constitucional si (a) dicha ley o acto la autoridad –sea estatal o federal– persigue un propósito legítimo, de manera que constituyan un medio razonable para alcanzar dicho propósito. En este tipo de escrutinio, el demandante tiene la carga de la prueba y, para lograr que la ley o acto sean declarados inconstitucionales, debe de probar que su emisión no persigue un interés o finalidad legítimos y los medios utilizados en la ley o el acto no son razonables para alcanzar dicho interés o finalidad. A partir del análisis casuístico de los últimos años, se ha comprobado que la Corte Suprema le ha otorgado mayor deferencia al Gobierno respecto a la demanda del ciudadano cuando aplica este primer nivel de escrutinio.

El segundo es el llamado escrutinio intermedio o *intermediate scrutiny*. Bajo este análisis, una ley o acto serán considerados constitucionales si están sustancialmente relacionados con el propósito de la autoridad al emitirlos. En este nivel, (a) la justificación de la autoridad debe ser más que legítima, es decir, la autoridad debe comprobar que con su emisión persigue algo importante o sustancial, (b) de manera que los medios utilizados en aquellos estén sustancialmente relacionados con el fin que se pretende alcanzar. En este nivel de escrutinio, la Corte Suprema también ha sostenido que el medio utilizado para alcanzar el fin no necesariamente tiene que ser el menos restrictivo. En este tipo de escrutinio, el Gobierno tiene la carga de prueba.

Finalmente, el tercero es el llamado escrutinio estricto o *strict scrutiny*. Una ley o acto de autoridad serán considerados constitucionales si su emisión (a) es necesaria para alcanzar algo imperioso. En este sentido, la autoridad debe demostrar que los medios utilizados en la ley o en el acto son los necesarios para alcanzar la finalidad o el propósito perseguido al emitir la ley. Para que la autoridad pueda convencer a la Corte Suprema de que (b) los medios utilizados son los necesarios, generalmente debe comprobar que utilizaron la alternativa menos restrictiva. En este nivel de

¹⁴ Edward G. White, “Earl Warren as Jurist”, *Virginia Law Review*, vol. 67, núm. 3, 1981, pp. 461-551.

escrutinio, la autoridad también posee la carga de la prueba y, generalmente, la ley o el acto es declarado inconstitucional, toda vez que la autoridad difícilmente logra reunir los elementos del escrutinio estricto.

La Corte Suprema abordó dos áreas que requerían un escrutinio más elevado que el aplicado bajo el test de razonabilidad o *rational basis test*. La primera fue la interpretación del término ‘categorías sospechosas’ para incorporarla al estudio de asuntos que requirieran un escrutinio más estricto, tales como las distinciones legislativas basadas en el origen étnico o la nacionalidad de los individuos. La segunda área es la relacionada con el alcance constitucional del término ‘derecho fundamental’.

1.1. Categorías sospechosas y el test aplicable en el sistema norteamericano

A lo largo del desarrollo jurisprudencial respecto a la Cláusula de Igualdad de la Enmienda Catorce, los jueces de la Corte Suprema han aplicado los niveles de escrutinio en diversos casos en los que gradualmente han evaluado las categorías sospechosas y determinado qué tipo de escrutinio ameritan. Por ejemplo, cuando el Gobierno hace distinciones entre los individuos con base en el origen étnico o la nacionalidad, el test aplicable es el escrutinio estricto. Una de las preguntas más importantes al llevar a cabo esta evaluación constitucional es: ¿cómo logra probar la existencia de una clasificación basada en estas dos categorías?

De acuerdo con la literatura en la materia existen dos alternativas: en primer lugar, la Corte Suprema ha distinguido si la clasificación en la ley es explícita, tal como ocurrió en el caso de *Brown v. Board of Education* en 1954, donde de manera expresa la legislación obligaba a los niños caucásicos y afroamericanos a asistir a escuelas diferentes, debido a la política de segregación racial de esos tiempos. En segundo lugar, la Corte Suprema debe analizar si la legislación en apariencia es neutral, pero en realidad pretende realizar una distinción entre los individuos con base en su origen étnico o nacionalidad. En *Washington v. Davis*, por ejemplo, la Corte Suprema sostuvo que en este tipo de asuntos no basta con probar la existencia de un “impacto discriminatorio”, pues para comprobar que existe discriminación racial, el demandante debe también comprobar “la intención” por parte de la autoridad de generar desventajas sobre un cierto grupo social.¹⁵

En asuntos donde las escuelas de educación primaria o secundaria utilicen la categoría racial para distribuir a los estudiantes en las diversas escuelas, la Corte Suprema ha sostenido que esta actuación debe reunir los requisitos del escrutinio estricto para ser considerada constitucional. Este criterio fue sostenido en *Parents Involved in Community v. Seattle Schools*. En asuntos donde la autoridad haga distinciones relacionadas con el género, la Corte Suprema ha señalado que el escrutinio

¹⁵ Erwin Chemerinsky, *Constitutional Law: Principles and Policies*, United States of America, Wolters Kluwer Law and Business, 2014.

intermedio deberá ser aplicado durante el análisis del caso. En este tipo de asuntos, los jueces también han distinguido entre las clasificaciones hechas de manera (a) expresa y aquellas donde la legislación en apariencia (b) sea neutral, pero en realidad tenga la finalidad de generar desventajas con base en el género. En esta última posibilidad, la Corte también ha solicitado que no sólo se demuestre el impacto discriminatorio, sino también la intención de discriminar por razones de género.

Por otro lado, en asuntos donde la autoridad haga distinciones en materia de extranjería, generalmente la Corte Suprema ha aplicado el escrutinio estricto para poder sostener la constitucionalidad de la ley o el acto de autoridad. Sin embargo, en temas relacionados con el derecho al voto, la participación en jurados, al ejercer el puesto de policía, maestro y agentes encargados de supervisar la libertad condicional de los individuos, así como en materia migratoria, la Corte Suprema ha aplicado únicamente la razonabilidad, toda vez que se refieren a materias relacionadas con gobernanza y el proceso democrático de ese país. Asimismo, en asuntos donde la Corte ha revisado casos relacionados con hijos nacidos dentro y fuera del matrimonio ha aplicado el escrutinio intermedio; la Corte ha señalado que la legislación que proporciona beneficios a los hijos nacidos dentro del matrimonio, pero excluye a los hijos nacidos fuera de él, siempre ha sido declarada inconstitucional.

Finalmente, las veces en que la Corte Suprema ha aplicado de manera exclusiva el test de razonabilidad ha sido en asuntos donde se han hecho distinciones en materia de edad (por ejemplo, en los casos donde se ha establecido una edad límite para el retiro), discapacidades (en el caso *The City of Cleburne v. Cleburne Living Center, Inc.*), condición social, regulación en materia económica, así como en asuntos relacionados con la orientación sexual.

2. El escrutinio judicial de la Suprema Corte de Justicia de la Nación

Como lo mencioné en la parte introductoria de este documento, a partir de 1995, la Suprema Corte de Justicia de la Nación inició un proceso de transformación que culminó, no sólo con un impacto significativo en términos de independencia y autonomía en su actuación, sino también con un cambio de paradigma en el propio proceso de decisión judicial. A finales de los noventa, la Suprema Corte fue uno de los órganos más criticados por un sector importante de la academia y las organizaciones de la sociedad civil por la escasa interpretación constitucional y el desarrollo jurisprudencial en materia de derechos humanos. Este debate se incrementó al finalizar el régimen autoritario, y debido al cambio del sistema político y sus condiciones de operación, requerían un ejercicio más independiente, autónomo y con coherencia constitucional por parte de los jueces de la Suprema Corte.¹⁶

¹⁶ Cossío Díaz, *op. cit.*

Un aspecto coyuntural que influyó el cambio de los cánones y la redacción de las sentencias judiciales fue la emisión de la primera Ley de Transparencia y Acceso a la Información.¹⁷ En 2002, el presidente Vicente Fox presentó la iniciativa de ley con la finalidad de generar una sociedad democrática. Mediante esta ley se promovió el acceso de la ciudadanía a la documentación gubernamental y el impulso de la rendición de cuentas en México, de tal manera que todas las autoridades estatales se obligaron a generar la infraestructura para cumplir el mandato legislativo.

El Poder Judicial de la Federación, en aras de contribuir a la construcción de un Estado más democrático y constitucional de derecho, llevó una serie de acciones a nivel institucional. Una de las más importantes fue la democratización del proceso de decisión judicial en México. Ello fue posible a través de la creación del Canal Judicial y del diseño del sitio de Internet.¹⁸ En junio de 2005, el Pleno de la Suprema Corte anunció de manera oficial la creación de ambos medios con la finalidad de transmitir, en tiempo real, las sesiones públicas de la Corte, a fin de que la ciudadanía en general tuviera acceso a los debates y discusiones de las decisiones más importantes y trascendentes para el país. A partir de 2005, la secrecía en el proceso de decisión judicial culminó y dio paso a un nuevo entendimiento de la actuación de la Suprema Corte en México.

Durante el período del autoritarismo, las sentencias se consideraban una barrera más dentro del sistema de administración de justicia frente a la ciudadanía. La ausencia de estructura y la argumentación rebuscada, altamente formalista y reflejada en un centenar de páginas, dificultaron la relación entre los jueces y los ciudadanos como destinatarios de estas. Como lo señala Martin Shapiro,¹⁹ pareciera que la simple argumentación expresada en las sentencias se daba por hecho y fue dejada al sentido común.

Por ello, además de la apertura judicial, los ministros de la Suprema Corte impulsaron el cambio en la estructura de las sentencias. Los ministros adoptaron un modelo de redacción de sentencias que les permitió gradualmente homogeneizarlas en su formato y terminar lo que muchos han llamado “la cultura del machote”.²⁰ A partir de 2005, las interminables transcripciones de la argumentación de los jueces de menor instancia fueron eliminadas, así como las transcripciones innecesarias de legislación, las que, en muchas ocasiones, sólo se prestaban a confusión, impidiendo un efectivo diálogo entre la Suprema Corte y los ciudadanos.

¹⁷ Esta ley entró en vigor en México el 12 de junio de 2002.

¹⁸ Ambos aprobados en la sesión del Comité de Comunicación Social y Difusión de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, el 10 de junio de 2005. Disponible en: <https://www.scjn.gob.mx/transparencia/Documents/AcuerdosCreacion-Objetivos-Funciones-CanalJudicial.pdf>.

¹⁹ Shapiro, *op. cit.*

²⁰ Roberto Lara Chagoyan, “El discurso narrativo en las sentencias de la Suprema Corte de Justicia de la Nación”, *Revista del Instituto de la Judicatura Federal*, núm. 24, 2007, pp. 123-141.

Además del elemento formal en las sentencias, la Suprema Corte fue responsiva a las críticas respecto a la ausencia de sentencias en materia de derechos humanos, e inició uno de los periodos de mayor esplendor en la interpretación constitucional de los derechos humanos reconocidos en la Constitución mexicana. La democratización del proceso de decisión judicial no sólo consistió en abrir las puertas de la Suprema Corte a sus debates, sino a través del nuevo diálogo que impulsó entre la Corte y los integrantes de la profesión jurídica para generar cambio social en México. En este sentido, los ministros importaron estándares de evaluación constitucional utilizados principalmente del sistema jurídico norteamericano y los adaptaron a la realidad mexicana como un mecanismo para legitimar la argumentación y el sentido de sus decisiones, así como darles más claridad.

3. El principio de igualdad y no discriminación en las sentencias de la Suprema Corte de México

Uno de los primeros precedentes de la aplicación de los nuevos estándares de constitucionalidad fue el fallado el 29 de septiembre de 2004. Al resolver el *Amparo Directo en Revisión 988-2004*, la Suprema Corte interpretó el alcance de la garantía de igualdad y discutió las clases, el concepto y las características de la motivación legislativa. En este asunto, la Primera Sala de la Suprema Corte sostuvo que la igualdad en el texto constitucional constituye un principio complejo que no sólo otorga a las personas la garantía de que serán iguales ante la ley en su condición de destinatarias de las normas y de usuarias del sistema de administración de justicia, sino también en la ley (en relación con su contenido).

En este sentido, la Corte señaló en el Amparo Directo en Revisión 988/2004 que el principio de igualdad debía entenderse como la exigencia constitucional de tratar igual a los iguales y desigual a los desiguales; de ahí que en algunas ocasiones hacer distinciones estará vedado, mientras que en otras estará permitido o, incluso, constitucionalmente exigido. Así, al conocer de un caso en el cual la ley distingue entre dos o varios hechos, sucesos, personas o colectivos, debe analizar si dicha distinción descansa en una base objetiva y razonable o si, por el contrario, constituye una discriminación constitucionalmente vedada. Para llegar a dicha conclusión, los ministros de la Suprema Corte aplicaron el siguiente test de constitucionalidad y señalaron que era necesario determinar:

- a) Si la distinción legislativa obedece a una finalidad objetiva y constitucionalmente válida: el legislador no puede introducir tratos desiguales de manera arbitraria, sino que debe hacerlo con el fin de avanzar en la consecución de objetivos admisibles dentro de los límites marcados por las previsiones constitucionales, o expresamente incluidos en ellas.
- b) La racionalidad o adecuación de la distinción hecha por el legislador: es necesario que la introducción de una distinción constituya un medio apto

para conducir al fin u objetivo que el legislador quiere alcanzar, es decir que exista una relación de instrumentalidad entre la medida clasificatoria y el fin pretendido.

- c) El requisito de la proporcionalidad: el legislador no puede tratar de alcanzar objetivos constitucionalmente legítimos de un modo abiertamente desproporcionado, de manera que el juzgador debe determinar si la distinción legislativa se encuentra dentro del abanico de tratamientos que pueden considerarse proporcionales, habida cuenta de la situación de hecho, la finalidad de la ley, y los bienes y derechos constitucionales afectados por ella; la persecución de un objetivo constitucional no puede hacerse a costa de una afectación innecesaria o desmedida de otros bienes y derechos constitucionalmente protegidos.

Asimismo, la Corte sostuvo que era de gran importancia determinar en cada caso respecto de qué se está predicando con la igualdad, porque esta última constituye un principio y un derecho de carácter fundamentalmente adjetivo que se predica siempre de algo. Este referente es relevante en el momento de realizar el control de constitucionalidad de las leyes porque la Constitución permite que, en algunos ámbitos, el legislador tenga más amplitud para desarrollar su labor normativa, mientras que en otros obliga al juez a ser especialmente más exigente cuando deba determinar si el legislador ha respetado las exigencias derivadas del principio de igualdad.

Al interpretar el artículo 1º de la Constitución, la Suprema Corte estableció varios casos –lo que más tarde reconoció también como “categorías sospechosas”– en los que procede dicho *escrutinio estricto*. Así, su primer párrafo proclama que todo individuo debe gozar de las garantías que ella otorga, las cuales no pueden restringirse ni suspenderse sino en los casos y con las condiciones que ella establece, lo que evidencia la voluntad constitucional de asegurar en los más amplios términos el goce de los derechos fundamentales, y que las limitaciones a ellos sean concebidas restrictivamente, de conformidad con el carácter excepcional que la Constitución les atribuye. También sostuvo que siempre que la clasificación realizada por el legislador incida en los derechos fundamentales garantizados constitucionalmente, será necesario aplicar con especial intensidad las exigencias derivadas del principio de igualdad y no discriminación.

Asimismo, señaló que el párrafo tercero del artículo 1º constitucional muestra la voluntad de extender la garantía de igualdad a ámbitos que trascienden el campo delimitado por el respeto a los derechos fundamentales explícitamente otorgados por la Constitución. Lo anterior debido a la prohibición de que el legislador, en el desarrollo general de su labor, incurra en discriminación por causa del origen étnico o nacional, género, edad, capacidades diferentes, condición social, condiciones de salud, religión, opiniones, preferencias, estado civil, o en cualquier otro hecho que atente contra la dignidad humana y tenga por objeto anular o menoscabar los derechos y libertades de las personas.

En este asunto, la Corte señaló:

La intención constitucional es, por lo tanto, extender las garantías implícitas en el principio de igualdad al ámbito de las acciones legislativas que tienen un impacto significativo en la libertad y la dignidad de las personas, así como al de aquellas que se articulan en torno al uso de una serie de criterios clasificatorios mencionados en el referido tercer párrafo, sin que ello implique que al legislador le esté vedado absolutamente el uso de dichas categorías en el desarrollo de su labor normativa, sino que debe ser especialmente cuidadoso al hacerlo. En esos casos, el juez constitucional deberá someter la labor del legislador a un escrutinio especialmente cuidadoso desde el punto de vista del respeto a la garantía de igualdad.²¹

El 20 de enero de 2009, la Suprema Corte resolvió la *Controversia Constitucional 32/2009*, en la que por primera vez desarrolló el término de categoría sospechosa con base en el artículo 1º de la Constitución. En esta decisión, la Suprema Corte sostuvo que los tribunales constitucionales están llamados a revisar la motivación de ciertos actos y normas provenientes del Poder Legislativo. Existe una exigencia que se actualiza cuando se emiten ciertos actos o normas en los que puede llegarse a afectar algún derecho fundamental u otro bien relevante desde el punto de vista constitucional, y precisamente por el tipo de valor que queda en juego, es indispensable que el legislador que emita el acto o la norma razone su necesidad en la consecución de los fines constitucionalmente legítimos, ponderando específicamente las circunstancias concretas del caso.

Al tratarse de reformas legislativas, la Suprema Corte señaló que esa exigencia es desplegada cuando se detecta alguna “categoría sospechosa”. Es decir, algún acto legislativo en el que se ven involucrados determinados valores constitucionales que eventualmente pueden ponerse en peligro con la implementación de la reforma o adición de que se trate. En estos supuestos se estima que el legislador debió haber llevado un balance cuidadoso entre los elementos que considera como requisitos para la emisión de una determinada norma o la realización de un acto, y los fines que pretende alcanzar. Además, este tipo de motivación implica el cumplimiento de los siguientes requisitos:

- a) La existencia de los antecedentes fácticos o circunstancias de hecho que permitan colegir que procedía crear y aplicar las normas correspondientes y, consecuentemente, que está justificado que la autoridad haya actuado en el sentido en el que lo hizo.
- b) La justificación sustantiva, expresa, objetiva y razonable, de los motivos por los que el legislador determinó la emisión del acto legislativo de que se trate.

²¹ Cfr. Amparo Directo en Revisión 988-2004.

Por otro lado, la Suprema Corte manifestó que, en determinados campos –como el económico, el de la organización administrativa del Estado y, en general, en donde no existe la posibilidad de disminuir o excluir algún derecho fundamental–, un control muy estricto llevaría al juzgador constitucional a sustituir la función de los legisladores, a quienes corresponde analizar si ese tipo de políticas son las mejores o resultan necesarias. La fuerza normativa de los principios democráticos y de separación de poderes tiene como consecuencia obvia que los otros órganos del Estado –y entre ellos, el juzgador constitucional– deben respetar la libertad de configuración con que cuentan los congresos locales, en el marco de sus atribuciones.

De este modo, la Suprema Corte ha sostenido:

[S]i dichas autoridades tienen mayor discrecionalidad en ciertas materias, eso significa que en esos temas las posibilidades de injerencia del juez constitucional son menores y, por ende, la intensidad de su control se ve limitada. Por el contrario, en los asuntos en que el texto constitucional limita la discrecionalidad del Poder Legislativo, la intervención y control del tribunal constitucional debe ser mayor, a fin de respetar el diseño establecido por ella. En esas situaciones, el escrutinio judicial debe entonces ser más estricto, por cuanto el orden constitucional así lo exige. Conforme a lo anterior, la severidad del control judicial se encuentra inversamente relacionada con el grado de libertad de configuración por parte de los autores de la norma.²²

Recientemente, el 22 de enero de 2014, al resolver el *Amparo Directo en Revisión 1387/2012*, la Suprema Corte señaló que las distinciones, también conocidas como “categorías sospechosas” (étnicas o nacionales, de género, edad, discapacidades, condición social, condiciones de salud, religión, opiniones, preferencias sexuales, estado civil o cualquier otra que atente contra la dignidad humana), que tengan por objeto anular o menoscabar los derechos y libertades de las personas requieren que el operador de la norma realice un escrutinio estricto de la medida para examinar su constitucionalidad a la luz del principio de igualdad.

Al respecto, es de señalar que tanto la Constitución como los tratados internacionales en materia de derechos humanos suscritos por el Estado mexicano prevén la posibilidad de otorgar un trato desigual a quienes no se encuentran en una paridad frente a los otros sujetos, si dicho trato implica una distinción justificada. Si, por el contrario, la medida adoptada carece de razonabilidad, entonces será excluyente y, por ende, discriminatoria.

²² Cfr. Controversia Constitucional 32/2009.

3.1. Interpretación constitucional y categorías sospechosas

3.1.1. *Preferencia sexual*

A partir de la decisión de la Primera Sala sobre la constitucionalidad de los matrimonios entre parejas del mismo sexo, la Suprema Corte continuó interpretando el alcance de este derecho en otros asuntos.²³ El 14 de junio de 2014, en el *Amparo en Revisión 615/2013*, la Suprema Corte sostuvo que la asignación de tareas, habilidades y roles dentro de las parejas o las familias de acuerdo con el sexo o la identidad sexo-genérica de las personas en las normas, corresponde a una visión estereotípica basada en características individuales o colectivas con significación social o cultural, lo cual constituye una forma de discriminación –tanto para las parejas del mismo sexo como para las de distinto– y, por ende, las normas que prevean esa asignación son inconstitucionales, porque el Estado determina a las personas con base en estas características y niega, por un lado, la diversidad de los proyectos de vida y, por otro, la posibilidad de la distribución consensuada de las tareas dentro de las parejas y las familias.

Asimismo, el 18 de marzo de 2015, en el *Amparo en Revisión 735/2014*, la Suprema Corte, al analizar la legislación de Colima, sostuvo que esta contempla dos regímenes jurídicos expresamente diferenciados a los que podían acceder las parejas en función de sus preferencias sexuales: el “matrimonio” para las parejas de distinto sexo y el “enlace conyugal” para las parejas del mismo sexo. Sin embargo, esas normas hacían una diferenciación basada en una categoría sospechosa, en términos del artículo 1º de la Constitución, toda vez que la distinción utilizada para determinar quiénes pueden utilizar el poder normativo para crear un vínculo matrimonial o un enlace conyugal se apoya en las preferencias sexuales de las personas, de tal manera que debe realizarse un escrutinio estricto de la medida.

En este sentido, la Suprema Corte sostuvo que la distinción entre “matrimonio” y “enlace conyugal” era inconstitucional, puesto que ni siquiera persigue una finalidad constitucionalmente admisible. En aquellos casos en los que la ley niega el acceso al matrimonio a las parejas del mismo sexo, la existencia de un régimen jurídico diferenciado al cual puedan optar las parejas homosexuales en lugar de casarse, incluso si la figura en cuestión tuviera los mismos derechos que el matrimonio, evoca a las medidas avaladas por la conocida doctrina de “separados pero iguales”, surgida en Estados Unidos en el contexto de la segregación racial de finales del siglo XIX.

La Suprema Corte señaló que una distinción como esta resulta totalmente inaceptable en un Estado constitucional de derecho que aspira a tratar con igual consideración y respeto a todos sus ciudadanos, ya que únicamente se basa en un

²³ Mónica Castillejos Aragón, “Cambio legislativo y la decisión judicial: sobre la despenalización del aborto y los matrimonios entre parejas del mismo sexo”, *Revista Latinoamericana de Derechos Humanos*, vol. 25, núm. 1, 2014, pp. 131-146.

sentimiento de desaprobación hacia un grupo de personas en específico: las personas con preferencias homosexuales. La exclusión de las parejas homosexuales del matrimonio está basada en los prejuicios que históricamente han existido en contra de los homosexuales, de tal manera que con ella se perpetúa la noción de que las parejas del mismo sexo son menos merecedoras de reconocimiento que las heterosexuales, ofendiendo con ello su dignidad como personas.

Por lo anterior, la Suprema Corte señaló que la distinción en el régimen de matrimonio para las parejas del mismo sexo que establecen los artículos 147 de la Constitución de Colima y 145 del Código Civil para el Estado de Colima bajo el rubro de “enlace conyugal” vulneraban el derecho a la igualdad y no discriminación; por ende, fueron declarados inconstitucionales.

4. Conclusión

Este documento presentó el desarrollo institucional de la Suprema Corte a través de los estándares de constitucionalidad incorporados en los últimos años. Mostré un número ejemplificativo, mas no exhaustivo, de las recientes sentencias de la Suprema Corte de México en relación con la interpretación del principio de igualdad y no discriminación. Asimismo, describí brevemente la historia de la interpretación de las cláusulas de igualdad y no discriminación por la Suprema Corte de los Estados Unidos, el uso de diversos niveles de escrutinio judicial (*rational basis*, *intermediate scrutiny*, *strict scrutiny*), así como la importante influencia que han tenido dichos estándares en el desarrollo constitucional de diversos países latinoamericanos, incluyendo a la Suprema Corte de México.

La incorporación de los niveles de escrutinio judicial en la argumentación y el estudio de las sentencias mexicanas ha representado un avance significativo de los jueces mexicanos. Ello en aras de fortalecer institucionalmente a la Suprema Corte y legitimar sus decisiones a partir de sentencias más claras y con un mayor rigor y calidad argumentativos, así como una respuesta eficiente a las demandas por parte de la sociedad de precedentes en materia de derechos humanos, propios de un Estado constitucional y democrático de derecho.

A diferencia de lo que ocurre en la Corte Suprema de los Estados Unidos, en México se advierte todavía poca claridad en la clasificación o en las áreas donde el test de razonabilidad, el escrutinio intermedio y/o el escrutinio estricto tienen aplicación; pareciera que México ha establecido un mayor rigor en el análisis de las categorías enunciadas en la Constitución, alejándose de un escrutinio simple o intermedio para aplicar uno más estricto cuando se trata de distinciones hechas por el legislador, basadas en las llamadas categorías sospechosas.

Bibliografía

- CALABRESI, Guido S., "A Madisonian Interpretation of the Equal Protection Doctrine", *Yale Law Journal*, vol. 91, núm. 7, 1982, pp. 1403-1429.
- CASTILLEJOS ARAGÓN, Mónica, "The transformation of the Mexican Supreme Court into an arena for political contestation", en Gordon SILVERSTEIN, Diana KAPISZEWSKI and Robert KAGAN, *Consequential Courts - Judicial Roles in Global Perspective*, Cambridge University Press, 2013, pp. 138-160.
- _____, "Cambio legislativo y la decisión judicial: sobre la despenalización del aborto y los matrimonios entre parejas del mismo sexo", *Revista Latinoamericana de Derechos Humanos*, vol. 25, núm. 1, 2014, pp. 131-146.
- CHEMERINSKY, Erwin, *Constitutional Law: Principles and Policies*. United States of America, Wolters Kluwer Law and Business, 2014.
- COSSÍO DÍAZ, José Ramón, *La teoría constitucional de la Suprema Corte*, México, Fontamara, 2002.
- LARA CHAGOYAN, Roberto, "El discurso narrativo en las sentencias de la Suprema Corte", *Revista del Instituto de la Judicatura Federal*, núm. 24, 2007.
- MAGALONI, Ana Laura, "El ciudadano olvidado", *Nexos*, núm. 342, 2006.
- MASON, Thomas, "Understanding the Warren Court: Judicial Self-restraint and Judicial Duty", *Political Science Quarterly*, vol. 81, núm. 4, 1966, pp. 523-563.
- DAVID A. Richards, *Conscience and the Constitution: History, Theory, and Law of the Reconstruction Amendments*, Princeton, N.J., Princeton University Press, 1993.
- SEIDMAN, Louis Michael, "Brown and Miranda", *California Law Review*, vol. 80, 1992, pp. 673-753.
- SHAPIRO, Martin M., "The Giving Reasons Requirement", *University of Chicago Legal Forum*, article 8, 1992, pp. 179-220.
- WHITE, Edward G., "Earl Warren as Jurist", *Virginia Law Review*, vol. 67, núm. 3, 1981, pp. 461-551.
- WILKINSON, J. Harvie, III, "The Supreme Court, the Equal Protection Clause, and the Three Faces of Constitutional Equality", *Virginia Law Review*, vol. 61, núm. 5, 1975, pp. 945-1018.

VOLVER A LA TABLA DE CONTENIDO

Emerson Affonso da Costa*

Jurisdição constitucional, direitos fundamentais e princípio democrático: parâmetros para a atuação do poder judiciário na promoção dos valores constitucionais em respeito ao princípio majoritário

RESUMO

Os limites da jurisdição constitucional na concretização dos direitos fundamentais diante do princípio democrático é o tema posto em debate. Analisa-se, na tensão entre constitucionalismo e democracia, em que medida é possível delimitar um campo de atuação da corte constitucional capaz de garantir a promoção dos bens e valores constitucionais, bem como que seja pressuposto ao processo democrático sem que importe em violação ao princípio majoritário e o espaço legítimo de atuação dos demais poderes públicos. Para tanto, no primeiro capítulo se correlacionam a jurisdição constitucional e o dever de promoção dos direitos fundamentais, de maneira a delimitar a função contramajoritária exercida pela corte constitucional na proteção dos direitos das minorias. Após, verifica-se a forma de atuação ativista do Poder Judiciário na garantia dos direitos do homem de forma a extrair os seus limites diante do princípio democrático. Por fim, propõe-se a utilização de *standards* capazes de permitir a promoção dos direitos fundamentais e garantir os pressupostos necessários à deliberação democrática, sem que importe em ocupação dos espaços decisórios políticos.

Palavras-chave: Jurisdição Constitucional; Direitos Fundamentais; Princípio Democrático; Ativismo Judicial; Parâmetros.

* Professor Assistente I da Universidade Federal de Juiz de Fora (UFJF). Doutorando em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Vice Líder do Grupo de Pesquisa de Teorias Constitucionais Contemporâneas (GPTCC) da Universidade Federal Fluminense (UFF) registrado perante o Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico (CNPQ). Membro da Comissão Permanente de Direito Constitucional do Instituto dos Advogados do Brasil (IAB) e da Comissão de Cultura Jurídica da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB). emerson.moura@uff.edu.br.

ZUSAMMENFASSUNG

Der Beitrag stellt die Grenzen der Verfassungsgerichtsbarkeit bei der Ausgestaltung der Grundrechte im Rahmen des Demokratieprinzips zur Diskussion. Er geht der Frage nach, inwieweit es im Spannungsfeld von Konstitutionalismus und Demokratie möglich ist, den Tätigkeitsbereich des Verfassungsgerichtshofs so zu bestimmen, dass der Schutz der Verfassungsgüter und -werte unter Beachtung der demokratischen Regeln gewährleistet wird, ohne das Mehrheitsprinzip und den legitimen Handlungsspielraum der beiden anderen Staatsgewalten zu verletzen. Dazu wird im ersten Kapitel das Verhältnis von Verfassungsgerichtsbarkeit und Verpflichtung zum Grundrechtsschutz betrachtet, um die vom Verfassungsgerichtshof zum Schutz von Minderheitenrechten praktizierte Mehrheitsunabhängigkeit einzugrenzen. Anschließend wird auf die Frage des Justizaktivismus bei der Gewährleistung der Menschenrechte eingegangen, um dessen einschränkende Wirkung auf das Demokratieprinzip abzuleiten. Schließlich wird die Verwendung von Standards vorgeschlagen, die den Schutz der Grundrechte ermöglichen und die Voraussetzungen für eine demokratische Debatte schaffen, ohne den politischen Entscheidungen vorzugreifen.

Schlagwörter: Verfassungsgerichtsbarkeit; Grundrechte; Demokratieprinzip; Gerichtsaktivismus; Parameter.

ABSTRACT

The limits of constitutional jurisdiction in the fulfillment of fundamental rights and its relation to the democratic principle is the theme put into discussion. This paper analyzes, within a framework of tension between constitutionalism and democracy, to what extent it is possible to define a constitutional court field able to ensure the promotion of constitutional assets and values, inherent to the democratic process, without breaching the principle of majority and the legitimate field of action of other public authorities. To this end, the first chapter correlates the constitutional jurisdiction and the duty to promote fundamental rights, in order to delimit the counter-majoritarian role performed by constitutional courts in the protection of minority rights. Afterwards, the activist role of the Judiciary in guaranteeing human rights is analyzed, so as to extract its limits in relation to the democratic principle. Finally, it is suggested the use of standards that allow promoting the fundamental rights and guaranteeing the conditions necessary for democratic discussion, without this entailing the occupation of the political decision-making spaces.

Keywords: Constitutional jurisdiction; Fundamental rights; Democratic principle; Judicial activism; Parameters.

Introdução

Com o fim da ditadura militar, a ascensão do Estado Democrático de Direito no Brasil é marcada pela consagração, na Constituição Federal de 1988, de um amplo

sistema de proteção dos direitos do homem, com epicentro no Princípio da Dignidade da Pessoa Humana e no catálogo aberto de direitos fundamentais, bem como de expansão da jurisdição constitucional, com reforço dos legitimados e mecanismos de deflagração.

A adoção de um texto constitucional analítico, com a inclusão de diversas matérias na lei fundamental e, portanto, a sua subtração da política ordinária, a previsão da cláusula da inafastabilidade da tutela jurisdicional na apreciação de lesão ou ameaça de Direito, aliada ao crescente déficit de representação das instâncias democráticas, conduziram ao reforço da atuação do Poder Judiciário na proteção dos direitos fundamentais.

Na última quadra histórica, as principais questões políticas e sociais relevantes, inclusive relativas à promoção dos direitos fundamentais – que encontram como legítimo espaço de deliberação pública o âmbito da conformação legislativa e da discricionariedade administrativa – foram objeto de judicialização, tendo sido decididas em última instância pela corte constitucional.

Embora o papel desempenhado pelo Poder Judiciário em um Estado com baixos índices de desenvolvimento humano e social represente uma força motriz para a concretização dos direitos fundamentais e, assim, para o próprio processo democrático, em um Estado Democrático de Direito há limites normativos e políticos a serem observados no exercício da jurisdição constitucional.

Os limites textuais e substanciais da norma constitucional,¹ a existência de excessos² ou o exercício de preferências políticas³ nas decisões políticas, bem como a fuga do exercício da cidadania do poder político do âmbito das searas democráticas, são questões que tornam necessária a delimitação de contornos à atuação do Poder Judiciário na promoção dos Direitos Fundamentais.

¹ É importante, todavia, considerarmos os limites das normas constitucionais, evitando a falsa concepção de que apenas com o Direito será possível alcançar a superação da pobreza, da desigualdade e da falta de democracia. A ficção de que a norma pode tudo pode conduzir a um direito constitucional desprendido da vida real. José Reinaldo de Lima Lopes. “Judiciário, democracia e políticas públicas”, *Revista de Informação Legislativa*, ano 31, n. 122, Brasília: Senado Federal, maio-jul, 1994, p. 260.

² Como exemplo, podemos citar as ações que versam sobre tratamentos médicos exorbitantes no exterior, medicamentos não essenciais como Viagras, além de próteses, aparelhos de audição, ultrassom, próteses, tratamentos psicológicos de adolescentes carentes, transplantes de medula, marca-passos e afins. Sobre o Tema, vide: Florian F. Hoffman; Fernando R. N. M. Bentes, “A litigância judicial dos direitos sociais no Brasil: uma abordagem empírica”, em: Daniel Sarmento; Cláudio Pereira Souza Neto (orgs.), *Direitos sociais fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2008, pp. 391-400.

³ Sobre os riscos de uma judiocracia com decisões judiciais que operam em um sistema de abertura das normas constitucionais e permitem o uso de preferências políticas e valorativas do juiz em detrimento das opções fundamentais da sociedade trazidas pelo constituinte, vide: Daniel Sarmento, “O Neoconstitucionalismo no Brasil: Riscos e possibilidades”, em: Daniel Sarmento (Org.). *Filosofia e Teoria Constitucional Contemporânea*, Rio de Janeiro, Ed. Lumen Júris, 2009, p. 133.

O presente trabalho busca delimitar, na tensão entre *constitucionalismo e democracia*, parâmetros para o exercício da jurisdição constitucional na promoção dos direitos fundamentais, de forma a garantir a proteção e promoção dos referidos direitos do homem, mas em respeito ao princípio democrático e como garantia dos pressupostos necessários para o processo democrático.⁴

Preende-se delimitar um campo de atuação de corte constitucional capaz de garantir a promoção das referidas normas constitucionais, permitindo a concretização dos direitos fundamentais enquanto essenciais a uma vida digna e pressupostos ao próprio processo democrático, sem que importe em violação ao princípio majoritário e ao espaço legítimo de atuação dos demais poderes públicos.

Para tanto, no primeiro capítulo se analisa o papel da jurisdição constitucional à luz da Constituição Federal de 1988 e do modelo teórico vigente, de maneira a extrair o dever de promoção dos direitos fundamentais e, portanto, a função contramajoritária exercida pela corte constitucional na proteção dos direitos das minorias em face do princípio majoritário.

Após, verifica-se a forma de atuação do Poder Judiciário na garantia dos direitos fundamentais, de forma a delimitar, junto ao papel de autocontenção e deferência às instâncias políticas, o papel criativo de interpretação da norma constitucional, apontando, todavia, os seus limites diante do princípio majoritário, sob pena de subtração ou não do espaço legítimo de atuação das instâncias democráticas.

Por fim, propõe-se a utilização de *standards* capazes de auxiliar no debate, para que a atuação da jurisdição constitucional garanta a proteção e promoção dos direitos fundamentais e os pressupostos necessários à deliberação democrática, sem que importe em ocupação dos espaços decisórios políticos, auxiliando no equilíbrio entre os poderes no Estado Democrático de Direito.

Para tanto, utiliza-se por metodologia a crítica dialética com apoio na doutrina pátria e estrangeira através dos principais expoentes do Direito Constitucional, com primazia dos autores nacionais – utilizando-se, quando necessária, a análise de alguns julgamentos do Supremo Tribunal Federal com fins de ilustração da operatividade do debate acadêmico no âmbito da referida corte.

1. A jurisdição constitucional e o papel contra majoritário

A Constituição Federal de 1988 é marcada pela expansão da jurisdição constitucional; mediante a ampliação do elenco de legitimados para a propositura das

⁴ Neste tocante, o controle judicial sobre os atos dos demais poderes advindos da deliberação da maioria se mostra instrumento eficaz para garantir que os direitos fundamentais que são pré-requisitos de legitimidade da atuação desses poderes não sejam violados. Um arranjo onde há legisladores majoritários, revisão judicial e nomeação dos membros da corte pelo Executivo é um modelo eficiente para reduzir a injustiça política a longo prazo. Sobre o tema: Ronald Dworkin, “Juizes políticos e democracia”, *Jornal O Estado de São Paulo*, 26/abril, 1997.

ações de controle de constitucionalidade e a criação de novos instrumentos de controle concentrado, garante-se a preservação dos direitos fundamentais do processo político majoritário, reservando-se a sua tutela à seara do Poder Judiciário.⁵

Isto porque com a expansão da jurisdição constitucional se garante a proteção da lei fundamental com a preservação de sua hierarquia formal e axiológica perante as normas infraconstitucionais, bem como a atos dos demais poderes, mediante a atuação das cortes constitucionais – determinado o respeito e proteção aos direitos fundamentais.⁶

Essa ampliação da competência do Poder Judiciário para o controle de constitucionalidade dos atos emanados pelos poderes públicos e o crescente exercício das ações abstratas pelos atores políticos e sociais, permitiram um processo de juridicização da política, que amplia a influência da Constituição sobre as relações políticas e limita o poder à conformação das escolhas fundamentais da sociedade.⁷

O Poder Judiciário passa a assumir um novo papel, não apenas de proteção dos direitos fundamentais contra ações do Estado, mas de promoção dos direitos individuais, coletivos e difusos, com a exigência de prestações dos poderes públicos, que, aliado ao acréscimo da demanda social por justiça, resulta na *judicialização das questões políticas e sociais, e na ascensão político-institucional* do Poder Judiciário.⁸

Isto porque, aliada à expansão do controle de constitucionalidade, a ampla incorporação de matérias pela Constituição e a crescente demanda da sociedade por justiça, fazem com que as questões políticas e sociais sejam reconduzidas da esfera política à jurídica, pois com a cláusula da inafastabilidade da tutela jurisdicional e o papel de guarda da Constituição, o conhecimento da demanda pelo Poder Judiciário é inevitável.

⁵ Insere-se, portanto, o exercício da jurisdição constitucional orgânica e das liberdades no complexo de mecanismos de natureza normativa, institucional ou processual tendentes a assegurar a plena realização dos direitos fundamentais. Rosa Júlia Plá Coelho, *Mecanismos de proteção dos direitos fundamentais*. 1 ed. Brasília: Ordem dos Advogados do Brasil, 2005. p. 34.

⁶ No Brasil, ampliam-se o objeto e o escopo da jurisdição constitucional através da ampliação do elenco de legitimados ativos para a propositura da ação direta de inconstitucionalidade (artigo 103, incisos I a IX), da criação do controle de inconstitucionalidade por omissão (artigo 103, §2º) com a ação direta e o mandado de injunção (artigo 102 “q”), e da previsão da arguição de descumprimento de preceito fundamental (artigo 102, §1º) dentre outros.

⁷ Como ilustrações têm-se os temas conduzidos ao Supremo Tribunal Federal nos últimos tempos: os limites de investigação das Comissões Parlamentares, a fidelidade partidária, a Reforma da Previdência e a Reforma do Judiciário. Quanto aos direitos fundamentais, têm-se a interrupção da gestação de fetos inviáveis, as pesquisas com células-troncos embrionárias e as políticas públicas de distribuição de medicamentos. Voltaremos ao assunto no tópico seguinte.

⁸ Corresponde a chamada onipotência judicial, decorrente da compreensão de que, sendo a Constituição uma norma jurídica presente em todo tipo de conflito em razão do seu denso conteúdo material, a grande maioria das questões da vida social e política se submetem ao controle pelo Poder Judiciário. Luis Pietro Sanchís. “Neoconstitucionalismo y ponderación judicial”, em: Miguel Carbonell, *Neoconstitucionalismos*, op. cit. p. 122.

Por outro lado, a recuperação das liberdades democráticas e das garantias da magistratura após a ditadura, unida à crise de legitimidade dos poderes públicos, fazem com que o Poder Judiciário exerça o papel de controle jurídico das decisões políticas buscando adequá-las às opções fundamentais da sociedade na Constituição, o que importa em um protagonismo judicial.⁹

Como fenômeno vinculado se tem a reelaboração da interpretação constitucional, com o redimensionamento da norma jurídica como veiculadora apenas dos elementos iniciais para a solução do problema, a assunção dos fatos enquanto instrumento de delimitação dos resultados possíveis, e o intérprete sendo um dos sujeitos que participam no processo de criação do Direito.¹⁰

Enseja a definição de métodos interpretativos mais flexíveis e compatíveis com as hipóteses onde há a incidência multidimensional de normas jurídicas e complexidade dos fatos em questão, permitindo, mediante concessões recíprocas, a preservação dos bens e interesses em jogo e a definição do direito precedente em caso, sempre reconduzindo ao sistema jurídico e à concordância prática.¹¹

Reforça-se, portanto, com a Constituição Federal de 1988 e a reformulação da interpretação judicial, o papel contramajoritário da corte constitucional de ordenação e conformação da realidade político-social vigente à concretização dos bens e interesses fundamentais eleitos pela sociedade em sua lei fundamental, dentre os quais a proteção e promoção dos direitos do homem.

O Estado Democrático de Direito não se esgota no princípio democrático e no governo da maioria, mas abrange outros princípios e valores, além do respeito à pluralidade e às minorias, cabendo ao Poder Judiciário preservar, diante da soberania popular e do governo da maioria, a limitação do poder e os direitos fundamentais.¹²

⁹ O Judiciário deixou de ser um departamento técnico-especializado e se transformou em um verdadeiro poder político, capaz de fazer valer a Constituição e as leis, inclusive em confronto com os outros Poderes. Luís Roberto Barroso. “Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática”, *Revista Direito do Estado*, Salvador, ano 4, n. 13, p. 73, jan./mar., 2009, p. 3.

¹⁰ Altera-se o papel do Poder Judiciário, que passa a ter a competência ampla para invadir atos legislativos e administrativos considerados como inconstitucionais e interpretar as normas jurídicas à luz da Constituição, com o preenchimento das antinomias e lacunas. Luigi Ferrajoli, “*Pasado y futuro del estado de derecho*”, em: Miguel Carbonell (Org). *Neoconstitucionalismo(s)*, 1 ed. Madri: Editorial Trotta, 2003, p. 18.

¹¹ O emprego da técnica legislativa de *conceitos jurídicos indeterminados* dotados de maior plasticidade e textura aberta, e o reconhecimento de normatividade dos *princípios* com menor densidade jurídica inviabilizam que o intérprete extraia das normas em abstrato os elementos necessários à sua aplicação, sujeitando-se às suas valorações e escolha entre as soluções possíveis, mediante a ponderação entre os bens envolvidos e argumentação como elemento de controle da racionalidade da decisão proferida. Sobre o tema: Jane Reis, *Interpretação constitucional e direitos fundamentais*, Rio de Janeiro, Renovar, 2006, em especial, capítulo III.

¹² Luís Roberto Barroso, *Curso de direito constitucional contemporâneo*, 2 ed., Rio de Janeiro, Saraiva, 2009, pp. 382-91.

Isto não significa que a atuação contramajoritária da corte constitucional seja ilimitada na promoção dos valores e bens tutelados pela Constituição, mas que atua com restrições, como a necessária proteção ao processo democrático e à estabilidade institucional na resolução dos conflitos entre os poderes públicos e os cidadãos.

Portanto, os juízes atuam como protagonistas da transformação social, tutelando os princípios democráticos, mas, também, protegendo os bens e interesses fundamentais da sociedade de violações advindas de processos majoritários de deliberação,¹³ buscando na tensão entre constitucionalismo e democracia a justa medida que permita a realização da democracia e a proteção dos direitos fundamentais.

Por efeito, na última quadra histórica o Supremo Tribunal Federal tem, no controle de constitucionalidade, exercido um papel de evidência no controle dos atos dos demais poderes com fins de garantia de proteção das normas constitucionais, em especial no que se refere ao respeito e à concretização dos direitos fundamentais.

O tema será tratado a seguir.

2. O ativismo judicial e limites ao princípio democrático

Como visto, a judicialização das questões políticas e sociais decorre do desenho institucional vigente, que – apoiado na ampla constitucionalização-inclusão de matérias infraconstitucionais, na adoção do sistema de jurisdição una e no princípio da inafastabilidade da tutela jurisdicional – conduz o Poder Judiciário às principais controvérsias da sociedade.

Todavia, no âmbito da jurisdição constitucional esse exercício do controle das questões políticas e sociais, que caberiam precipuamente à deliberação política dos demais Poderes Estatais, pode importar na adoção, pela Corte Constitucional, de uma postura *autocontida* – de deferência à decisão política majoritária realizada pelos poderes constituídos – ou *ativista* – de proteção das normas constitucionais criadas pelo poder constituinte.

Neste sentido, corresponde ao ativismo judicial, portanto, a atuação intensa e ativa exercida pelo Poder Judiciário no controle dos atos emanados dos demais Poderes Públicos, de forma a garantir a concretização dos valores e fins veiculados pelos preceitos constitucionais e preservar a supremacia axiológica e formal da Constituição e de suas normas.¹⁴

¹³ Ronald Dworkin, *Uma questão de princípios*, São Paulo, Martins Fontes, 2001, pp. 25-32.

¹⁴ O termo ativismo judicial foi empregado pela primeira vez em 1947 pelo historiador e político Arthur Schlesinger Jr. em artigo na revista *Fortune*; todavia, não há um consenso sobre a sua definição, adotando alguns autores um critério quantitativo – para defini-lo como a atuação demasiada do Poder Judiciário nas decisões dos demais poderes – e outros um critério qualitativo – de forma minimalista ou maximalista – na concretização dos valores constitucionais, que adotamos neste trabalho. Sobre o tema, vide: Dimitri Dimoulis e Soraya Gasparetto Lunardi, *Ativismo e autocontenção judicial no controle de constitucionalidade*, em:

Sua origem é apontada como no início do século XX, com as decisões da Suprema Corte dos Estados Unidos,¹⁵ e na década de 1950 com as do Tribunal Constitucional Alemão e Italiano¹⁶ para a tutela dos direitos fundamentais, se notabilizando no Brasil nos últimos anos com decisões sobre importantes questões políticas e sociais tomadas pelo Supremo Tribunal Federal.

O ativismo judicial envolve a aplicação direta e imediata da Constituição em situações não expressamente contempladas no texto constitucional, diante de omissão ou violação pelo legislador por disciplina normativa, ou por ato concreto do administrador, com vistas à garantia de proteção ou concretização dos valores e fins constitucionais.

É o que ocorreu no julgamento da ADPF 32, onde o Supremo Tribunal Federal, apesar da inexistência de regra constitucional explícita acerca das uniões homoafetivas, determinou o reconhecimento e a equiparação com as uniões estáveis tradicionais, com fundamento no Princípio da Dignidade da Pessoa Humana e na proteção dos direitos fundamentais.¹⁷

Abrange a invalidação de atos normativos emanados do Poder Legislativo ou Administrativo de constitucionalidade discutível, ou seja: com adoção de critérios menos rígidos do que aqueles onde inexiste patente e ostensiva violação da Constituição, com vista à preservação da hierarquia das normas constitucionais.

André Luiz Fernandes Fellet; Daniel Grotti de Paula e Marcelo Novelino, *As novas faces do ativismo judicial*, São Paulo, Jus Podvim, 2011, pp. 460-464.

¹⁵ Inicialmente o ativismo judicial foi utilizado de forma conservadora, permitindo a legitimidade para a segregação racial (*Dred Scott vs. Sanford* em 1857) e invalidação de leis sociais (*Lockner v. New York* em 1905); porém, no período de 1953 e 1969, sob a presidência de Earl Warren, foram tomadas as decisões progressistas em matéria de direitos fundamentais, como em relação à segregação racial nas escolas públicas (*Brown vs. Board of Education* em 1954), a incriminação do uso de pílulas anticoncepcionais (*Griswold vs. Connecticut* em 1965), entre outras. Sobre o tema, vide: Luís Roberto Barroso, “A americanização do Direito constitucional e seus paradoxos”, em: *Temas de direito constitucional*, t. IV, Rio de Janeiro, Renovar, 2009, p. 144 e ss.

¹⁶ Na Alemanha, o Tribunal Constitucional fixou que a lei fundamental não era ordem neutra de valores, mas que consagrava uma ordem objetiva instrumental à garantia dos direitos fundamentais (BVerfGE7, 198 (205)). Porém, assim como na Itália, tentou suavizar os impactos políticos da sua decisão, como, por exemplo, advertindo sobre as suas omissões para a sua correção, ou advertindo sobre uma revogação em caso de não atuação legislativa retificadora. Sobre o tema, vide: Vanice Regina Lírio do Valle, *Ativismo jurisdicional e o Supremo Tribunal Federal*, São Paulo, Juruá, 2009, p. 28.

¹⁷ Neste caso das uniões homoafetivas (ADPF 132) inexistiu regra constitucional expressa que tutele as relações ou prescreva a aplicação do regime de união estável, bem como não há vedação da norma do artigo 226 §3º, uma vez que esta ao tratar de homem e mulher buscou a superação da desigualdade na relação de casamento e não impedir a aplicação do regime às uniões homoafetivas. Neste sentido, o Supremo Tribunal Federal, com fundamento na dignidade da pessoa humana, aplicou o regime das uniões estáveis a essa nova modalidade de família. Sobre o tema, vide: Luís Roberto Barroso, “O reconhecimento jurídico das relações homoafetivas no Brasil”. *Revista do Ministério Público do RJ*. n. 27, p. 155 e ss.

É o verificado no caso da ADIN 3685, onde a Emenda Constitucional 52, que disciplinava coligações eleitorais impondo sua aplicação imediata, violava a anterioridade anual da lei eleitoral, cujo status, embora não fosse de cláusula pétrea, o Supremo Tribunal Federal reconheceu com fins de garantir a preservação e eficácia da referida norma constitucional.¹⁸

Por fim, compreende a imposição ao Poder Público de condutas ou de abstenções capazes de impedir violação ou garantir a concretização de direitos e fins constitucionais, em especial mediante o controle judicial sobre os programas de políticas públicas, de forma a assegurar o acesso a prestações, a bens e a serviços essenciais.

É o que foi decidido na ADPF 45/DF, onde o Presidente da República vetou norma da lei de diretrizes orçamentárias que garantia recursos mínimos para ações e serviços públicos de saúde, e o Supremo Tribunal Federal entendeu que, embora haja espaço de conformação legislativa e discricionariedade administrativa, elas não podem ser utilizadas para neutralizar a eficácia dos direitos sociais.¹⁹

No Brasil o ativismo judicial está diretamente relacionado com a crise de legitimidade e representatividade democráticas – que gera um descolamento entre os órgãos representativos e a sociedade – e a incapacidade ou desinteresse em atender as demandas sociais, produzindo um deslocamento do exercício da cidadania para o âmbito do Poder Judiciário.

¹⁸ Neste caso da verticalização (ADIn 3685), o artigo 2º da Emenda Constitucional 52 de 8 de Março de 2006 alterava o artigo 17 §1º da Constituição da República, fixando data para alteração, em violação ao princípio da anterioridade anual da lei eleitoral (CF, art. 16). O Supremo Tribunal Federal, para proteger a norma constitucional, que embora não tivesse uma violação frontal perderia sua eficácia, declarou inconstitucional a emenda constitucional, dando à norma do artigo 16 o status de cláusula pétrea embora não se enquadrasse no rol de cláusulas elencadas na Constituição. Sobre este tema, consulte-se: Fernando Bernardi Gallacci, *O STF e as cláusulas pétreas: o ônus argumentativo em prol da governabilidade?*, São Paulo, SBDP, 2011, pp. 25-27.

¹⁹ Na ADPF 45/DF o Supremo Tribunal Federal se manifestou no sentido de que, não obstante a formulação e a execução das políticas públicas dependam de opções políticas a cargo daqueles que, por delegação popular, receberam investidura em mandato eletivo, cumpre reconhecer que não se revela absoluta, neste domínio, a liberdade de conformação do legislador, nem a de atuação do Poder Executivo, de modo que não podem proceder com a clara intenção de neutralizar, comprometendo-a, a eficácia dos direitos sociais, econômicos e culturais. Sobre o tema, em seus limites e possibilidades, vide: Emerson Affonso da Costa Moura. “Do controle jurídico ao controle social: parâmetros à efetividade dos direitos sociais”. *Revista de Direito Constitucional e Internacional* - IBDC, vol. 77, dez 2011.

A redução da deliberação política ao processo eletivo,²⁰ a histórica e perniciosamente influência econômica dos agentes políticos sobre o eleitor²¹ e a captação dos agentes políticos por grupos de interesse,²² conduzem a um distanciamento entre representante e representado, promovendo estreitamento do debate político que se transfere para os órgãos judiciários.

O desinteresse dos atores políticos em atender questões de interesse social onde há um desacordo moral razoável na comunidade, de forma a evitar os desgastes promovidos pelo debate e os riscos da responsabilização política nas eleições, tornam o Poder Judiciário uma instância decisória política de questões polêmicas.²³

O processo de hipertrofia legislativa com a explosão de legislação infraconstitucional e regulamentação infralegal, bem como a atecnicidade da produção legislativa com a criação de conceitos jurídicos indeterminados, desencadeiam a ampliação dos conflitos na sociedade e da litigiosidade, bem como o potencial criativo e a margem de discricionariedade do Judiciário.²⁴

²⁰ Trata-se de fenômeno com fundamentos diversos, que variam desde a impossibilidade de participação devido às condições de pobreza extrema e baixo nível de educação de grande parte da população, da dificuldade de acesso às informações sobre as questões políticas e a falta de tempo para debater e manifestar sobre tais assuntos, até mesmo a descrença de que sua participação seja capaz de influenciar na ação pública. Ana Paula de Barcellos. “Papéis do Direito constitucional no fomento do controle social democrático: algumas propostas sobre o tema da informação”, em *RDE*, ano 3. N. 12, out/dez 2008, p. 82-84.

²¹ Remonta ao período colonial brasileiro a adoção de um modelo *patrimonialista* marcado pelo predomínio da corrupção, nepotismo e uso do poder econômico que se exterioriza até os dias atuais na corrupção persistente e nas políticas paternalistas que marcam a política brasileira. Sobre o tema, vide: Raymundo Faoro, *Os donos do poder*, 15 ed., São Paulo, Editora Globo, 2000.

²² A captura de partidos e candidatos por grupos de interesse que patrocinam as campanhas eleitorais para posteriormente cobrar favores por meio da satisfação de políticas distributivas a seu favor, é uma das formas de captura, mas não o único meio de influência dos grupos de interesse, em especial econômicos, na captura dos membros do Congresso. Sobre o tema, vide: Wagner Pralon Mancuso. *O lobby da indústria no Congresso Nacional*, São Paulo, EDUSP, 2007, p. 110.

²³ O ativismo judicial é exercido em contextos de inércia intencional pelos demais poderes de Estado. Em casos que são politicamente custosos com temas profundamente onerosos sem perspectiva de consenso na sociedade, como as uniões homoafetivas, ditadura militar e aborto, as instâncias democráticas abrem espaço para atuação ativista repassando os custos políticos para os tribunais, que não passam pelo crivo do voto popular após suas decisões. José Ribas Vieira; Margarida Maria Lacombe Camargo e Alexandre Garrido Silva, “O Supremo Tribunal Federal como arquiteto constitucional: a judicialização da política e o ativismo judicial” em: *Anais do I Fórum de Grupos de Pesquisa em Direito Constitucional e Teoria dos Direitos*, 2009. pp. 44-45.

²⁴ A hipertrofia do direito legislado e a produção de leis vagas reforçam e alimentam a possibilidade do direito judicial, transferindo para o Poder Judiciário a decisão sobre conflitos que caberiam ser dirimidos no âmbito político. Celso Fernandes Campilongo, *O Direito na sociedade complexa*, São Paulo, Max Limonad, 2000, p. 87.

As omissões legislativas na regulamentação de preceitos impostos pela Constituição, que impedem o exercício dos direitos pelos representados, aliadas à instituição de mecanismo próprio de controle de constitucionalidade pela via concentrada e a utilização de ação constitucional na via incidental, impõem a intervenção judicial na decisão política.

Por efeito, neste cenário de crise das instâncias democráticas, a rigor, o papel ativo do Poder Judiciário – em especial do Supremo Tribunal Federal – na realização dos valores e fins constitucionais não viola o princípio da separação dos poderes, mas é capaz de contribuir com o processo democrático ao garantir os seus pressupostos materiais por meio da concretização dos direitos fundamentais.

Isso exerce demasiada importância no que tange aos direitos fundamentais, onde há um dever de proteção e promoção pelos poderes públicos, com o oferecimento das prestações necessárias à sua fruição; e na sua ausência impõe a tutela pelo Poder Judiciário, com o respectivo controle dos atos, que, contudo, não é exercido de forma ilimitada.

O Poder Judiciário não pode atuar a título de proteção dos direitos fundamentais como *poder constituinte permanente*, moldando a Constituição de acordo com as suas preferências políticas, sem a devida legitimidade e responsabilidade política, em evidente violação ao princípio majoritário e ao processo democrático.²⁵

Há princípios sensíveis à democracia, a saber: questões notadamente políticas, que se sujeitam à vontade da maioria e portanto estão, a rigor, fora da ingerência do Poder Judiciário; mas também há princípios insensíveis ao princípio majoritário: questões relativas a própria proteção da pessoa humana, que se sujeitam ao controle judicial.²⁶

Na tensão entre *constitucionalismo* e *democracia*; entre o papel de *ativismo* da corte constitucional na proteção e promoção dos direitos fundamentais e valores constitucionais; e na *autocontenção* do Poder Judiciário em deferência às deliberações políticas majoritárias é que se deve buscar parâmetros que permitam a atuação legítima deste poder público.

O tema será tratado a seguir.

3. Parâmetros para a promoção dos direitos fundamentais em proteção ao princípio democrático

Como visto, o Estado Democrático de Direito se erige sob a dialética entre *constitucionalismo* – enquanto técnica de limitação do poder como forma de garantia

²⁵ Daniel Sarmiento, “A proteção judicial dos direitos sociais”, em: Cláudio Pereira de Souza Neto (orgs.). *Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2008.

²⁶ Ronald Dworkin, *Ob. cit.*, pp. 129 e 224.

dos direitos básicos do cidadão²⁷ – e *democracia* – enquanto soberania popular e vontade da maioria²⁸ – e, portanto, sob uma tensão imanente entre os direitos fundamentais e o governo democrático.

De um lado, portanto, cabe à Constituição garantir as condições necessárias ao processo democrático, mediante a garantia das condições procedimentais e da reserva do espaço próprio do pluralismo político, assegurando um ambiente para o adequado funcionamento da deliberação política, inclusive com a garantia das liberdades fundamentais essenciais ao exercício democrático.²⁹

Porém, do outro, abrange preservação de um conjunto de valores e objetivos que traduzem um compromisso com a transformação social e não permitem que os poderes constituídos disponham livremente dos bens essenciais da sociedade, gerando o esvaziamento da eficácia das normas constitucionais a título de exercício da democracia.³⁰

Assim, se cabe aos poderes constituídos o processo de concretização das normas constitucionais através da conformação legislativa e da discricionariedade administrativa, os direitos fundamentais, fruto do poder constituinte originário, não se sujeitam a um espaço ilimitado de decisão do governo democrático na sua proteção, promoção e restrição.

Neste sentido, a lei fundamental, veicula, portanto, consensos mínimos para proteção dos indivíduos e funcionamento do regime democrático, protegendo os direitos fundamentais do exercício do princípio majoritário e das decisões proferi-

²⁷ José Joaquim Gomes Canotilho, *Direito constitucional e teoria da constituição*, 3. ed., Coimbra, Almedina, 2000, p. 47.

²⁸ Na teoria contemporânea da Democracia confluem três grandes tradições do pensamento político: a teoria clássica de Aristóteles, da Democracia como Governo do povo, de todos os cidadãos, ou seja: de todos aqueles que gozam dos direitos de cidadania; a teoria medieval, de origem Romana, que identifica Democracia com soberania conforme o poder supremo deriva do povo e se torna representativo ou deriva do príncipe e se transmite por delegação do superior para o inferior; e a teoria moderna, de Maquiavel, onde Democracia é o governo genuinamente popular. Norberto Bobbio; Nicola Matteucci; Gianfranco Pasquino, *Dicionário de política*, Brasília, Editora Universidade de Brasília, 1998, p. 320.

²⁹ A Constituição não pode, e nem deve, ter a pretensão de suprimir a deliberação legislativa majoritária, mas deve proteger as condições procedimentais que permitam o desenvolvimento do processo político deliberativo. Assim, a Constituição da República de 1988 veiculou o princípio democrático e majoritário (Art. 1º caput), garantiu o pluralismo político (Art. 1º inciso V), a inserção como cláusula pétrea tendente abolir o voto direto, secreto, universal e periódico e a forma federativa (Art. 6º §4º) dentre outros. No viés procedimentalista, vide: John Hart Ely, *Democracia e desconfiança: uma teoria do controle judicial de constitucionalidade*, São Paulo, Martins Fontes, 2011; e Jurgen Habermas, *Direito e democracia entre facticidade e validade*, Rio de Janeiro, Tempo Brasileiro, 1997.

³⁰ Isto porque a ideia de democracia não se limita ao governo da maioria, mas compreende outros princípios e o respeito aos direitos da minoria. Assim, enquanto o processo político majoritário se move por interesses, a lógica democrática se inspira em valores, restando ao Poder Judiciário preservar, diante da soberania popular e governo da maioria, a limitação do poder e os direitos fundamentais. Luís Roberto Barroso, *op. cit.*, pp. 382-91.

das por maiorias políticas ocasionais, inclusive mediante o controle de deliberações políticas que o violem.³¹

Na nossa ordem jurídica, onde há um sistema de Controle de Constitucionalidade das leis e atos normativos, as tensões são resolvidas pelo exercício da jurisdição constitucional³² que tutela a *soberania popular* com a preservação das condições procedimentais do exercício democrático e dos *direitos fundamentais* pela proteção à manifestação da vontade da maioria.³³

De tal sorte, cabe ao Poder Judiciário garantir a proteção e promoção dos direitos fundamentais mediante o controle dos atos dos demais poderes públicos que os violem – ou não os concretizem sem que isto necessariamente resulte em violação do princípio democrático, mas exteriorize a necessidade da proteção dos pressupostos básicos da democracia.

Isto porque nas democracias contemporâneas o processo democrático deve abranger a deliberação pública que ocorre em um contexto de livre circulação de ideias e de informações; isto ocorre mediante o respeito e concretização de direitos fundamentais que permitem à igualdade de condições no debate democrático, racionalizando e legitimando as decisões políticas.³⁴

Assim, a construção de um modelo cooperativo no contexto democrático compreende a concretização de direitos fundamentais capazes de garantir a liberdade de agir e o acesso igualitário de todos na participação do processo de formação da vontade coletiva, de forma a atribuir a legitimidade e correção ao próprio processo democrático.

³¹ A Constituição deve proteger e as cortes judiciais devem implementar os direitos e princípios que realizem os valores de justiça, liberdade e igualdade. No viés substancialista, vide: John Rawls, *Uma Teoria de Justiça*, Belo Horizonte, Editora Martins, 2008; Ronald Dworkin, *Levando os direitos a sério*, Belo Horizonte, Editora Martins Fontes, 2010.

³² Cabe a todo órgão que possua o *status* de realizar a jurisdição constitucional, zelar pela aplicação das normas constitucionais; inclusive, se for necessário, contra a vontade da maioria. Peter Haberle, “El Tribunal Constitucional Federal como modelo de una jurisdicción constitucional autónoma” em: Peter Haberle. *Estudios sobre la jurisdicción constitucional*, México, Porrúa, 2005, p. 166.

³³ De forma que a vontade da maioria momentânea – do poder governante – não se sobreponha sobre a vontade da maioria permanente – do poder constituinte originário. Moreira Vital. “Princípio da maioria e princípio da constitucionalidade: legitimidade e limites da justiça constitucional” em: *Legitimidade e legitimação da justiça constitucional*, Coimbra, Coimbra Editora, 1995., p. 179.

³⁴ Para que a deliberação ocorra em efetivo, deve existir um contexto aberto, livre e igualitário onde todos possam participar com iguais possibilidades e capacidades para influenciar e persuadir. Esses pressupostos de uma deliberação justa e eficiente são institucionalizados através do Estado de Direito e da garantia dos direitos fundamentais que são pressupostos da verdadeira democracia. Assim, quando uma corte constitucional garante os direitos fundamentais contra a vontade da maioria não está violando o princípio democrático, mas estabelecendo as condições para a sua plena realização. Cláudio Pereira Souza Neto. “Deliberação pública, constitucionalismo e cooperação democrática” em: Daniel Sarmento (Coord). *Filosofia e teoria constitucional contemporânea*, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2009, pp. 79-80.

Envolve, portanto, a realização de um núcleo essencial dos direitos fundamentais a ser concretizado pelo Poder Judiciário, que seja capaz de preservar não apenas as condições mínimas para uma existência humana digna, mas de garantir também os pressupostos materiais necessários para uma efetiva participação democrática.

Assim, não se restringe ao mínimo existencial, que envolve as condições fundamentais para uma vida com dignidade,^{35, 36} mas envolve pressupostos essenciais para o funcionamento adequado do próprio sistema jurídico-democrático que constituem matriz irredutível, indisponível e insuscetível de restrição pelos poderes públicos e controlados pela jurisdição.

Isto importa na adjudicação pelo Poder Judiciário das prestações materiais necessárias à fruição do direito à liberdade e a igualdade, permitindo que o indivíduo possa exercer efetivamente sua autonomia na esfera privada e pública³⁷ e tenha possibilidade de participar e cooperar de forma igualitária no processo político democrático.³⁸

Cabe, portanto, à Jurisdição Constitucional garantir as prestações necessárias à concretização dos direitos fundamentais como forma de proteção da supremacia axiológica da Constituição e de seus preceitos, bem como do próprio princípio democrático, pela garantia das condições mínimas em que irá ocorrer a deliberação política.

³⁵ Neste sentido, Ana Paula de Barcellos, ao se referir ao mínimo existencial, considera a distinção entre um núcleo essencial ao que deve ser reconhecida eficácia jurídica positiva, e para além deste núcleo, onde se desenvolvem outras modalidades de eficácia jurídica na preservação do espaço da política e das deliberações majoritárias. Ana Paula de Barcellos, *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*, Rio de Janeiro, Renovar, 2002, p. 248.

³⁶ É o que ocorre, por exemplo, com a educação fundamental e a medicina preventiva e de urgência, que, correspondendo respectivamente ao núcleo essencial do direito à educação e saúde, poderiam ser exigidas pelos indivíduos que as precisem perante o Poder Judiciário sem restrições. Já os ensinos superior e médio e a medicina curativa exorbitariam este conteúdo, razão pelo qual dependeriam da progressiva realização pelos poderes públicos. Ricardo Lobo Torres, *O direito ao mínimo existencial*, Rio de Janeiro, Renovar, 2009, pp. 54, 130, 255 e 267.

³⁷ Como ilustração no que tange ao direito de educação, não envolve apenas as prestações referentes à educação fundamental, pois o ingresso nos níveis mais avançados de ensino depende da capacidade de cada um e envolve a necessária igualdade de condição, ou seja: o acesso ao Ensino Médio, permitindo que o indivíduo possa buscar um projeto razoável para a sua vida (faculdade) e seja capaz de participar da deliberação política de forma igualitária com os demais.

³⁸ A igualdade envolve, em certa medida, uma igualdade econômica e social razoável que permita que todos os indivíduos e grupos em um contexto de pluralismo tenham condições de, e se vejam motivados a, cooperar no processo político democrático. É inverossímil sustentar que uma pessoa que não tem acesso a alimentação adequada ou a saúde curativa, bem como um grupo hipossuficiente sem saneamento básico ou acesso a programas sociais, sejam capazes de participar do debate democrático em igual condição com os demais indivíduos e grupos.

Porém, lembre-se que a delimitação dos direitos fundamentais – com o conteúdo que devem ter e a forma de distribuição entre grupos e indivíduos mesmo sujeitos a intenso desacordo – pode ser definida a rigor³⁹ no âmbito da democracia majoritária, porém sem importar na supremacia da concepção da maioria desrespeitando o direito de autodeterminação da minoria democrática.

Em um contexto democrático marcado pela *liberdade e igualdade* dos indivíduos cabe às maiorias legislativas respeitar os direitos fundamentais através da garantia da preservação da *autonomia do indivíduo* para desenvolver suas capacidades *morais* – de ter sua concepção de bem e de justiça – e as faculdades de *razão* – de juízo e de pensamento.⁴⁰

Por efeito, veda-se que no exercício da conformação legislativa com a regulação dos preceitos constitucionais sejam realizadas *escolhas morais* que inviabilizem a existência da pluralidade de concepções morais dos indivíduos, dentro do consenso mínimo veiculado pela Constituição, garantindo o contexto pluralístico da sociedade e a inserção de todos no processo democrático.⁴¹

Da mesma forma, não significa que as questões sobre direitos devam ser decididas por um Poder Judiciário, uma vez que a resposta alcançada não será adequada, por não respeitar as capacidades morais e políticas dos cidadãos, bem como não será a mais correta, em razão do desacordo moral existente no seio da comunidade.⁴²

4. Conclusão

Com o processo de redemocratização e com a promulgação da Carta Magna de 1988 firmam-se os pilares de um constitucionalismo compromissado no campo social com a proteção e promoção dos direitos fundamentais, e no espaço político com o respeito e desenvolvimento do princípio democrático, de maneira a concretizar um Estado Democrático de Direito.

Para tanto, a Constituição Federal reforçou o papel do Poder Judiciário através da ampliação das ações constitucionais, da previsão de garantias dos seus membros

³⁹ Frisa-se a expressão pode, pois se reconhece, como Dworkin, que não há apenas uma resposta possível para as questões envolvendo direitos. Sobre o tema, vide: Ronald Dworkin, *op. cit.*, Cap. 13.

⁴⁰ John Rawls, *op. cit.*, p. 277 e pp. 365-380

⁴¹ Como, por exemplo, se no crime de injúria qualificado se protege as minorias sujeitas a preconceito (Art. 140 §3º), a falta de inclusão da opção sexual no tipo penal denota a exclusão de uma escolha moral – outras formas de sexualidade – pela sua não tutela, em favor da imposição de outra.

⁴² Como, por exemplo, no julgamento da interrupção da gestação de feto anencéfalo, quando a Corte decidiu fixar o momento em que começa a vida, impondo uma escolha moral sobre as variadas opções existentes na matéria, do ponto de vista jurídico, filosófico, científico e religioso.

e da consagração da cláusula de inafastabilidade da tutela jurisdicional e constitucionalização-inclusão, com a fuga da deliberação ordinária de questões sociais e políticas, na proteção dos bens e valores sociais fundamentais.

Portanto, no exercício da função contramajoritária de promoção dos direitos fundamentais e majoritária de proteção dos direitos das maiorias, caberá ao Poder Judiciário se mover entre a postura *autocontida* de deferência à decisão política majoritária, realizada pelos poderes constituídos, e a *ativista* de proteção das normas constitucionais, criada pelo poder constituinte.

Sob tal giro, a promoção dos direitos fundamentais demanda prestações positivas e negativas pelo poder público, ao qual, diante das omissões e ações do poderes públicos, importará na atuação contramajoritária da corte constitucional, adequando a conformação legislativa ou discricionariade administrativa ao respeito à hierarquia formal e axiológica dos preceitos constitucionais.

Todavia, reconhecer a atuação do Poder Judiciário de Guardião da Constituição e, portanto, de proteção dos direitos fundamentais contra as deliberações majoritárias e omissões inconstitucionais, não significa reconhecer que a corte constitucional atuará no espaço legítimo de decisão política dos demais poderes.

Por esta razão, propõe-se que na proteção dos direitos fundamentais cabe à corte constitucional impor aos poderes constituídos o respeito a tais direitos subjetivos, porém sem determinar uma concepção moral diante do pluralismo de concepções na sociedade, a saber: permitindo que as minorias tenham o direito de serem respeitadas as suas concepções morais no processo democrático.

No que se refere à promoção dos direitos fundamentais, significa determinar a garantia da adjudicação dos bens e prestações necessários com limites à realização de uma existência digna e necessária a um âmbito livre, informado e aberto de deliberação pública em um contexto de democracia material, porém sem delimitar o conteúdo das políticas públicas.

É inevitável observar que em alguns julgamentos o Supremo Tribunal Federal acaba, com fins de proteção dos direitos fundamentais, em especial nas questões onde há desacordo moral, escolhendo uma opção moral sobre as outras, como, no julgamento da interrupção da gestação do feto anencéfalo, quando fixou o momento de início da vida, embora nisso nem a ciência, a filosofia ou a moral tenham consenso.

Verifica-se, ainda, que em outras oportunidades o Supremo Tribunal Federal tem, a título de *promoção* dos direitos fundamentais, se imiscuído no planejamento ou execução de políticas públicas impondo escolhas, como – no âmbito do controle difuso – oferecendo tratamentos médicos no exterior ou medicamentos importados, decisões do âmbito da discricionariade administrativa e conformação legislativa.

Tais decisões denotam a importância de fixar limites ao exercício da jurisdição constitucional na tutela dos direitos fundamentais: *nem tanto ao mar*, deixando a concretização dos preceitos constitucionais de forma livre aos poderes constituídos, mas, também, *nem tanto à terra*, fixando o conteúdo ou abrangência das regulamentações e medidas adotadas na sua realização.

Referências bibliográficas

- ABRAMOVICH, Víctor; Christian COURTIS, “Apuntes sobre la exigibilidad judicial de los derechos sociales”, em Ingo Wolfgang SARLET, (org.), *Direitos fundamentais sociais: estudos de direito constitucional, internacional e comparado*, Rio de Janeiro, Renovar, 2003.
- BARBOSA, Rui, *Atos inconstitucionais*, Campinas, Russell, 2003.
- BARCELLOS, Ana Paula de, *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*, Rio de Janeiro, Renovar, 2002.
- _____, “Papéis do Direito constitucional no fomento do controle social democrático: algumas propostas sobre o tema da informação”, em *RDE* ano 3, N. 12, out/dez 2008.
- BARROSO, Luís Roberto, “A americanização do Direito constitucional e seus paradoxos” em: *Temas de direito constitucional*, t. IV, Rio de Janeiro, Renovar, 2009.
- _____, *Curso de direito constitucional contemporâneo*, 2 ed., Rio de Janeiro, Saraiva, 2009.
- _____, “Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática”, *Revista Direito do Estado*, Salvador, ano 4, n. 13, p. 73, jan./mar. 2009.
- _____, *Interpretação e aplicação da Constituição*. 6. ed., Rio de Janeiro, Saraiva, 2006.
- _____, “Neoconstitucionalismo e a constitucionalização do Direito. O triunfo tardio no Direito constitucional no Brasil”, em Daniel SARMENTO e Cláudio Pereira de SOUZA NETO, (orgs.), *A constitucionalização do Direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas*, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2007.
- _____, *O Direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira*, 7 ed., Rio de Janeiro, Renovar, 2003.
- _____, “O reconhecimento jurídico das relações homoafetivas no Brasil”, *Revista do Ministério Público do RJ*, n. 27.
- BOBBIO, Norberto, Nicola MATTEUCCI, Gianfranco PASQUINO, *Dicionário de política*, Brasília, Editora Universidade de Brasília, 1998.
- BONAVIDES, Paulo, *Curso de Direito constitucional*, 13 ed., São Paulo, Malheiros, 2003.
- CAMPILONGO, Celso Fernandes, *O Direito na sociedade complexa*, São Paulo, Max Limonad, 2000.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes, *Direito constitucional e teoria da constituição*, 3. ed., Coimbra, Almedina, 2000.
- CARBONELL, Miguel, “Nuevos tiempos para el constitucionalismo”, em Miguel CARBONELL (org.), *Neoconstitucionalismo(s)*, 1 ed., Madri, Editorial Trotta, 2003.
- CASTRO, Carlos Roberto Siqueira, *A Constituição aberta e os direitos fundamentais: ensaios sobre o constitucionalismo pós-moderno e comunitário*, Rio de Janeiro, Forense, 2010.
- COELHO, Rosa Júlia Plá, *Mecanismos de proteção dos direitos fundamentais*, 1 ed., Brasília, Ordem dos Advogados do Brasil, 2005.

- DIMOULIS, Dimitri e Soraya Gasparetto LUNARDI, “Ativismo e autocontenção judicial no controle de constitucionalidade”, em André Luiz Fernandes FELLET, Daniel Grotti de PAULA, Marcelo NOVELINO, *As novas faces do ativismo judicial*, São Paulo, Jus Podvim, 2011.
- DIMOULIS, Dimitri e Leonardo MARTINS, *Teoria geral dos direitos fundamentais*, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2008.
- DWORKIN, Ronald, *Juízes políticos e democracia*, Jornal O Estado de São Paulo, 26/abril, 1997.
- _____, *Levando os Direitos a Sério*, Belo Horizonte, Editora Martins Fontes, 2010.
- ELY, John Hart, *Democracia e desconfiança: uma teoria do controle judicial de constitucionalidade*, São Paulo, Martins Fontes, 2011.
- FAORO, Raymundo, *Os Donos do Poder*, 15 ed., São Paulo, Editora Globo, 2000.
- FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y garantías: la ley del más débil*, 1 ed., Madri, Trotta, 1999.
- _____, “Pasado y futuro del estado de derecho”, em Miguel CARBONELL (org.), *Neonconstitucionalismo(s)*, 1 ed., Madri, Editorial Trotta, 2003.
- GALLACCI, Fernando Bernardi, *O STF e as cláusulas pétreas: o ônus argumentativo em prol da governabilidade?*, São Paulo, SBDP, 2011.
- GARAPON, Antonie, *O juiz e a democracia: o guardião de promessas*, Rio de Janeiro, Renavam, 1999.
- HABERMAS, Jurgen, *Direito e democracia entre facticidade e validade*, Rio de Janeiro, Tempo Brasileiro, 1997.
- HABERLE, Peter, “El Tribunal Constitucional Federal como modelo de una jurisdicción constitucional autónoma”, em Peter HABERLE, *Estudios sobre la jurisdicción constitucional*, México, Porrúa, 2005.
- HESSE, Konrad, *A força normativa da Constituição*, Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris Editor, 1991
- HOFFMAN, Florian F.; Fernando R. N. M. BENTES, “A litigância judicial dos direitos sociais no Brasil: uma abordagem empírica”, em Daniel SARMENTO, Cláudio Pereira SOUZA NETO, (orgs.). *Direitos sociais fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2008.
- LOPES, José Reinaldo de Lima, “Judiciário, democracia e políticas públicas”. *Revista de Informação Legislativa*, ano 31, n. 122, Brasília, Senado Federal, maio-jul., 1994.
- LUÑO, Antonio Enrique Perez, *Los Derechos Fundamentales* Madri, Tecnos, 2004.
- MANCUSO, Wagner Pralon, *O Lobby da indústria no Congresso Nacional*, São Paulo, EDUSP, 2007.
- MORAIS, Blanco de, *Justiça constitucional*, t. I, Coimbra, Coimbra Ed., 2002.
- MOURA, Emerson Affonso da Costa, “Do controle jurídico ao controle social: parâmetros à efetividade dos direitos sociais”. *Revista de Direito Constitucional e Internacional* - IBDC .volume 77, dez., 2011.
- PALU, Oswaldo Luiz, *Controle dos atos de governo pela jurisdição*, São Paulo, Ed. RT, 2004.
- RAWLS, John, *Uma teoria de justiça*, Belo Horizonte, Editora Martins, 2008.

- REIS, Jane, *Interpretação constitucional e direitos fundamentais*, Rio de Janeiro, Renovar, 2006.
- SANCHÍS, Luis Pietro, “Neoconstitucionalismo y ponderación judicial”, em Miguel CARBONELL (org.), *Neoconstitucionalismo(s)*, 1 ed., Madri, Editorial Trotta, 2003.
- SARLET, Ingo Wolfgang, *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*, 10 ed., Rev atual e ampla, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2009.
- SARMENTO, Daniel, *Direitos fundamentais e relações privadas*, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2004.
- _____, “O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades”, em Daniel SARMENTO, (org.), *Filosofia e teoria constitucional contemporânea*, Rio de Janeiro, Ed. Lumen Júris, 2009.
- SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.
- SOUZA NETO, Cláudio Pereira, “Deliberação Ppública, constitucionalismo e cooperação democrática”, em Daniel SARMENTO, (coord.), *Filosofia e teoria constitucional contemporânea*, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2009.
- TORRES, Marcelo Nóbrega da Câmara, *Direitos sociais*, Brasília, Senado Federal, 1987.
- TORRES, Ricardo Lobo, *O direito ao mínimo existencial*, Rio de Janeiro, Renovar, 2009.
- VALLE, Vanice Regina Lírio do, *Ativismo jurisdicional e o Supremo Tribunal Federal*, São Paulo, Juruá, 2009.
- VIEIRA, José Ribas; Margarida Maria Lacombe CAMARGO, e Alexandre Garrido SILVA, “O Supremo Tribunal Federal como arquiteto constitucional: A judicialização da política e o ativismo judicial”, em *Anais do I Forum de Grupos de Pesquisa em Direito Constitucional e Teoria dos Direitos*, 2009.
- VITAL, Moreira, “Princípio da maioria e princípio da constitucionalidade: legitimidade e limites da justiça constitucional”, em *Legitimidade e legitimação da justiça constitucional*, Coimbra, Coimbra Editora, 1995.

VOLVER A LA TABLA DE CONTENIDO

Mara Gómez Pérez* (México)

La contribución de la Corte Internacional de Justicia al desarrollo de los derechos humanos en el mundo

RESUMEN

La Corte Internacional de Justicia de las Naciones Unidas, creada al finalizar la Segunda Guerra Mundial para dirimir los conflictos entre las naciones del mundo, ha tenido una relevante participación en la construcción de algunos de los principios más importantes en derechos humanos, aporte que todavía es poco conocido en nuestro continente y que, en general, ha sido poco estudiado. Este artículo intenta mostrar, mediante la narración de algunos casos emblemáticos cuidadosamente seleccionados, la contribución de la Corte Internacional de Justicia al derecho internacional de los derechos humanos y, con ello, poner de manifiesto la relevancia de la actividad jurisdiccional, tanto nacional como internacional, en la protección y defensa de los derechos humanos.

Palabras clave: derecho internacional de los derechos humanos, Corte Internacional de Justicia, protección judicial de los derechos humanos.

ZUSAMMENFASSUNG

Der Internationale Gerichtshof der Vereinten Nationen, der nach dem Ende des Zweiten Weltkrieges mit dem Ziel der Konfliktregelung zwischen Nationen geschaffen wurde, hat maßgeblich an der Entwicklung wesentlicher Grundsätze der Menschenrechte mitgewirkt. Dieser Einfluss des Internationalen Gerichtshofs für Menschenrechte ist auf unserem Kontinent weitgehend unbekannt und wurde bislang auch in der Forschung nur wenig beachtet. Mit Hilfe der Darstellung einiger sorgfältig ausgewählter emblematischer Fälle versucht der Artikel den Beitrag des Internationalen Gerichtshofs zur Entwicklung des internationalen Rechts der Menschenrechte darzulegen und dadurch die Bedeutung der Rechtsprechung für den

* Doctora en Derecho por la Universidad Nacional Autónoma de México, especialista en Administración de Justicia y Derecho Internacional de los Derechos Humanos. maragomezperez@gmail.com.

Schutz und die Verteidigung der Menschenrechte auf nationaler und internationaler Ebene zu unterstreichen.

Schlagwörter: Internationales Recht der Menschenrechte, Internationaler Gerichtshof, gerichtlicher Schutz der Menschenrechte.

ABSTRACT

The United Nations International Court of Justice, created at the end of the Second World War to settle disputes between the nations of the world, has played a significant role in the construction of some of the most important human rights principles, a contribution that is still little known in our continent and that, in general, has been little studied. This article attempts to show, through the narration of some carefully selected emblematic cases, the contribution made by the International Court of Justice to international human rights law, and thereby highlight the importance of judicial activity, both national and international, in the protection and defense of human rights.

Keywords: international human rights law, International Court of Justice, judicial protection of human rights.

Introducción

La Corte Internacional de Justicia, con sede en La Haya, Países Bajos, es uno de los seis órganos principales de las Naciones Unidas.¹ Fue creada en 1946, al término de la Segunda Guerra Mundial, con la intención de que los conflictos que se suscitaban entre las naciones del mundo pudiesen tener una solución judicial y, de esta manera, evitar una nueva guerra mundial.²

Es el tribunal internacional más importante del mundo, tanto por el tipo de asuntos que resuelve y las partes que litigan ante él como por su ámbito territorial de competencia, que abarca todo el mundo. Se trata de una corte internacional cuya función esencial consiste en dirimir las controversias que se suscitan entre

¹ La Carta de la Organización de las Naciones Unidas estableció seis órganos principales: la Asamblea General, el Consejo de Seguridad, el Consejo Económico y Social, el Consejo de Administración Fiduciaria, la Secretaría y, desde luego, la Corte Internacional de Justicia.

² La Corte Internacional de Justicia, como sucesora de la Corte Permanente de Justicia Internacional establecida por la Sociedad de Naciones en 1922, ocupa en La Haya el suntuoso edificio conocido como *Peace Palace*, construido entre 1907 y 1913 para ser la sede de la Corte Permanente de Arbitraje. El edificio, situado en el corazón de esta ciudad holandesa en medio de siete hectáreas de zonas verdes, se levantó con los fondos aportados por el industrial escocés Andrew Carnegie, quien también constituyó la Fundación Carnegie, destinada a ser la propietaria y administradora del *Peace Palace*.

Estados soberanos;³ sin embargo, como veremos aquí, es también un tribunal que ha contribuido de manera muy importante a la protección y defensa de los derechos humanos en el mundo.

Pese a no ser un tribunal especializado en derechos humanos, la Corte Internacional de Justicia es referente en algunos de los principios más importantes para la protección de los derechos fundamentales de las personas a nivel internacional, y si bien en general ha sido cauta al dictar sus fallos, hay que decir a su favor que, en muchas ocasiones, fue la primera en pronunciarse sobre estos temas.⁴

La jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia, en general, demuestra que en nuestros días ninguna norma de derecho internacional puede ser interpretada o aplicada sin tener en cuenta los principios básicos de los derechos humanos. Quizá esto mismo pueda afirmarse, algún día no lejano, de la aplicación del derecho que llevan a cabo las cortes y los tribunales nacionales.

En mérito de ello, aquí hemos seleccionado algunos de los casos más célebres sobre derechos humanos de los que ha conocido la Corte Internacional de Justicia, con la intención de narrar sus hechos y describir en términos muy generales cómo fueron resueltos, para tener una visión panorámica de la importante contribución de la Corte Internacional de Justicia de las Naciones Unidas al desarrollo de los derechos humanos en todo el mundo.⁵

³ Es pertinente aclarar, sin embargo, que la Corte Internacional de Justicia sólo puede conocer de un caso si los Estados implicados han aceptado su competencia de alguna de las siguientes maneras: a) en virtud de un acuerdo especial (*compromise*) concluido entre los Estados con el propósito de someter su controversia a la Corte; b) por efecto de una cláusula contractual-jurisdiccional prevista en un tratado internacional del que los dos Estados sean parte, y c) por el efecto recíproco de declaraciones hechas por ellos, bajo los términos del Estatuto de la Corte, mediante las cuales cada uno acepta la jurisdicción de la Corte como obligatoria en relación con el otro Estado que también acepta la misma obligación. En caso de duda sobre su competencia, la propia Corte resuelve lo que proceda. Cabe decir que, ante la duda, la Corte Internacional de Justicia, como cualquier otro tribunal del mundo, ha estado más dispuesta a confirmar su competencia, que a negarla.

⁴ Ver Shiv R. S. Bedi, *The Development of Human Rights Law by the Judges of the International Court of Justice*, Oxford/Portland, Oregon, Hart Publishing, 2007. Ver también Carlos de Ory Arriaga, *La contribución de la Corte Internacional de justicia al desarrollo progresivo del derecho internacional de los derechos humanos*, tesis doctoral, Universidad de Sevilla, 1999, pp. 61-64 (inédita); Héctor Gross Espiell, "Los derechos humanos y la Corte Internacional de Justicia. Una visión latinoamericana", *Anuario de derechos humanos de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, núm. 2, 2001, pp. 411-434; y Eduardo Jiménez de Arechaga, "Derecho y justicia, resguardos de la libertad", *Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos*, núm. 1, 1985.

⁵ Las decisiones de la Corte Internacional de Justicia se publican primero como documentos individuales y luego se incluyen en recopilaciones anuales en la serie *Resúmenes de los fallos, opiniones consultivas y providencias de la Corte Internacional de Justicia*. El sitio web de la Corte provee información exhaustiva sobre los casos resueltos por ella desde 1946 y con frecuencia incorpora resúmenes de fallos y providencias. La documentación de cada caso incluye el documento que inicia el proceso, alegatos escritos, exposiciones orales, correspondencia y otros documentos relevantes. Estos materiales se hacen públicos después de que la

1. El caso del canal de Corfú (*Reino Unido de la Gran Bretaña e Irlanda del Norte vs. Albania, 1949*)

El asunto del canal de Corfú,⁶ que fue el primer caso contencioso que resolvió la Corte Internacional de Justicia en toda su historia, dio lugar a la construcción de uno de los principios más importantes, y hoy día considerado básico dentro de la protección de los derechos humanos: el principio de *consideraciones elementales de humanidad*.⁷

El 15 de mayo de 1946, muy poco después de la terminación de la Segunda Guerra Mundial, dos barcos de guerra ingleses (*destroyers*), el *Orion* y el *Superb*, que navegaban en las aguas del canal de Corfú –situado entre el territorio continental de Albania y la parte norte de la isla de Corfú, bajo la soberanía griega– fueron atacados desde las costas albanesas. Pese a que el ataque fue intenso, los barcos británicos no fueron alcanzados. Hay que aclarar que, para entonces, el canal ya era considerado zona segura, pues había sido dragado en octubre de 1944 por las fuerzas aliadas y, en teoría, se habían retirado todas las minas colocadas ahí durante el transcurso de la Segunda Guerra Mundial.

Este acontecimiento dio lugar al intercambio de diversas notas diplomáticas entre Albania y el Reino Unido, en las cuales Inglaterra reclamaba su derecho al paso a través del canal sin necesidad de notificación o de autorización previas por parte de las autoridades albanesas. La entonces República Popular Socialista de Albania, por su parte, dejó clara su posición de que el tránsito de buques extranjeros por sus aguas territoriales tenía que ser anunciado con anterioridad y, además, requería permiso expreso de su parte.

El 22 de octubre de 1946, con intenciones de desafío, el Reino Unido hizo salir desde el puerto de Corfú, situado en territorio griego, una escuadra naval integrada por los cruceros *HMS Mauricio* y *HMS Leander*, y los barcos de guerra *HMS Saumarez* y *HMS Volage*. La Real Flotilla Armada inglesa tenía órdenes de cruzar el canal y, con ello, poner a prueba la reacción de Albania, y, asimismo, de responder en caso de ataque.

Corte ha dado su decisión final, y se publican en los dos idiomas oficiales de la Corte, inglés y francés. Disponible en: <http://www.icj-cij.org/>.

⁶ Disponible en: <http://www.icj-cij.org/docket/index.php?p1=3&p2=3&code=cc&case=1&k=cd>, donde se pueden consultar los documentos que se produjeron en torno al caso. Entre otros, la demanda (*Application*); los incidentes (*Incidental Proceedings*); el fondo del asunto (*Merits*); las objeciones preliminares, las opiniones separadas y opiniones disidentes de los jueces (*Judgments: Preliminary objection, separate opinions, dissenting opinions*), etc. Ver también Luis García-Arias, “El primer caso ante el Tribunal Internacional de Justicia: el caso del Canal de Corfú. II. La sentencia sobre el fondo”, *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. II, 1949, p. 531; Rudolf Bernhart, “Corfu Chanel Case”, *Encyclopedia of Public International Law (EPIL)*, vol. I, Heidelberg, Max Planck Institute, 1997, p. 831, y De Ory Arriaga, *op. cit.*

⁷ Bedi, *op. cit.*, p. 105.

Al llegar a la parte norte del canal, muy cerca de la costa albanesa, el *HMS Saumarez* colisionó con una mina de contacto, sufriendo graves daños. El *Volage* recibió entonces la orden de remolcar al *HMS Saumarez* al sur del puerto de Corfú, pero tan solo una hora después de la primera colisión, mientras remolcaba al *HMS Saumarez*, el *HMS Volage* también chocó contra una mina e igualmente sufrió graves daños.

Después de 12 horas de trabajos en condiciones climáticas muy adversas, las tripulaciones de ambas naves consiguieron que los dos barcos regresaran al puerto de Corfú; sin embargo, 44 hombres murieron en el incidente y 42 resultaron gravemente heridos, algunos con lesiones permanentes.

Ante ello, la Marina inglesa procedió inmediatamente a introducirse en el canal para ubicar y remover todas las minas que ahí pudieran encontrarse, lo que llevó a cabo sin consultar, ni tomar en consideración la opinión de Albania. A estas acciones británicas se les dio el nombre clave de *Operación Retail*.

En el desarrollo de esta operación, Inglaterra encontró 22 minas de contacto, y concluyó que la colocación de las minas era tal, que resultaba notorio que el campo minado había sido instalado recientemente y diseñado deliberadamente, es decir que no era una simple agregación aleatoria de minas aisladas.⁸

Durante el desarrollo de la *Operación Retail*, Albania se opuso enfáticamente a través de numerosas declaraciones públicas e incluso envió un telegrama a la Organización de las Naciones Unidas con el objeto de quejarse de la intromisión de la Real Marina Inglesa en sus aguas costeras. No obstante, Gran Bretaña continuó con el desarrollo de esta operación hasta terminarla.

Dados los hallazgos de los ingleses en el canal, Gran Bretaña decidió llevar el caso ante el Consejo de Seguridad de la ONU, el que recomendó que fuera presentado ante la Corte Internacional de Justicia.

Fue así como el 22 de mayo de 1947, Gran Bretaña presentó formal demanda en contra de Albania ante la Corte Internacional de Justicia, donde la acusaba de haber colocado, o haber permitido que una tercera persona colocara, minas explosivas después de las operaciones antiminas llevadas a cabo por las autoridades navales de los aliados en octubre de 1944.

En esencia, lo que Inglaterra pedía a la Corte era declarar que Albania era responsable por no haberle notificado la existencia de un campo de minas en sus aguas territoriales, tal como lo exigen los artículos 3 y 4 de la Convención VIII de La Haya de 1907, relativa a la colocación de minas submarinas automáticas de contacto, así como los principios generales del derecho y las simples reglas de humanidad. Con base en ello, Inglaterra exigió excusas al Gobierno albanés y una reparación económica por los daños materiales que sufrieron los navíos, además de una indemnización global para las familias de los 44 miembros de la tripulación que habían perdido la vida.

⁸ Debido a que Albania no contaba en ese entonces con la infraestructura necesaria para colocar las minas en el canal, se ha especulado que fueron puestas ahí por barcos yugoslavos, a petición de Albania.

El Reino Unido fundó la competencia de la Corte en la recomendación del Consejo de Seguridad, lo que fue objetado por Albania, por lo que el juicio inició con la decisión sobre si este tribunal internacional tenía o no competencia para conocer del caso en cuestión. Cabe decir que, dada la alta especificidad de las normas que regulan la competencia de la Corte, muchos juicios ante ella suelen comenzar de esta manera.

Previa la correspondiente discusión, la Corte decidió que sí era competente para conocer del caso, pero no en virtud de la recomendación del Consejo de Seguridad, sino con base en una comunicación que el Gobierno de Albania le había dirigido al Gobierno británico el 2 de julio de 1947. La Corte estimó que esta comunicación constituía la aceptación voluntaria de la jurisdicción por parte de Albania y, con base en ello, estableció su competencia para conocer del caso. Esta liberal manera de autostablecer su propia jurisdicción, comúnmente vista en disputas relacionadas con violaciones de derechos humanos, es también una gran contribución al desarrollo y la protección de estos derechos.⁹

Después de aceptar conocer del caso, la Corte encargó a una comisión de expertos, compuesta por oficiales de Marina de diversas nacionalidades, una investigación sobre los hechos y, así mismo, escuchó a numerosos testigos y peritos en audiencias públicas.

La Corte dictó su sentencia el 9 de abril de 1949, donde señalaba que, aunque no había quedado probada ni la colocación de minas por parte de Albania ni tampoco su complicidad, ciertamente esta operación no había podido escapar de su conocimiento. Las minas se encontraban en una franja de mar muy estrecha (el canal), sitio sobre el que las autoridades albanesas ejercían una vigilancia escrupulosa, por lo menos desde los acontecimientos del 15 de mayo de 1946. En ese sentido, más allá de que Albania hubiese colocado o no las minas, resultaba imposible que alguien las hubiese puesto ahí sin que lo supiera.

Después, enumeró todas las obligaciones que derivaban de tales hechos para Albania, incluida la de dar a conocer, en interés de la navegación general, la existencia de un campo de minas en sus aguas territoriales y de advertir de ello a los buques de guerra británicos en el momento en que se aproximaban.

A continuación, la Corte señaló que sus consideraciones se fundaban, no en la Convención VIII de La Haya de 1907, como lo pretendía Inglaterra, sino en principios generales del derecho, tales como (1) la obligación para todo Estado de no permitir que su territorio se utilice para fines contrarios a los derechos de otros Estados; (2) el principio de la libertad de las comunicaciones marítimas y, muy especialmente, (3) en las *consideraciones elementales de humanidad*. La construcción de este último fue el primer aporte de la Corte en materia de derechos humanos.¹⁰

⁹ Bedi, *op. cit.*, p. 106.

¹⁰ En realidad, la Corte no podía hacer uso de la Convención VIII de La Haya de 1907 porque se trataba de un tratado aplicable sólo en tiempos de guerra y, además, porque Albania

A juicio de la Corte, estas consideraciones reflejan la obligación de todas las naciones de aplicar de manera irrestricta las *leyes de humanidad*; que las naciones se conduzcan humanamente y respeten los derechos humanos más elementales, como el derecho a la vida y a la integridad personal de cualquier ser humano. Asimismo, la Corte dijo que estas *consideraciones elementales de humanidad* debían ser respetadas por todos los países con más escrúpulo en tiempos de paz que en tiempos de guerra.¹¹

La Corte concluyó entonces que Albania era responsable de las explosiones ocurridas el 22 de octubre de 1945 en sus aguas territoriales, así como de los daños materiales y pérdidas de vidas humanas y que, en virtud de ello, debía pagar a la Gran Bretaña el equivalente a poco más de dos millones de dólares americanos.

Cabe aclarar que, de igual manera, la Corte condenó la acción unilateral inglesa ejercida durante la *Operación Retail*, señalando que el pretendido *derecho de intervención* invocado por la Gran Bretaña para llevar a cabo tales acciones, no encontraba lugar en el derecho internacional.¹² En ese sentido, la Corte también declaró ilegales todas las acciones comprendidas dentro de la denominada *Operación Retail*.¹³

Para comprender la importancia de esta resolución y las dificultades que enfrentó la concepción del principio de *consideraciones elementales de humanidad*, hay que recordar que este fue el primer asunto que resolvió la entonces recién creada Corte Internacional de Justicia de las Naciones Unidas, en toda su historia; que, para entonces, hacía muy poco que había terminado la Segunda Guerra Mundial

no era parte de él. De ahí que acudiera a una noción humanitaria general a la que denominó, por vez primera, "*elementary considerations of humanity*" o "*considérations d'humanité*".

¹¹ Vincent Chetail, "La contribución de la Corte Internacional de justicia al derecho humanitario", *Revista Internacional de la Cruz Roja*, junio de 2003. Disponible en: <https://www.icrc.org/spa/resources/documents/misc/5uamwj.htm>.

¹² El Reino Unido argumentó ante la Corte, a través de su representante sir Eric Beckett, que la intervención británica dirigida a limpiar el canal no había perseguido violar la soberanía de Albania, ya que no había amenazado ni la integridad territorial, ni la independencia política del país, sino obtener tan sólo medios de prueba que presentar al órgano judicial, así como restaurar la seguridad de la navegación internacional. Sin embargo, a juicio de la Corte, estos argumentos no justificaron la referida intervención.

¹³ Lo cierto es que el Gobierno de Albania se negó a pagar la reparación económica determinada por la Corte, por lo que, en represalia, los británicos retuvieron en las bóvedas del Banco de Inglaterra más de una y media tonelada de oro que legalmente le pertenecía a Albania por tratarse de oro producto del saqueo por parte de las potencias del Eje durante la Segunda Guerra Mundial. Este fue uno de los primeros incidentes que dieron pie a la llamada Guerra Fría. Con el fin de esta última, la política en el mundo cambió y la República Popular Socialista de Albania se transformó en una república democrática que, en poco tiempo, fue admitida tanto en el Consejo de Europa como en la Organización del Tratado del Atlántico Norte (OTAN). Así, el 29 de mayo de 1991, Albania y Gran Bretaña restablecieron relaciones diplomáticas y, poco después, el 8 de mayo de 1992, ambos países anunciaron que habían llegado a un acuerdo sobre el asunto del estrecho de Corfú y expresaron su pesar por el incidente del 22 de octubre 1946. Sin embargo, no fue sino hasta el año de 1996, tras largas negociaciones, que el oro finalmente regresó a Albania, después de que se acordó el pago a Inglaterra de las reparaciones en numerario determinadas por la Corte Internacional de Justicia.

y, además, que esta resolución se emitió a sólo cuatro meses de haberse firmado la Declaración Universal de los Derechos Humanos.¹⁴ Pero, para entonces, el trabajo de este importante tribunal internacional estaba apenas por comenzar.

2. El caso del Sudoeste de África (*Etiopía y Liberia vs. Sudáfrica, 1962 y 1966*)

*África del Sudoeste o Sudoeste Africano*¹⁵ es el nombre con el que se conoció a lo que actualmente es Namibia. Este territorio fue colonia alemana durante poco más de 30 años, pero en 1915, al término de la Primera Guerra Mundial, Alemania lo perdió y, tras la firma del Tratado de Versalles, pasó a ser colonia británica.

Fue entonces cuando la Sociedad de Naciones –organismo que antecedió a la actual Organización de las Naciones Unidas– le otorgó un mandato a Sudáfrica para que administrara ese territorio¹⁶ como “*un encargo sagrado de la civilización*”, con el objeto de “promover al máximo el bienestar material y moral de sus habitantes”.¹⁷ Así, el 17 de diciembre de 1920, este territorio pasó a estar bajo el control de la entonces Unión Sudafricana, hoy Sudáfrica.¹⁸

Este mandato, en teoría, formaba parte de un proceso más amplio a través del cual se intentaba brindar apoyo a aquellas comunidades que vivían en lugares que habían sido colonias y querían convertirse en países con plenos derechos, tal como se encontraba establecido en el artículo 22 del Pacto de la Sociedad de Naciones.¹⁹ Los territorios sujetos a mandato eran llamados *territorios en fideicomiso* y no constituían, supuestamente, colonias en el sentido clásico que se le da a este término. Sin embargo, la ocupación sudafricana no alentó ni el progreso ni la prosperidad de los habitantes de este territorio y pronto, al igual que en Sudáfrica, se impuso en el Sudoeste de África el régimen del *Apartheid*, profundizando con ello las desigualdades y la discriminación hacia los africanos negros de la región.

¹⁴ La Declaración Universal de los Derechos Humanos fue adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su Resolución 217 A (III), el 10 de diciembre de 1948 en París; sus 30 artículos recogen los derechos humanos considerados básicos, a partir de la Carta de San Francisco de 1945.

¹⁵ En inglés, *South-West Africa*; en afrikaans, *Suidwes-Afrika*; en alemán, *Südwestafrika*.

¹⁶ Peter H. Katjavivi, *A History of Resistance in Namibia*, Oxford, UNESCO, James Currey Publishers, 1988, p. 13.

¹⁷ John Dugard, *The South West Africa/Namibia dispute: documents and scholarly writings on the controversy between South Africa and the United Nations*, California, University of California Press, 1973, p. 87 [la traducción es nuestra].

¹⁸ Disuelta la Sociedad de Naciones en 1946, Sudáfrica trató de conseguir la anexión del territorio de Namibia al suyo, lo que no logró gracias a la firme oposición de la nueva Organización de las Naciones Unidas.

¹⁹ Cfr. Yale Law School - Lillian Goldman Law Library, *The Covenant of the League of Nations*. Disponible en: http://avalon.law.yale.edu/20th_century/leagcov.asp#art22.

El caso del Sudoeste de África estuvo conformado, en realidad, por dos asuntos promovidos en forma separada que posteriormente se acumularon y que fueron objeto de dos sentencias dictadas con cuatro años de diferencia, que, pese a todo, no contienen una decisión de fondo.²⁰

El 4 de noviembre de 1960, Etiopía y Liberia, únicos países africanos que habían sido miembros de la antigua Sociedad de Naciones o Liga de las Naciones y que ahora eran miembros de la Organización de las Naciones Unidas, presentaron separadamente dos demandas ante la Corte Internacional de Justicia en las que solicitaban que se condenara la política de desarrollo separado o *Apartheid* que entonces llevaba a cabo Sudáfrica en el territorio del Sudoeste de África, actual Namibia.

Ambos países fundaron su reclamación en el artículo 7.º del propio mandato, que decía que el mandatario acepta que cualquier controversia que pudiera surgir entre él y otro miembro de la Sociedad de Naciones, debía ser sometida a la Corte Permanente de Justicia Internacional, cuya sucesora es la Corte Internacional de Justicia.²¹

Etiopía y Liberia pedían a la Corte que declarara que Sudáfrica había violado los términos del mandato otorgado por la Sociedad de Naciones sobre el territorio del Sudoeste de África, pues las prácticas del *Apartheid* que llevaba a cabo constituían una violación directa al artículo 2.º del mencionado mandato, así como al artículo 22 del Pacto de la Liga de las Naciones.

Dado que la Corte encontró que los dos Estados tenían el mismo interés, el 20 de mayo de 1961 acumuló ambos procedimientos y, al mismo tiempo, ordenó emplazar a juicio a Sudáfrica.

Ahora bien, ¿Etiopía y Liberia realmente contaban con legitimación activa para presentar tales demandas? ¿Era posible que dos miembros de la antigua Sociedad de Naciones, es decir, una organización que para entonces ya se había extinguido, presentaran a título individual esas demandas y, además, que no argumentaran la violación de un derecho propio, sino de los derechos de personas que ni siquiera eran sus nacionales? El Estado demandado afirmó que no.

Al contestar la demanda, la entonces Unión Sudafricana hizo valer cuatro objeciones preliminares. Las dos primeras sostenían que el mandato que le había sido otorgado a Sudáfrica para encargarse del territorio del Sudoeste de África había

²⁰ En International Court of Justice, Cases, se pueden consultar los casos de *Liberia vs. Sudáfrica* y *Etiopía vs. Sudáfrica*. Disponible en: <http://www.icj-cij.org/docket/index.php?p1=3&p2=3&code=esa&case=46&k=c1>. En este sitio se encuentran también los documentos que se produjeron en torno al caso, como las demandas (*Application*), los incidentes (*Incidental Proceedings*), el fondo del asunto (*Merits*), así como las objeciones preliminares, opiniones separadas y opiniones disidentes de los jueces (*Judgments: Preliminary objection, separate opinions, dissenting opinions*).

²¹ “Artículo 7. El Mandatario acepta que cualquier controversia, cualquiera que sea, que pudiera surgir entre él y otro Miembro de la Sociedad de Naciones, relativa a la interpretación o aplicación del Mandato, y que no sea susceptible de ser resuelta a través de negociaciones, será sometida a la Corte Permanente de Justicia Internacional prevista en el artículo 14 del Pacto de la Sociedad de Naciones”.

caducado al disolverse la Sociedad o Liga de las Naciones y que, por lo tanto, Sudáfrica ya no tenía la obligación de administrar ese territorio con arreglo a las normas establecidas en el mandato, ni tampoco de presentar a la actual Organización de las Naciones Unidas informes sobre la administración de ese territorio. En la tercera objeción preliminar, Sudáfrica argumentaba que suponiendo que subsistiera el Mandato, la disputa sometida ante la Corte no era un conflicto de los previstos en el artículo 7.º del mandato y que, por tanto, las demandas interpuestas por Etiopía y Liberia eran improcedentes. Y, finalmente, en la cuarta objeción preliminar, Sudáfrica sostenía que en el supuesto de que verdaderamente existiera un conflicto entre Estados soberanos y que fuese del tipo de conflictos que prevé el citado artículo 7.º, este no podía ser resuelto mediante una confrontación con los países demandantes, porque los gobiernos de estos países no resentían ninguna lesión a sus derechos, ni tampoco la resentían sus ciudadanos.

Las anteriores cuatro objeciones fueron rechazadas por la Corte en el histórico fallo de diciembre de 1962.

En esta primera sentencia, la Corte determinó que aunque la Liga de las Naciones y la Corte Permanente de Justicia habían dejado de existir, de acuerdo con el artículo 93 de la Carta de las Naciones Unidas,²² todas las obligaciones adquiridas con estas, se entendían ahora transferidas a las nuevas instituciones internacionales, por lo que el sometimiento previo de la Unión Sudafricana a la Corte Permanente de Justicia se entendía ahora a la nueva Corte Internacional de Justicia.

Acto seguido, la Corte reconoció la existencia de un *deber sagrado de civilización* que incumbía tanto a la Organización de las Naciones Unidas –en tanto que comunidad internacional organizada– como a cualquiera de sus Estados miembros, sin necesidad de tener que probar la existencia de una lesión a un derecho subjetivo o a un interés propio, de ahí que fuera válido que Etiopía y Liberia demandaran a la Unión Sudafricana, en defensa de seres humanos que no eran sus propios ciudadanos.

Y, por último, la Corte dijo que los términos del artículo 7.º del mandato eran lo suficientemente claros para comprender el conflicto planteado por Etiopía y Liberia; que esta disposición se refería a toda controversia, cualquiera que fuera, relativa a cualquier disposición del mandato; por lo que, a juicio de la Corte, el citado artículo 7.º atribuía a todos los antiguos miembros de la Sociedad de Naciones y hoy miembros de las Naciones Unidas, el derecho de invocar la jurisdicción obligatoria de la Corte Internacional de Justicia en contra de un mandatario.

²² “Artículo 93. 1. Todos los Miembros de las Naciones Unidas son *ipso facto* partes en el Estatuto de la Corte Internacional de Justicia. 2. Un Estado que no sea Miembro de las Naciones Unidas podrá llegar a ser parte en el Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, de acuerdo con las condiciones que determine en cada caso la Asamblea General a recomendación del Consejo de Seguridad”. La Carta de las Naciones Unidas se firmó el 26 de junio de 1945 en San Francisco, al terminar la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Organización Internacional, y entró en vigor el 24 de octubre del mismo año.

De esta manera, en una resolución dividida, que se obtuvo por apenas ocho votos a favor contra siete en contra, la Corte resolvió que sí tenía jurisdicción para conocer sobre el fondo del asunto.²³

Algunas de estas afirmaciones del Tribunal fueron después desarrolladas por el célebre juez Philip C. Jessup en una opinión separada que, a la postre, se convirtió en un documento fundamental dentro de la historia de la Corte Internacional de Justicia. En esencia, el juez norteamericano sostuvo que, para ese entonces, el derecho internacional ya había reconocido la posibilidad de que los Estados defendieran intereses que no afectasen únicamente sus intereses financieros, económicos o materiales; que los Estados *sí* tienen derecho a interesarse por las consideraciones humanitarias del orden general y de promover judicialmente en contra de las atrocidades que afectan a los seres humanos de otros países, y que ello podía hacerse con independencia de que los actos demandados incidieran o no en sus propios súbditos o en sus propios intereses.

Esta resolución dio fin a la primera fase del proceso y abrió la segunda, durante la cual se suponía que la Corte iba a tomar una decisión sobre el fondo de la disputa. Sin embargo, esto nunca sucedió. Debido a la enorme polémica suscitada durante la discusión de la primera resolución, el asunto quedó en receso por varios años, y fue hasta el 18 de julio de 1966 cuando se dictó una segunda y última sentencia.

En esta segunda ocasión, la Corte puso nuevamente a discusión cuestiones relativas a la procedencia del caso; esto es, aunque en teoría la procedencia del asunto ya había sido resuelto en 1962, la Corte decidió que lo que se había resuelto era la *situación legal* de los demandantes, pero no el problema del *interés legal* de los demandantes, lo que a su juicio debía ser solucionado previamente al conocimiento del fondo del asunto.

Así, la Corte señaló en su segunda sentencia que, de acuerdo con el Estatuto de la Sociedad de Naciones, los Estados miembros no eran parte en los acuerdos de mandato, sino que simplemente tenían derecho de participar en su buena ejecución conforme a la misión sagrada de civilización, de la manera colectiva e institucional que correspondía a su carácter de miembros de la Sociedad de Naciones. En virtud de ello, a juicio de la Corte, los demandantes no poseían propiamente un derecho individual para demandar a un mandatario en la época en la que la Sociedad de Naciones existía, pues jurídicamente no eran “partes” en el acuerdo de mandato, y si en ese entonces no tenían ningún derecho de acción respecto de dicho acuerdo, ningún principio o derecho podrían tener ahora, que la Sociedad de Naciones ya estaba disuelta.

De igual manera, la Corte señaló que tampoco era posible fundar la reclamación de los demandantes en los principios generales del derecho internacional, pues ni las *consideraciones elementales de humanidad* creadas jurisprudencialmente por

²³ International Court of Justice, *South West Africa Cases*, Preliminary Objections, 21 de diciembre de 1962, p. 347. Disponible en: <http://www.icj-cij.org/docket/files/46/4887.pdf>.

la propia Corte, ni la *misión sagrada de civilización* a que obligaba el acuerdo de mandato eran suficientes para fundamentar la procedencia de la pretendida acción promovida por Etiopía y Liberia o, en general, para hacer nacer derechos u obligaciones jurídicas, pues sólo se trata de principios de carácter moral, y si bien el derecho tenía que responder a necesidades sociales, ello siempre debía ser dentro del marco jurídico y dentro de los límites del derecho.

Por último, la Corte se detuvo a precisar que lo que pretendían Etiopía y Liberia se asemejaba mucho a una *actio popularis*, y señaló que si bien era posible que ciertos sistemas de derecho nacional reconocieran esa institución procesal, el derecho internacional no lo hacía. La Corte concluyó así que las demandas de Etiopía y Liberia resultaban improcedentes, razón por la cual ordenó que fueran desechadas.

La nueva decisión del 18 de julio de 1966 por la que la Corte se negó a conocer del fondo del asunto planteado por Etiopía y Liberia provocó una fuerte reacción en todo el mundo, de la que hizo eco, pocos meses después, la Asamblea General de las Naciones Unidas.

En el mes de octubre de ese mismo año, la Asamblea, reunida en su sesión anual ordinaria en Nueva York, se pronunció en el sentido de que la administración del territorio del Sudoeste de África por parte de la Unión Sudafricana, hoy Sudáfrica, había sido llevada a cabo de manera contraria, en primer lugar, al mandato que le fue otorgado por la Sociedad de Naciones; en segundo, a la Carta de las Naciones Unidas, y, en tercero, a la Declaración Universal de los Derechos Humanos.

Con base en ello, la Asamblea General declaró que Sudáfrica había incumplido con sus obligaciones relativas a la administración del territorio bajo mandato y que, asimismo, no había asegurado el bienestar moral ni material de los habitantes del territorio del Sudoeste de África y que, debido a ello, se debía dar por terminado el mandato que le había sido conferido sobre dicho territorio.²⁴

Ahora bien, para entender el cambio de criterio de la Corte entre el primer fallo y el segundo, es importante comprender, primero, que los principios que se encontraban sujetos a debate, esto es, el *principio de igualdad entre los seres humanos* y el *principio de no discriminación*, en la época en que la Corte tuvo que resolver este asunto, *únicamente* estaban mencionados en tres instrumentos internacionales, uno que entonces no era propiamente vinculante: la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948,²⁵ y otros dos que no se refieren específicamente a derechos

²⁴ Resolución 2145 (XXI) de la Asamblea General de las Naciones Unidas, del 27 de octubre de 1966, citada por De Ory Arriaga, *op. cit.*, p. 38.

²⁵ Los artículos primero y segundo de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 son los que protegen la igualdad y la no discriminación: "Artículo 1. Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros". "Artículo 2. (1) Toda persona tiene todos los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición. (2) Además, no

humanos: la Carta de las Naciones Unidas y el Estatuto de la Corte Internacional de Justicia (art. 38).

En esa época no existían todavía tratados internacionales en materia de derechos humanos que establecieran expresamente esos principios, pues el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que sí los consignan expresamente, fueron suscritos cinco meses después de que la Corte emitiera su fallo final.²⁶

La otra razón del cambio de criterio se explica por la integración del tribunal. Durante la discusión del primer fallo (1962), la Corte estaba integrada por quince jueces, trece permanentes y dos *ad hoc*.²⁷ De ellos, votaron a favor del fallo los jueces de Panamá, Egipto, Argentina, China, URSS, Perú, Estados Unidos y Nigeria, y en contra, los jueces de Polonia (presidente), Francia, Grecia, Australia, Reino Unido, Italia y Sudáfrica. En términos generales, votaron a favor los jueces provenientes de países que no tenían un pasado de colonización, y, asimismo, los que tenían una visión menos formalista del derecho y que pensaban que sí era posible aplicar ciertos principios generales en la resolución de los casos, aun cuando todavía no se encontrasen consignados en una norma expresa.

Sin embargo, para cuando se dictó la segunda resolución (1966), el número de jueces se había reducido a catorce; además, la composición y la presidencia del tribunal también habían cambiado. En esta segunda ocasión, la votación quedó empatada, pues votaron a favor de la procedencia del asunto los jueces de China, Rusia, Estados Unidos, México, Senegal, Nigeria, Japón, y en contra, los jueces de Australia (presidente), Polonia, Grecia, Reino Unido, Italia, Sudáfrica, Francia. Ante ese escenario de empate, el presidente de la Corte, el juez Spender, que durante la primera fase del fallo se había opuesto a la admisión del caso, aplicó el segundo párrafo del artículo 55 del Estatuto de la Corte que le confiere al presidente la facultad de romper los empates con su voto de calidad²⁸ y, debido a ello, finalmente se decidió que los asuntos acumulados fuesen desechados.

se hará distinción alguna fundada en la condición política, jurídica o internacional del país o territorio de cuya jurisdicción dependa una persona, tanto si se trata de un país independiente, como de un territorio bajo administración fiduciaria, no autónomo, o sometido a cualquier otra limitación de soberanía”.

²⁶ Bedi, *op. cit.*, p. 112.

²⁷ 1) Juez Winarski de Polonia, presidente; 2) juez Basdevant de Francia; 3) juez Spiropoulos de Grecia; 4) juez Spender de Australia; 5) juez Fitzmaurice de Reino Unido; 6) juez Morelli de Italia; 7) juez *ad hoc* Van Wyk de Sudáfrica; 8) juez Alfaro de Panamá; 9) juez Badawi de Egipto; 10) juez Moreno Quintana de Argentina; 11) juez Wellington Koo de China; 12) juez Koretzky de la URSS; 13) juez Bustamante y Rivero de Perú; 14) juez Jessup de Estados Unidos, y 15) juez *ad hoc* Mbanfeo de Nigeria (cfr. Bedi, *Ibid.*, p. 117).

²⁸ “Artículo 55. 1. Todas las decisiones de la Corte se tomarán por mayoría de votos de los magistrados presentes. 2. En caso de empate, decidirá el voto del presidente o del magistrado que lo reemplace”.

Afortunadamente, el 17 de junio de 1991, el régimen del *Apartheid* fue legalmente abolido en la República de Sudáfrica, y, hoy en día, los principios de *igualdad entre los seres humanos* y de *no discriminación* son universalmente aceptados y forman parte de la costumbre reiteradamente reconocida por el derecho internacional.²⁹

Este caso ocupó a la Corte por cinco años y ocho meses, y ha sido quizá el fallo más controversial que este tribunal internacional ha dictado en toda su historia.³⁰

3. El caso de la Barcelona Traction (*Bélgica vs. España, 1968*)

La Barcelona Traction, Light and Power Company, Ltd. fue una sociedad anónima que se constituyó en 1911 en Toronto (Canadá), lugar donde tenía su oficina principal. Si bien se constituyó en ese país, en realidad pretendía operar en España, a través de una empresa subsidiaria cuyo objeto era dedicarse a la producción y distribución de energía eléctrica en Cataluña.

Después de la Primera Guerra Mundial, gran parte de su capital accionario fue adquirido por empresarios de nacionalidad belga que residían en España, quienes veían un negocio lucrativo en la generación de energía, sobre todo en Cataluña. Pero la inversión no les redituó. Pronto, la compañía fue declarada en bancarrota por el Gobierno español, y los bienes de la empresa subsidiaria con sede en España fueron embargados. Seguidamente, el Gobierno de España creó nuevas acciones, y estas fueron adjudicadas en subasta pública a una nueva sociedad de nacionalidad española llamada Fuerzas Eléctricas de Cataluña, S.A.³¹

En 1958, a raíz de la adjudicación de las acciones, Bélgica presentó ante la Corte Internacional de Justicia una demanda en contra de España. Bélgica argumentaba que los actos del Gobierno español consistentes en la declaración de bancarrota, liquidación de la sociedad y embargo de sus bienes implicaban una expropiación encubierta y que, por tanto, eran contrarios al derecho internacional. Afirmaba,

²⁹ Bedi, *op. cit.*, pp. 155 y 156.

³⁰ *Ibid.*, p. 150. Carlos de Ory, por su parte, sostiene que “Ningún asunto ha ocupado a la Corte Internacional de Justicia tantas veces y de manera tan intensa como la cuestión del Sudoeste Africano, la actual Namibia, en relación con la cual el tribunal ha hecho públicas hasta la fecha cuatro opiniones consultivas, dos sentencias y varias providencias” (*op. cit.*, p. 94).

³¹ Sobre este caso, ver Alona E. Evans, “Case concerning the Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited (Belgium v. Spain), Second Phase”, *American Journal of International Law*, vol. 64, núm. 3, 1970, pp. 653 a 693; Rosalyn Higgins, “Aspects of the case concerning the Barcelona Traction Light and Power Company, Ltd.”, *Virginia Journal of International Law*, vol. 11, 1970-1971, pp. 327 a 343; Richard B. Lillich, “Two Perspectives on the Barcelona Traction Case”, *American Journal of International Law*, vol. 65, núm. 3, 1971, pp. 522 a 532; De Ory Arriaga, *op. cit.*, pp. 109 a 116. Ver también International Court of Justice, *Barcelona Traction, Light and Power Company Limited (New Application: 1962)*, Application of 19 June 1962, ICJ Reports, pp. 2-30. Disponible en: <http://www.icj-cij.org>.

asimismo, que España era responsable de los daños ocasionados a los accionistas belgas y que, por ello, se encontraba obligada a restituir los bienes embargados a los accionistas, o bien a pagarles una compensación justa.

Bélgica desistió de esta demanda en 1961, con la intención de intentar resolver la controversia con España mediante negociaciones y charlas diplomáticas. Pero en junio de 1962, tras el fracaso de las negociaciones, Bélgica presentó una segunda demanda en contra de España, más o menos en los mismos términos que la primera.

España hizo valer cuatro excepciones preliminares en contra de la demanda belga. La tercera de estas excepciones –que fue la más importante y que se resolvió junto con el fondo del asunto– objetaba la capacidad de Bélgica para presentar la demanda, ya que, a juicio del Estado español, los perjuicios se habían causado a una persona jurídica de nacionalidad canadiense, y no a ciudadanos de nacionalidad belga.

Es importante señalar que Canadá se rehusó en todo momento a comparecer al juicio pues, a pesar de que la sociedad era de nacionalidad canadiense, carecía de interés en el negocio de energía eléctrica en Cataluña.

El tema central de la disputa consistió, por tanto, en decidir si Bélgica tenía o no derecho a solicitar la protección diplomática frente a los actos realizados por España en contra de personas de nacionalidad belga que eran accionistas de una sociedad de nacionalidad canadiense.

En su sentencia del 5 de febrero de 1970, la Corte inició sus razonamientos señalando que si bien los Estados asumían ciertas obligaciones frente a los inversionistas extranjeros, ya fuesen personas físicas o jurídicas, estas obligaciones no eran absolutas ni sin reserva, sino que había que distinguir entre las obligaciones de *importancia capital* y aquellas otras que derivan de la protección diplomática en favor de los inversionistas extranjeros.

Las primeras obligaciones resultan del derecho internacional convencional y no convencional, y abarcan, por ejemplo, la prohibición de actos de agresión y de genocidio, así como los principios y reglas relativos a los derechos fundamentales de la persona humana, incluida la protección contra la práctica de la esclavitud y la discriminación racial. La Corte señaló que estas obligaciones, por su propia naturaleza, conciernen a todos los Estados, habida cuenta de la importancia de los derechos en juego. En esa medida, puede considerarse que todos los Estados poseen un interés jurídico en que estos derechos sean protegidos, y que su cumplimiento puede ser reclamado por toda la comunidad internacional en su conjunto, o de manera individual por cualquier Estado, lo que implica que se trata de derechos *erga omnes*.

Las obligaciones cuyo respeto asegura la protección diplomática, en cambio, no tienen la misma envergadura y, por lo tanto, sólo pueden ser reclamadas por el Estado del cual es nacional el inversionista. En esa medida, aunque la Corte reconoció que los accionistas belgas eran quienes sufrían, en último término, el daño infringido a la sociedad canadiense, el tribunal precisó que no se trataba de la transgresión a derechos *erga omnes*, y que toda vez que la afectada era una persona jurídica de nacionalidad canadiense (que contaba con una personalidad jurídica independiente

de los socios), sólo Canadá contaba con capacidad procesal jurídica para ejercer la protección diplomática en favor de la Barcelona Traction.

En consecuencia, por 15 votos a favor y solo uno en contra (del juez Willem Riphagen, de nacionalidad belga), la Corte desestimó las pretensiones de Bélgica.

Fue así como en julio de 1974, la empresa y sus activos fueron vendidos judicialmente bajo la supervisión del Tribunal Supremo de Ontario y, en agosto de 1974, la compañía fue cancelada en el listado de la Bolsa de Londres.

Las diferencias con la sentencia pronunciada sólo cuatro años antes en el caso del Sudoeste de África no pueden ser mayores: a partir de este momento, se definió con toda claridad que existen ciertos derechos que, por su magnitud y su trascendencia, son *erga omnes*, y que en caso de que sean transgredidos, todos los Estados poseen interés jurídico y/o legitimación activa para reclamar su cumplimiento, con independencia de que las víctimas sean sus nacionales o no.

Esta sentencia de la Corte Internacional de Justicia, pese a que no versaba sobre un tema propiamente de derechos humanos, creó un principio de capital importancia que constituye un parteaguas en el desarrollo de estos derechos y, sin duda alguna, un paso fundamental en su protección universal.

La construcción del concepto de los derechos *erga omnes* se ha convertido, desde entonces, en una cita cotidiana tanto en la doctrina como en la jurisprudencia nacional e internacional.

4. El caso de las actividades militares y paramilitares contra Nicaragua (*Nicaragua vs. Estados Unidos, 1986*)

El 9 de abril de 1984, Nicaragua interpuso una demanda ante la Corte Internacional de Justicia en la que acusó a los Estados Unidos de América de usar la fuerza militar en su contra e intervenir en sus asuntos internos, violando con ello su soberanía, su integridad territorial y su independencia política.

Nicaragua alegaba que Estados Unidos, al reclutar, adiestrar, armar, equipar, financiar, aprovisionar, y al incitar, sostener, ayudar y dirigir actividades militares y paramilitares en y contra Nicaragua, había violado la Carta de las Naciones Unidas y la carta de la Organización de Estados Americanos (OEA), así como la Convención sobre Derechos y Deberes de los Estados en Caso de Guerra Civil. Además, sostuvo que al atacar a Nicaragua por tierra, mar y aire, llevar a cabo incursiones en su mar territorial, violar su espacio aéreo, tratar de coaccionarla, intervenir en sus asuntos internos, infringir la libertad del altamar de Nicaragua e interrumpir el comercio pacífico, y matar, herir y secuestrar a ciudadanos nicaragüenses, había violado las obligaciones que derivan a su cargo del derecho internacional, tanto general como consuetudinario.

Asimismo, acusó específicamente a la agencia gubernamental norteamericana Central Intelligence Agency (CIA) de producir y distribuir entre las fuerzas de opo-

sición al Gobierno, es decir, la *Contra*,³² un texto impreso denominado *Manual de operaciones psicológicas en la guerra de guerrilla*, en el que se la animaba a llevar a cabo diversos actos violentos en contra de la población civil, tales como asesinatos y secuestros. Todas estas violaciones, de acuerdo con el Estado demandante, estaban destinadas a intimidar al Gobierno de Nicaragua y a intervenir en sus asuntos internos.

Nicaragua solicitó así que Estados Unidos pusiera fin a todas las actividades de adiestramiento, suministro de armas y municiones, financiación, apoyo logístico, asistencia, dirección y cualquier otra forma de apoyo a cualquier individuo, grupo, organización, movimiento o nación implicado en actividades militares o paramilitares en Nicaragua, y que reparara los daños infringidos a las personas, propiedades y economía nicaragüense provocadas por las violaciones referidas. De igual manera, junto con su demanda, solicitó a la Corte la indicación de medidas provisionales.³³

Para defenderse, Estados Unidos acusó al Gobierno de Nicaragua de violar los derechos humanos de sus propios ciudadanos dentro del territorio nicaragüense y, en esencia, alegó que esa era la razón por la que había hecho uso de la fuerza armada en su contra.

Asimismo, respecto de la jurisdicción de la Corte, manifestó que Nicaragua no había depositado el documento de ratificación (Protocolo de Firmas) del Estatuto de la Corte Permanente Internacional (antecesora de la Corte Internacional de Justicia) y que, debido a ello, no había aceptado la jurisdicción de la actual Corte Internacional de Justicia, por lo que solicitó que se pusiera fin a todas las actuaciones y que, incluso, se eliminara el asunto del registro oficial de la Corte.

Por último, en relación con la petición de medidas provisionales, señaló, en primer lugar, que ello causaría un daño irreparable a los intereses de terceros Estados, en particular, a Costa Rica, a Honduras y a El Salvador, y que dichas naciones debían considerarse también partes dentro de este procedimiento. En segundo término, manifestó que la concesión de dichas medidas causaría un daño grave al proceso de negociaciones que en ese momento se llevaba a cabo en la isla de Contadora, en

³² Acortamiento de *contrarrevolucionarios o contrarrevolución*. Grupo de insurgentes opuestos al gobierno del Frente Sandinista de Liberación Nacional (FSLN), en el poder en Nicaragua desde 1979. Se calcula que para 1987, la *Contra* contaba con más de 17.000 combatientes.

³³ Sobre este caso, consultar James Richard Crawford, "Military Activities against Nicaragua Case (Nicaragua v. United States of América)", en *Encyclopedia of Public International Law (EPIL)*, vol. III, Heidelberg, Max Planck Institute, 2008, pp. 371 y ss.; Richard N. Kiwahuka, "The International Human Rights Implications of the ICJ Decision in Nicaragua v. United States", *Nordic Journal of International Law*, vol. 57, 1988, pp. 470 y ss.; Leigh Monroe, "Case Concerning Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America), Judgment of 27 June 1986", *American Journal of International Law*, vol. 81, 1987, pp. 206 y ss.; De Ory Arriaga, *op. cit.*, pp. 69-74; International Court of Justice, *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua case (Nicaragua v. USA)*, Application instituting proceedings of 9 April 1984, ICJ Reports, 1984, pp. 2-10.

Panamá. Por último, adujo que la resolución de esta controversia, al tratarse de un litigio que ponía en peligro la paz y la seguridad internacionales, correspondía al Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, y no a la Corte.

Contrario a lo esperado por el Estado demandado, el 10 de mayo de 1984, la Corte indicó las medidas provisionales que le fueron solicitadas, ordenando el cese de todas las actividades hostiles que Estados Unidos llevaba a cabo en contra de Nicaragua.

Asimismo, el 27 de junio de 1986, la Corte dictó su sentencia definitiva condenando a los Estados Unidos de Norteamérica. En su fallo final, después de aclarar lo relativo a la procedencia del asunto y a sus facultades para conocer del caso, la Corte precisó que las violaciones, reales o conjeturadas, de los derechos humanos cometidas por un Estado en contra de sus nacionales, no pueden ser usadas como pretexto por otro Estado para justificar el uso de la fuerza en contra del primero.

La Corte precisó que los únicos mecanismos legítimos para la protección de los derechos humanos son los que derivan de los instrumentos legales relativos a los derechos humanos, clarificando con ello que un Estado en particular y de manera individual, no cuenta con autoridad para juzgar sobre la situación de los derechos humanos en otro Estado, y, mucho menos, para tomar acciones al respecto.

Por último, el tribunal dijo que el Gobierno de Nicaragua había ratificado varios tratados internacionales sobre derechos humanos; había invitado a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos a visitar el país, y se había comprometido con la OEA y con otros organismos internacionales facultados para monitorear la observancia de los derechos humanos en Nicaragua, a respetar puntualmente dichos derechos en favor de sus ciudadanos. En ese sentido, a los ojos de la Corte, Nicaragua ya estaba tomando medidas para proteger los derechos fundamentales dentro de su territorio.

Ante el argumento del demandado de que el uso de la fuerza en Nicaragua estaba justificado por su derecho a la autodefensa, la Corte precisó que la autodefensa sólo procedía como respuesta a un ataque militar previo, lo que no había ocurrido en el caso.

Asimismo, la Corte precisó que ningún Estado o grupo de Estados puede, sin ser parte de una decisión tomada por un mecanismo internacional de protección de los derechos humanos establecido por un instrumento legal vigente, usar la fuerza para lograr que otro Estado observe y respete los derechos humanos en su propio territorio. Es decir, incluso si Nicaragua fuese responsable de las violaciones de los derechos humanos que le atribuían los Estados Unidos, *únicamente* los mecanismos internacionales de protección de los derechos humanos están legitimados para llevar a cabo acciones de protección de dichos derechos.

Por último, respecto del argumento de los Estados Unidos relativo a que se justificaba la utilización de la fuerza contra Nicaragua porque esta nación había tomado “medidas significantes hacia el establecimiento de una dictadura comunista totalitaria”, la Corte sentenció que la adherencia de un Gobierno a alguna doctrina socioeconómica en particular, no constituía una violación del derecho consuetudi-

nario internacional, y que argumentar lo contrario, violaba el principio de soberanía de los Estados, sobre el cual está construida la totalidad del derecho internacional.

Así, la Corte condenó en su fallo el uso de la fuerza por parte de Estados Unidos en Nicaragua y precisó que si bien Estados Unidos es libre de formar su propio criterio acerca de la situación de los derechos humanos de los ciudadanos nicaragüenses, el uso de la fuerza no es un método apropiado para vigilar, y menos para asegurar su observancia. Igualmente, determinó que la protección a los derechos humanos, no es compatible con las medidas tomadas por Estados Unidos, y menos lo es la colocación de minas en los puertos, la destrucción de instalaciones petroleras, el entrenamiento, la dotación de armas, municiones y suministros, asistencia, la financiación y dirección a la *Contra*, entre otras actividades de igual naturaleza llevadas a cabo por este país.

La Corte concluyó así que la conducta de Estados Unidos era ilegal y, sobre todo, remarcó que aun cuando no había duda de que esos derechos eran universales y que todos los Estados estaban interesados en su protección y cumplimiento, su vigilancia y protección internacional les corresponde únicamente a las organizaciones e instituciones internacionales creadas específicamente para ello, y en los términos precisos en que lo disponen las normas jurídicas internacionales aplicables.

Se trata de un fallo que ha sido celebrado porque además de poner de manifiesto la independencia de la Corte, que no dudó en condenar a la gran potencia y principal contribuyente de la Organización de las Naciones Unidas, puso de manifiesto que ni siquiera la violación de los derechos humanos puede justificar la intervención de un país en el territorio de otro.³⁴

5. Conclusiones

Si bien los tribunales son, por antonomasia, órganos encargados de defender y proteger los derechos humanos, no siempre son apreciados desde esta perspectiva. Frecuentemente se minimiza su papel en la construcción de las normas, instituciones y principios protectores de los derechos humanos, empero su rol en esta tarea siempre ha sido capital. Como bien lo dijo alguna vez el juez norteamericano

³⁴ Ciertamente, también se le ha criticado. En concreto, se ha dicho que, en esta sentencia, la Corte no parece diferenciar las *consideraciones elementales de humanidad* de los *principios generales del derecho humanitario*. La profesora Rosemary Abi-Saab, sin embargo, ha aclarado que de acuerdo con los razonamientos esgrimidos por la Corte, las *consideraciones de humanidad* deben concebirse como una base ética fundamental, aplicable en todas las circunstancias, es decir, tanto en tiempos de guerra como en tiempos de paz, en tanto que el derecho humanitario debe concebirse como una derivación de las *consideraciones de humanidad*, y aplicarse sólo durante los conflictos armados (Rosemary Abi-Saab, "Los 'principios generales' del derecho humanitario según la Corte Internacional de Justicia", *Revista Internacional de la Cruz Roja*, núm. 12, 1987, pp. 387-395, específicamente p. 390.

Oliver Wendel, “La vida del derecho no es lógica, la vida del derecho ha sido siempre la experiencia jurisprudencial”³⁵

En los hechos, la Corte Internacional de Justicia, cuya competencia se circunscribe a dirimir las controversias que se suscitan entre las naciones del mundo, ha construido, desarrollado y otorgado contenido a algunos de los principios más importantes en materia de derechos humanos.

Esta Corte ha sido pocas veces vista como un tribunal protector de derechos humanos; sin embargo, la experiencia demuestra que cuando ha tenido ocasión, casi siempre ha aprovechado para construir un nuevo principio, una nueva regla jurisprudencial, una nueva norma destinada a proteger los derechos humanos, lo que dada la amplia jurisdicción de este tribunal, ha tenido una enorme influencia en todo el mundo.

El objetivo de este artículo ha sido, pues, rescatar el papel de la Corte Internacional de Justicia de la Organización de las Naciones Unidas como un tribunal esencial en la construcción de algunos de los principios más importantes en materia de derechos humanos y, a través de ello, poner de manifiesto que la actividad jurisdiccional de cualquier tipo –nacional, internacional, local, federal, constitucional o de cualquier otra clase–, por definición, está irremisiblemente ligada a la protección de los derechos humanos.

Bibliografía

- ABI-SAAB, Rosemary, “Los ‘principios generales’ del derecho humanitario según la Corte Internacional de Justicia”, *Revista Internacional de la Cruz Roja*, núm. 12, julio-agosto 1987, pp. 387-395.
- ANDRIEUX, Gregoire, “Declining Jurisdiction in a Future International Convention on Jurisdiction and Judgments-How Can We Benefit from Past Experiences in Conciliating the Two Doctrines of Forum Non Conveniens and Lis Pendens?”, *Loyola of Los Angeles International & Comparative Law Review*, vol. 27, núm. 1, 2005, pp. 323-369.
- BASSIOUNI, M. Cherif, *Crimes against humanity: Historical evolution and contemporary application*, New York, Cambridge University Press, 2011.
- BEDI, Shiv R. S., *The Development of Human Rights Law by the Judges of the International Court of Justice*, Oxford/Portland, Oregon, Hart Publishing, 2007.

³⁵ “*The life of the law has not been logic; it has been experience*” (Oliver Wendell Holmes, Jr., *The Common Law*, Boston, Little, Brown and Company, 1881). Esta frase del Ministro de la Suprema Corte de los Estados Unidos, que identifica al derecho con la experiencia práctica de los tribunales, se ha convertido en el credo del realismo jurídico norteamericano. No obstante, fueron Benjamín Cardozo –otro ministro de la Suprema Corte– y Roscoe Pound –decano de la Facultad de Derecho de la Universidad de Harvard– quienes consolidaron la concepción del derecho como algo estrechamente vinculado a la realidad de la vida humana.

- BERNHARDT, Rudolf, "Corfu Chanel Case", *Encyclopedia of Public International Law (EPIL)*, vol. I, Heidelberg, Max Planck Institute, 1997.
- CARRILLO SALCEDO, Juan Antonio, *Soberanía de los Estados y derechos humanos*, Madrid, Tecnos, 1995.
- CASSESE, Antonio y Mireille DELMAS-MARTY (eds.), *Crímenes internacionales y jurisdicciones internacionales*, trad. de Horacio Pons, Bogotá, Grupo Editorial Norma, 2004.
- CHETAIL, Vincent, "La contribución de la Corte Internacional de Justicia al derecho humanitario", *Revista Internacional de la Cruz Roja*, junio de 2003. Disponible en: <https://www.icrc.org/spa/resources/documents/misc/5uamwj.htm>.
- CRAWFORD, James Richard, "Military Activities against Nicaragua Case (Nicaragua v. United States of America)", *Encyclopedia of Public International Law (EPIL)*, vol. III, Heidelberg, Max Planck Institute, 2008.
- DE ORY ARRIAGA, Carlos, *La contribución de la Corte Internacional de Justicia al desarrollo progresivo del derecho internacional de los derechos humanos*, tesis doctoral, Universidad de Sevilla, 1999 (inédita).
- DUGARD, John, *The South West Africa/Namibia dispute: documents and scholarly writings on the controversy between South Africa and the United Nations*, California, University of California Press, 1973.
- EVANS, Alona E., "Case concerning the Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited (Belgium v. Spain), Second Phase", *American Journal of International Law*, vol. 64, núm. 3, 1970, pp. 653-693.
- GARCÍA-ARIAS, Luis, "El primer caso ante el Tribunal Internacional de Justicia: el caso del Canal de Corfú. II. La sentencia sobre el fondo", *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. II, 1949.
- GROSS ESPIELL, Héctor, "Los derechos humanos y la Corte Internacional de Justicia. Una visión latinoamericana", *Anuario de derechos humanos de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, núm. 2, 2001, pp. 411-434.
- HIGGINS, Rosalyn, "Aspects of the case concerning the Barcelona Traction Light and Power Company, Ltd"., *Virginia Journal of International Law*, vol. 11, 1970-1971, pp. 327-343.
- JACOBS, Francis G., "Judicial Dialogue and the Cross-Fertilization of Legal System: The European Court of Justice", *Texas International Law Journal*, núm. 38, 2003, pp. 547-556.
- JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, Eduardo, "Derecho y justicia, resguardos de la libertad", *Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos*, núm. 1, 1985.
- KATJAVIVI, Peter H., *A History of Resistance in Namibia*, Oxford, UNESCO, James Currey Publishers, 1988.
- KIWANUKA, Richard N., "The International Human Rights Implications of the ICJ Decision in Nicaragua v. United States", *Nordic Journal of International Law*, vol. 57, 1988.

- KOOIJMANS, Pieter Hendrik, "Inter-State Dispute Settlement in the Field of Human Rights", en Marcel BRUS, Sam MULLER y Serv WIEMERS (eds.), *The United Nations Decade of International Law: Reflections on International Dispute Settlement*, Boston/Londres, Martinus Nijhoff, 1991.
- LILLICH, Richard B., "Two Perspectives on the Barcelona Traction Case", *American Journal of International Law*, vol. 65, núm. 3, 1971, pp. 522-532.
- MONROE, Leigh, "Case Concerning Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America), Judgment of 27 June 1986", *American Journal of International Law*, vol. 81, 1987.
- POSNER, Richard A., "How Judges Think", *Harvard University Press*, 2008.
- POUND, Roscoe, *Organization of Courts*, Boston, Little, Brown and Company, 1940.
- SHANY, Yuval, *Regulating Jurisdictional Relations between National and International Courts*, Serie The Project on International Courts and Tribunals, Oxford, Oxford University Press, 2007.
- SHAPIRO, Martin, *Courts: A comparative and political analysis*, Chicago, Chicago University Press, 1981.
- SLAUGHTER, Anne-Marie, "A Global Community of Courts", *Harvard International Law Journal*, vol. 44, núm. 1, 2003, pp. 191-219.
- VERGOTTINI, Giuseppe de, *Más allá del diálogo entre tribunales. Comparación y relación entre jurisdicciones*, trad. de Pedro J. Tenorio Sánchez, Navarra, Civitas, Thomson Reuters, Instituto Derecho Parlamentario, 2010.
- VILLÁN DURÁN, Carlos, *Curso de derecho internacional de los derechos humanos*, Colección Estructuras y Procesos, Serie Derecho, México, Trotta, 2006.

VOLVER A LA TABLA DE CONTENIDO

Carlos Ramón Salcedo Camacho* (República Dominicana)

Posmodernismo, derechos fundamentales implícitos y la solución constitucional dominicana

RESUMEN

A partir de la proclamación de la Constitución de 2010, el constitucionalismo dominicano entró en la dinámica del posmodernismo constitucional y asumió los conflictos propios de la posmodernidad y su catálogo inacabado de derechos fundamentales, algunos expresos y otros tantos implícitos. Uno de los conflictos es el que ocurre entre derechos fundamentales implícitos, en los que el juez constitucional tiene la tarea de armonizarlos, apoyándose en una interpretación holística, armónica e integral de la Constitución, tanto en el plano dogmático como en la práctica constitucional, para que cada ciudadano obtenga una solución que responda al orden constitucional sustantivo, material y funcional imperante.

Palabras clave: constitucionalismo, posmodernismo, República Dominicana.

ZUSAMMENFASSUNG

Seit der Bekanntmachung der Verfassung von 2010 ist der dominikanische Konstitutionalismus der Dynamik der verfassungsrechtlichen Postmoderne ausgesetzt und hat sich den Konflikten zu stellen, die der Postmoderne und ihrem unvollendeten Katalog von teils ausformulierten, teils implizit niedergelegten Grundrechten eigen sind. Einer dieser Konflikte besteht zwischen den impliziten Grundrechten, die die Verfassungsrichter auf der Grundlage einer ganzheitlichen und umfassenden Auslegung der Verfassung sowohl auf der rechtsdogmatischen als auch auf der verfassungspraktischen Ebene in Einklang bringen müssen, damit jedem Bürger eine Lösung angeboten wird, die der geltenden materiellrechtlichen und funktionalen Verfassungsordnung in ihrer Substanz entspricht.

* Abogado, especialista en derecho constitucional, derechos fundamentales y libertades públicas, argumentación jurídica, derecho societario y comercial, y derecho del trabajo y de la seguridad social. Dirige la firma de abogados y consultores Salcedo y Astacio. carlos3osalcedo@gmail.com.

Schlagwörter: Konstitutionalismus, Postmoderne, Dominikanische Republik.

ABSTRACT

With the proclamation of the Constitution of 2010, Dominican constitutionalism entered the dynamic of constitutional postmodernism, and assumed the conflicts inherent in postmodernity and its incomplete catalogue of fundamental rights, some express and others implied. One of these conflicts arises among implied fundamental rights, which constitutional judges must harmonize on the basis of a holistic, harmonious and comprehensive interpretation of the Constitution, on a dogmatic level as well as in constitutional practice, so that every citizen can obtain a solution that is consistent with the prevailing substantive, material and functional constitutional order.

Keywords: constitutionalism, postmodernism, Dominican Republic.

Introducción

Con la nueva Constitución de la República, el constitucionalismo dominicano entró en una nueva etapa a partir de 2010 y con ello se plantearon nuevos retos para los operadores jurídicos con ocasión de los conflictos jurídicos surgidos a partir de ella. Previo a esta carta política, el constitucionalismo dominicano, aunque con luces y avances, venía rezagado y poco a poco dejaba la modernidad jurídica atrás para asumir paulatinamente el posmodernismo jurídico.

Con la proclamación de la Constitución de 2010, el ordenamiento jurídico dominicano fue dotado de una amplia gama de derechos fundamentales, los cuales no se limitan a los contenidos en la propia carta fundamental de la nación, sino que se admiten –readmiten, pero con mayor certidumbre y amplitud–¹ otros derechos no expresados en ella y se les otorga la misma jerarquía, al tiempo de dar mandato de interpretación favorable al titular de los derechos fundamentales.²

¹ Muchos de los derechos fundamentales de la Constitución de 2010 ya eran reconocidos expresamente por la Constitución de la República de 2002, en su artículo 8; a su vez, el artículo 10 de dicha Constitución establecía la cláusula de derechos y deberes implícitos, al disponer: “La enumeración contenida en los artículos 8 y 9 no es limitativa, y por consiguiente, no excluye otros derechos y deberes de igual naturaleza”. De ahí que, en cierta medida, el catálogo de derechos fundamentales de la Constitución de 2010 esté nutrido por esos derechos implícitos de las constituciones anteriores.

² Al establecer los principios de reglamentación, aplicación e interpretación de los derechos y garantías fundamentales, el artículo 74 de la Constitución establece: “La interpretación y reglamentación de los derechos y garantías fundamentales, reconocidos en la presente Constitución, se rigen por los principios siguientes: 1) No tienen carácter limitativo y, por consiguiente, no excluyen otros derechos y garantías de igual naturaleza; 2) Sólo por ley, en los casos *permitidos* por esta Constitución, podrá regularse el ejercicio de los derechos y garantías fundamentales, respetando su contenido esencial y el principio de razonabilidad; 3) Los tratados, pactos y convenciones relativos a derechos humanos, suscritos y ratificados por

A su vez, la carta política de 2010 reafirma la idea de Constitución como norma vinculante para todos los poderes públicos.³ Por primera vez en la historia constitucional dominicana tenemos una Constitución fuertemente normativa y autoprotoclamada suprema. Esto implica un avance significativo y forma parte de la entrada del constitucionalismo dominicano a la posmodernidad.

Esta normatividad férrea, que desde los años noventa se le venía reconociendo a la Constitución de la República, ha tenido su momento de consolidación con la actual ley de leyes y esta, a su vez, está garantizada por una jurisdicción constitucional que tiene como atribuciones asegurar la supremacía de la Constitución, su integridad y la vigencia efectiva de los derechos fundamentales.

Desde la acera de los derechos fundamentales, la Constitución amplía, pues, el catálogo de estos y reconoce la existencia de otros. Estos son los derechos fundamentales implícitos, los cuales son una creación normativa de la Constitución y corresponde a la comunidad de intérpretes constitucionales reconocer progresiva y favorablemente a los dueños de aquellos derechos fundamentales que no están expresamente reconocidos en la carta magna.

En el presente artículo vamos a afirmar al constitucionalismo dominicano en el posmodernismo jurídico y sus implicaciones de cara a la creación –más bien solución conforme a la Constitución– y garantía de los derechos fundamentales. Además, plantaremos el contexto de los conflictos entre derechos fundamentales implícitos y su expresión en la normativa derivada del texto capital de la nación.

Trataremos de indicar cuál es el camino idóneo para una solución constitucional conforme en caso de que colidan los derechos fundamentales implícitos, choques que seguro sucederán en el nuevo escenario del constitucionalismo dominicano, partiendo siempre de las reglas de interpretación que impone el constituyente en el artículo 74 de la carta fundamental, el cual forma parte vertebral de nuestra norma fundamental, pero que en algunas circunstancias podría ser insuficiente sin el adecuado y correcto método interpretativo por parte de la comunidad de intérpretes constitucionales.

En efecto, algunos conflictos entre derechos fundamentales no tendrán una solución matemática, y el juez constitucional tiene que apoyarse en el artículo 74 de la

el Estado dominicano, tienen jerarquía constitucional y son de aplicación directa e inmediata por los tribunales y demás órganos del Estado; 4) Los poderes públicos interpretan y aplican las normas relativas a los derechos fundamentales y sus garantías, en el sentido más favorable a la persona titular de los mismos y, en caso de conflicto entre derechos fundamentales, procurarán armonizar los bienes e intereses protegidos por esta Constitución”. Como se observa, el numeral 1 del artículo 74 de la Constitución de la República reproduce casi textualmente las disposiciones del anterior artículo 10 de la Constitución de 2002.

³ Basta ver las disposiciones precitadas del numeral 4 del artículo 74 de la Constitución de la República, que establece la obligatoriedad de la interpretación favorable al titular del derecho, y las disposiciones del artículo 184, que instituye la garantía jurisdiccional de los derechos, al establecer el Tribunal Constitucional para asegurar la supremacía de la Constitución, la defensa del orden constitucional y la protección de los derechos fundamentales.

Constitución a través de una interpretación conjunta que incluya los distintos elementos políticos fundacionales de la Constitución y que son indispensables para la correcta aplicación de la norma y la conservación del orden constitucional vigente.

1. La posmodernidad constitucional

1.1. De la modernidad a la posmodernidad

Desde el punto de vista filosófico, la modernidad ha sido catalogada como “el proceso de mundialización o secularización”⁴ de las sociedades, enfatizando el uso de la razón por sobre la transitividad.⁵ Por otro lado, desde el punto de vista jurídico, la modernidad es una corriente caracterizada esencialmente por la idea de que los problemas jurídicos se resuelven mediante la aplicación de un pensamiento sistemático y cerrado, de la mano del positivismo.⁶

No obstante, el advenimiento de la etapa posmoderna ha significado el rechazo de los ideales modernistas,⁷ tanto desde la filosofía como desde el derecho. En tal sentido, y para los fines del presente análisis, la posmodernidad jurídica se caracteriza por el pluralismo normativo, es decir, por la apertura del derecho (*open texture*), atendiendo a los valores pragmáticos, estéticos y éticos,⁸ en respuesta a fenómenos como la globalización, lo cual ha resultado en la incorporación de normas supranacionales, normas consuetudinarias y normas de construcción judicial al ordenamiento en un nivel jerárquico básicamente horizontal.

Entre las características de la posmodernidad constitucional, la doctrina generalmente cita el pluralismo jurídico y cultural, la revalorización de la idea de los principios generales del derecho, la recuperación de la dimensión ética del derecho y el surgimiento del derecho transestatal.⁹

⁴ Daniel Innerarity, “Modernidad y postmodernidad”, en *Anuario filosófico*, vol. 20, núm. 1, Navarra, Universidad de Navarra, 1987, pp. 105-106.

⁵ Hans Blumenberg, “Selbsterhaltung und Beharrung. Zur Konstitution der neuzeitlichen Rationalität”, en Hans Ebeling (ed.), *Subjektivität und Selbsterhaltung*, Frankfurt, Suhrkamp Verlag, 1976, citado en *ibid.*, p. 108.

⁶ Eduardo Ángel Russo, *Teoría general del derecho. En la modernidad y la posmodernidad*, Buenos Aires, Editorial Abeledo Perrot, 1995, citado en Ernesto Grün, “El derecho posmoderno: un sistema lejos del equilibrio”, *Revista Telemática de Filosofía del Derecho*, núm. 1, 1997, p. 20.

⁷ El modernismo jurídico se consolida con la victoria de la burguesía en la Revolución francesa. Desde ese momento, comienza un proceso de sistematización de la producción de las normas y con ello un control férreo de la producción del derecho. Esta corriente iusfilosófica se extenderá por todo Occidente y durará hasta finalizada la Segunda Guerra Mundial. El posmodernismo nace de las nuevas constituciones europeas de la posguerra.

⁸ Grün, *op. cit.*, p. 21.

⁹ Manuel A. Núñez, “Una introducción al constitucionalismo postmoderno y al pluralismo constitucional”, *Revista Chilena de Derecho*, vol. 31, núm. 1, 2004, pp. 119-120.

Por tanto, se podría decir que el paso a la posmodernidad supone un rompimiento con el pensamiento cuadrado de la modernidad, en el cual toda cuestión jurídica debía necesariamente encajar en la normativa existente, sin la posibilidad de aplicar reglas flexibles y prácticas para dar la solución más efectiva a los problemas, de manera favorable para los titulares de los derechos constitucionalmente consagrados, tanto explícita como implícitamente.

1.2. El sistema pluralista

El pluralismo no es más que la existencia de multiplicidad de autoridades en un mismo sistema, sin que haya entre ellas una jerarquía horizontal. Esto puede tomar forma como la multiplicidad y dispersión de las fuentes del derecho, o bien como la integración de diferentes sistemas o jurisdicciones, creando una base legal abierta que rompe con los lineamientos de la modernidad.

En este sentido, la doctrina ha sostenido que “en el marco del constitucionalismo multinivel y, por lo tanto, del pluralismo constitucional, las relaciones entre los diferentes niveles se regulan atendiendo a los principios y objetivos constitucionales comunes, no según una norma última, bien sea esta del derecho nacional, regional o universal”.¹⁰ Esto implica que la finalidad última de cualquier intérprete judicial en un sistema pluralista vendrá siendo el cumplimiento de los objetivos constitucionales, por lo que se les presta especial importancia a las herramientas utilizadas para lograr tal cometido.¹¹

En palabras llanas, el pluralismo jurídico que ha surgido con la etapa posmoderlista ha hecho que el enfoque de los jueces no sea la garantía y protección estricta del cumplimiento de los textos legales, sino que ahora deben velar por que la solución aplicada sea la más acorde con la finalidad del Estado.

A estos fines, y específicamente en el marco de la justicia constitucional, los jueces han empleado mecanismos para lograr estos objetivos, como acudir a los principios constitucionales, normativas internacionales y tradiciones, cuando la norma no es lo suficientemente explícita respecto a la solución que debe darse a un caso, así como apoyarse en la teoría de los derechos implícitos, caracterizada por el reconocimiento judicial de derechos, como se explicará más adelante.

¹⁰ Paola Andrea Acosta Alvarado, “El pluralismo constitucional como respuesta a los desafíos de la protección multinivel en Latinoamérica. Comentarios a la propuesta de René Ureña”, *Revista Derecho del Estado*, núm. 31, 2013, p. 364.

¹¹ *Ibid.*, p. 365.

2. El paso del constitucionalismo dominicano al posmodernismo

2.1. La limitación del poder presidencial como eje del modernismo constitucional dominicano

La historia constitucional dominicana ha sido tan turbulenta, zigzagueante, oportunista y con dejos de autoritarismo como la de la mayoría de los países latinoamericanos. Desde los inicios de la República, el movimiento constitucional fue precario y la Constitución de San Cristóbal de 6 de noviembre de 1844 tuvo la sola función de organizar el poder político e inflar el poder del presidente, otorgándole plenos poderes de excepción.

El constitucionalismo dominicano nació trunco, toda vez que la Constitución de 1844 se fundó en la excepcionalidad, en los poderes exorbitantes del presidente y en la suspensión de la carta de derechos fundamentales clásicos que reconocía y que no debía eliminar desde un primer momento.

Esto explica el poco arraigo de la Constitución en la cultura jurídica y política del siglo XIX. De hecho, no tememos afirmar que, durante esos 100 años, la República Dominicana tuvo constituciones de papel, es decir, puras proclamas de los derechos clásicos de la modernidad y una organización del Estado que no mostraba la honda debilidad institucional de la joven República.

Y esto tiene sentido, dado que durante nuestras dos primeras repúblicas, el constitucionalismo dominicano tuvo como causa principal la limitación de los poderes del presidente, visto este como la institución responsable de los males que azotaban la vida política y el culpable del atraso económico.

El constitucionalismo dominicano del siglo XIX y hasta la fatídica dictadura de Rafael Leónidas Trujillo en 1930 podría resumirse en la “lucha entre liberales y conservadores”; sin embargo, sería un reduccionismo histórico inaceptable, dado que durante años hubo tanto gobiernos liberales como conservadores, como bien ha precisado Eduardo Jorge Prats:

La intención constituyente de 1844, originalmente liberal, quedaría desvirtuada por la incorporación, debido a la presión del General Pedro Santana, del artículo 210 que le otorgaba plenos poderes de excepción al Presidente de la República. Esta presentación no es la más adecuada porque hubo gobiernos conservadores que propiciaron Constituciones liberales y viceversa, ya que las contradicciones entre facciones y partidos durante gran parte de nuestra historia han estado avivadas por las simples ambiciones personales y las rivalidades entre caudillos y no por divisiones ideológicas.¹²

¹² Eduardo Jorge Prats, *Derecho constitucional*, t. I, Santo Domingo, Ius novum, 2010, p. 74.

En esa línea, el constitucionalismo dominicano debe ser estudiado y entendido a partir de las causas políticas que fueron los ejes fundamentales de los movimientos políticos, sociales y económicos del país.

De ahí que en el plano estrictamente jurídico, el constitucionalismo dominicano se desbordaba, más que nada, en la lucha para la limitación de los poderes del presidente. El modernismo dominicano llega tarde y la carta de derechos que preveían las constituciones del siglo XIX y principios del XX seguían la tradición moderna más clásica: eran puras proclamas de derechos sin garantías del Estado, sin dientes para su efectiva aplicación, con la consecuente denegación práctica de derechos en las personas de carne y hueso.

En efecto, como sabemos, para el modernismo constitucional, “las cartas, como por entonces se recalca, siempre se mantuvieron tenazmente apegadas al canon de la abstracción y ni se mezclaron con el ciudadano históricamente concreto, que es el sujeto que vive en un espacio y un tiempo determinados, ni jamás lo admitieron como interlocutor”.¹³

Por ello, muchas de las disposiciones constitucionales relativas a los derechos de las personas eran asumidas solamente como programas, sin que el Estado estuviera obligado a garantizarlos, por no contar con mecanismos ni garantías de aplicación, lo que delata la indeterminación política de su efectiva ejecución y más aún el vacío normativo, pues los derechos sin las garantías son pura poesía constitucional. Esto se conecta con la tradición moderna francesa, donde la normatividad, la fuerza vinculante y de aplicación directa y efectiva de la Constitución era desconocida.

El modernismo constitucional desconocía el carácter normativo de la Constitución respecto a las garantías de los derechos fundamentales, especialmente los derechos sociales, a los cuales les otorgaba un valor programático a lo sumo. En el caso particular de la República Dominicana, con profundas raíces en la tradición jurídica francesa, la Constitución se limitaba a organizar la vida política de la comunidad, dejando los derechos fundamentales, su ejercicio y su proceso de codificación en manos del legislador.

2.2. Visos de posmodernidad en el constitucionalismo dominicano: el surgimiento del Estado social y la garantía de los derechos fundamentales

El principio del siglo XX en la historia política de la República Dominicana fue sumamente convulsionado, pues tuvo que lidiar con la invasión militar de los Estados Unidos de América desde el año 1916 hasta 1924. La transición de ese período

¹³ Paolo Grossi, “La Constitución Italiana como expresión de un tiempo jurídico posmoderno”, en Miguel Carbonell y Oscar Cruz Barney (coords.), *Historia y Constitución. Homenaje a José Luis Soberanes Fernández*, t. III, Ciudad de México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2011, pp. 205-228.

do culminó con la instauración de una de las dictaduras más férreas y sangrientas de la historia latinoamericana.

El constitucionalismo dominicano estuvo prácticamente muerto durante la dictadura de Rafael Leónidas Trujillo. Sin embargo, los movimientos obreros de los años cincuenta permearon en las discusiones jurídicas de entonces. De ahí que en la Constitución de 1955, por vez primera, se incluyó el compromiso del Estado con la protección de los trabajadores, las personas con alguna capacidad especial, los adultos mayores y los desocupados. Es tan tardío este reconocimiento que, para sólo citar un caso latinoamericano cercano, la llamada Constitución de Querétaro, proclamada por los Estados Unidos Mexicanos, el 5 de febrero de 1917, fue la primera en reconocer muchos derechos sociales –lo que constituyó un gran aporte al constitucionalismo universal–, incluyendo en sus primeros 38 artículos los derechos humanos, los de ciudadanía y las garantías individuales.

Era, pues, la primera vez, en toda la historia del constitucionalismo dominicano, que se incluían algunos derechos sociales. La Constitución de 1955 comenzaba a reconocer otras realidades de la sociedad dominicana y, con ellas, necesariamente, otros derechos.

Ahora bien, fue hasta el comienzo de la transición democrática dominicana en 1963 cuando se insertaron un conjunto de derechos sociales en la Constitución de ese mismo año. Desde ese momento se le dotó a la Constitución dominicana de una cláusula social. Fue entonces cuando el constitucionalismo dominicano hizo un punto de inflexión y comenzó a tener visos de la posmodernidad jurídica.

La cláusula del Estado social supuso la piedra angular del régimen socioeconómico instituido por el constituyente de 1963.¹⁴ Desde entonces, el constitucionalismo dominicano empezó una lucha por la afirmación del Estado social. Además, descubrió una sociedad con diversas realidades: al dominicano trabajador, al dominicano enfermo y al dominicano transeúnte. Cabe decir que la Constitución de 1963 fue la primera en contener una cláusula *in numerus apertus* de los derechos fundamentales, es decir, en afirmar que estos derechos no son sólo aquellos expresados en la carta fundamental.¹⁵

La Constitución de 1963 fue abrogada por los acontecimientos históricos del momento;¹⁶ pero su impacto no impidió que en la Constitución de 1966 –la cual marca la transición democrática de la República– ampliara esa cláusula del Estado social.

¹⁴ Juan Manuel Pellerano Gómez, “Constitución, empresas públicas y privatización”, en Manuel José Cabral (ed.), *Constitución y economía*, Santo Domingo, PUCMM, 1996, p. 16.

¹⁵ El artículo 81 de la Constitución de la República Dominicana de 1963 disponía: “Se declara legítima la resistencia encaminada a la protección de los derechos humanos consagrados más arriba, los cuales no excluyen los demás que esta constitución establece, ni otros de igual naturaleza o que sean una resultante de la soberanía del pueblo y del régimen democrático”.

¹⁶ El 25 de septiembre de 1963, el gobierno constitucional del presidente Juan Bosch fue derrocado por la oligarquía militar trujillista que no aceptaba las condiciones democráticas asumidas por Bosch. Este golpe militar llevó a la formación de un triunvirato (1963-1965)

Con esta Constitución de la transición democrática, el constitucionalismo dominicano inició una nueva etapa: la consolidación del Estado social y la garantía de las libertades fundamentales. El constitucionalismo dominicano se aferró a una lucha por el respeto a las libertades públicas durante los 12 años del gobierno del doctor Joaquín Balaguer, y, al mismo tiempo, sostenía la afirmación del Estado social y las promesas de progreso económico que proclamaba la Constitución.

Sin embargo, la sociedad pluriforme que entraña el posmodernismo todavía no estaba siendo reconocida por el constitucionalismo dominicano. Igualmente, el carácter normativo de la Constitución era simplemente un sueño del que no des-pertaríamos, aunque con algunas interrupciones doctrinarias y pretorianas, hasta la proclamación de la Constitución de 1994.

Efectivamente, fue hasta la crisis política de 1994 cuando la República Dominicana reconoció la supremacía de la Constitución y el carácter vinculante de sus disposiciones. Para garantizar esto, se acometió un proceso de reforma judicial destinado a la consolidación del Poder Judicial, procurando su independencia del poder político y como fiel guardián de la Constitución.¹⁷

Esta reforma judicial fue el primer paso concreto del constitucionalismo dominicano hacia el posmodernismo constitucional, al establecerse el control concentrado o directo de la constitucionalidad de las leyes,¹⁸ fungiendo la Suprema Corte de Justicia como Corte Constitucional y como guardiana de la carta fundamental, garante jurisdiccional de los derechos fundamentales.

conformado por representantes de los sectores golpistas. Este acontecimiento sumió al país en una guerra civil, iniciada por la guerrilla liderada por Manolo Tavarez Justo, con la que se buscaba el retorno del gobierno constitucional de Juan Bosch y la reposición de la Constitución de 1963. Este acontecimiento provocó que el 28 de abril de 1965, tropas de los Estados Unidos de América invadieran por segunda vez a la República Dominicana y el conflicto civil se convirtió en guerra de resistencia contra el invasor, denominada en la historia republicana como la Guerra de Abril. Como condición para la salida de las tropas estadounidenses, se organizaron nuevas elecciones a finales de 1965 y resultó “electo” presidente el doctor Joaquín Balaguer, uno de los articuladores del régimen de Trujillo, quien asumió en el año 1966 e inmediatamente comenzó los trabajos para una nueva Constitución, que fue proclamada el mismo año. Balaguer implantó durante 12 años una dictadura ilustrada, con grandes violaciones de los derechos fundamentales y de los derechos humanos en general (ver Mu Kien Sang Beng, *Historia dominicana: ayer y hoy*, Santo Domingo, Susaeta, 1999).

¹⁷ La reforma del Poder Judicial en la década de los noventa supuso la creación de un Consejo Nacional de la Magistratura como forma de garantizar la efectiva independencia del Poder Judicial, la instauración de una carrera judicial y el establecimiento formal del control concentrado de la constitucionalidad (ver Abraham Siles y Mirte Postema, *Informe de investigación sobre la independencia y la transparencia del Poder Judicial*, Santo Domingo, FINJUS, 2012).

¹⁸ En la República Dominicana, la doctrina constitucional admite que en nuestro orden constitucional los jueces siempre han podido ejercer un control difuso de la constitucionalidad, es decir que, en un caso particular, el juez como garante del orden constitucional puede declarar no conforme a la Constitución aquellas normas que le sean contrarias. El efecto será solamente *inter partes* y no de cara al ordenamiento jurídico (ver Prats, *op. cit.*, pp. 445 y ss.).

Este paso fue sumamente importante y está intrínsecamente ligado al tema objeto de este artículo: los derechos fundamentales implícitos en la Constitución dominicana. La teoría de estos derechos fundamentales comenzó a tomar auge justamente desde el momento en que se consolidó el control concentrado de la Constitución y la Suprema Corte de Justicia como su intérprete expreso, con lo cual no sólo se logró la ampliación del catálogo de derechos fundamentales sino que también se avanzó hacia la concepción normativa y vinculante de la Constitución.

Un ejemplo de la ampliación de garantías y derechos fundamentales fue la Resolución 1920-2003, dictada por la Suprema Corte de Justicia¹⁹ para la implementación del nuevo Código Procesal Penal y con la cual pretendía extender las garantías fundamentales que se encontraban en la Constitución de 1966. En esta resolución, la Suprema Corte de Justicia indicó:

En virtud de los artículos 3 y 10 de la Constitución de la República, toda la normativa sobre derechos humanos contenida en las declaraciones, pactos, convenios y tratados internacionales, es de aplicación directa e inmediata; que por lo tanto, reconocido el bloque de constitucionalidad en nuestro ordenamiento jurídico, se impone su aplicación, armonizando los significados de la ley adjetiva que no le fueren contradictorios, con los principios, normas y valores que lo integran, asegurando de este modo la constitucionalización del proceso judicial.²⁰

De esta forma se introdujeron en el ordenamiento jurídico dominicano derechos y garantías procesales que todavía no estaban vigentes, pero que sí figuraban en los diferentes tratados, pactos, convenios y declaraciones internacionales suscritas por la República Dominicana. Todo gracias a una labor creadora de la Suprema Corte de Justicia en el ejercicio de su labor interpretativa de la Constitución.

2.3. La consolidación del constitucionalismo dominicano posmoderno

Como era de esperarse, los pasos agigantados para la total modernización del ordenamiento jurídico requerían una reforma constitucional amplia, apoyada en el consenso de los diversos sectores sociales. Luego de las victorias –porque verdaderamente han sido luchas libradas– de los años noventa, el constitucionalismo dominicano buscaba situarse en el contexto del constitucionalismo iberoamericano.

¹⁹ La potestad reglamentaria de la Suprema Corte de Justicia para trazar procedimientos no establecidos en la ley es otorgada por el artículo 14 de la Ley 25-91, Orgánica de la Suprema Corte de Justicia.

²⁰ Suprema Corte de Justicia de la República Dominicana, Resolución 1920-2003, 13 de noviembre de 2003.

La transformación del constitucionalismo dominicano y su entrada triunfal a la posmodernidad jurídica, necesaria para retener los avances en derechos fundamentales y garantías, tuvo como hito histórico la redacción y proclamación de la Constitución de 2010. Esta Constitución reforma por completo el ordenamiento jurídico constitucional, amplía el catálogo de los derechos fundamentales e instaura el Estado social y democrático de derecho. Con ella se reconoce a esa sociedad posmoderna pluriforme y a cuyos integrantes el Estado tiene la tarea de garantizarles sus derechos fundamentales y proporcionarles las herramientas para el efectivo desarrollo de cada persona.

La Constitución de 2010 crea un Tribunal Constitucional, órgano de cierre del ordenamiento jurídico, con tres atribuciones: garantizar la supremacía constitucional, defender el orden constitucional y proteger de manera efectiva los derechos fundamentales. A través de este tribunal, el constituyente derivado pretende garantizar la normatividad y vinculatoriedad de sus disposiciones; pero, a su vez, asegurar la supremacía del orden constitucional para garantizar la función esencial del Estado, que es la protección efectiva de los derechos de la persona y el respeto a su dignidad.

En una célebre decisión, el Tribunal Constitucional indicó que “la misión principal de todo juez es garantizar los derechos de las personas en todas las esferas. Negarle esta posibilidad, sin alguna referencia real y concreta, atentaría contra el adecuado funcionamiento del sistema de justicia en República Dominicana”.²¹ De esta forma, el Tribunal Constitucional rompe con la vieja tradición de Montesquieu del juez como voz de la ley y les asigna un rol más activo a los jueces para instituirlos como verdaderos guardianes del orden constitucional.

A su vez, la Constitución de 2010 se erige como transformadora social en tanto que es “plenamente consciente de que la sociedad dominicana está caracterizada por la desigualdad y la injusticia social. Por lo que el programa constitucional de transformación social requiere, no sólo de la acción de los poderes públicos que deben garantizar la efectividad de los derechos fundamentales sino también de las personas privadas que no sólo son deudores de derechos fundamentales sino que pertenecen a la comunidad de intérpretes constitucionales”.²²

Este carácter transformador de la Constitución y el reconocimiento de una sociedad plural y compleja, llena de desigualdades e injusticias sociales, obligan también a que la misma se conciba como abierta, es decir, una constitución de principios que solamente regla aquellas cuestiones fundamentales que no pueden quedar a la suerte de los intérpretes constitucionales.

²¹ Tribunal Constitucional de la República Dominicana, Sentencia TC/0034/14, 24 de septiembre de 2014.

²² Eduardo Jorge Prats, “La Constitución dominicana de 2010 en el contexto del movimiento neoconstitucionalista”, en Pedro González-Trevijano y Enrique Arnaldo Alcubilla (dirs.), *Comentarios a la Constitución de la República Dominicana: parte general*, Madrid, La Ley, 2012, pp. 117-118.

El carácter de Constitución abierta, propio de la posmodernidad constitucional, es precisamente lo que nos permite afirmar la existencia de derechos fundamentales implícitos, los cuales pueden entrar en conflicto no sólo con otros expresos en la Constitución sino también con los puramente implícitos que se derivan de la apertura de la carta fundamental, del reconocimiento de una pluralidad de realidades y de la afirmación de la igualdad de las personas, declarando su amplia diversidad en el marco de su desarrollo individual.

El constitucionalismo dominicano hace su entrada en la posmodernidad y en sus problemas al lograr una Constitución que, como afirma Eduardo Jorge Prats:

[E]stablece las dimensiones esenciales de los derechos fundamentales en los diversos ámbitos sociales y los principios estructurales del orden económico y social. La Constitución es siempre un proceso público que se desenvuelve hoy en una sociedad abierta al pluralismo social, a los fenómenos organizativos supranacionales y a la globalización económica. Se trata de un orden-marco que, por su naturaleza, es siempre parcial y fragmentario, por lo que requiere necesariamente la actualización concretizante del legislador y la dinámica interpretación de la sociedad abierta de los intérpretes de la Constitución.²³

3. Los derechos fundamentales implícitos en la República Dominicana

3.1. Concepto de derechos implícitos

Generalmente se definen los derechos implícitos o no expresos como aquellos que, si bien no han sido expresamente plasmados en el texto constitucional, se derivan del análisis del contenido del mismo como un todo, con el objetivo de “inferir desde su seno una regla que no estaba explícita en él”.²⁴

Lo anterior indica que el constituyente no ha mencionado ciertos derechos fundamentales implícitos, dejándolos como categoría jurídica general. Es lo que ha establecido el constituyente dominicano cuando acepta que la enumeración de derechos es enunciativa. Lo que debe ser objeto de labor jurisprudencial es la determinación de los criterios que la propia Constitución dispone y que deben ser empleados para reconocer un derecho fundamental no recogido expresamente. Estos criterios son la dignidad humana, la soberanía del pueblo, el Estado social y democrático de derecho y la forma republicana de gobierno.²⁵ El fundamento de los derechos no expresos

²³ *Ibid.*, p. 120.

²⁴ Francisco J. Laporta, “La creación judicial y el concepto de derecho implícito”, *Revista Jurídica*, núm. 6, 2002, p. 139.

²⁵ Constitución de la República Dominicana de 2010, artículos 2, 4, 5, y 7.

–el criterio más necesario y suficiente– es la dignidad humana. Esto es así porque la dignidad humana tiene que ver con el valor humano, que es consecuencia necesaria del ser humano, de la naturaleza humana. No se puede sostener la existencia de la dignidad humana sin reconocer la existencia de la naturaleza humana. Es ahí donde el operador jurídico puede encontrar la causa justificativa de la existencia de un derecho fundamental. Los otros criterios son complementarios y solamente servirán para dar razones de la existencia de derechos fundamentales de naturaleza política. Todo lo anterior permite sostener que la lista de criterios recogidos en la Constitución es abierta, de suerte que pueden ser formulados argumentos con base en otros principios, tales como el de la naturaleza humana y el de la solidaridad, para los derechos clásicamente llamados sociales, entre otros.

Esta práctica se torna necesaria a la luz de la falta de una respuesta concreta presentada por el análisis de los derechos explícitos ante un problema complejo. De lo anterior se desprende que quedarían incluidos dentro de este concepto aquellos derechos extraídos de la interpretación de los derechos explícitos, aquellos plasmados en las convenciones internacionales y demás instrumentos ratificados por el Estado que garanticen derechos fundamentales, y, quizás los más importantes para los fines del presente análisis, todos aquellos otros derechos que sean inherentes al ser humano y que sean necesarios para garantizar el sistema de gobierno, en atención al principio de favorabilidad y progresividad en beneficio del sujeto de los derechos.

Esta última categoría de derechos implícitos ha sido la más utilizada, y a la vez la más controversial, a la hora de analizar la teoría de los derechos implícitos. Esto es así debido a que la identificación y posterior utilización de los derechos encontrados bajo esta categoría configuran nada más y nada menos que una ampliación de naturaleza sustantiva del bloque de constitucionalidad vigente.

La noción de derechos implícitos ha representado una parte focal del desarrollo posmodernista del derecho constitucional, toda vez que la razón principal de su surgimiento y existencia es precisamente velar por el bienestar de los individuos, de manera que se les pueda garantizar la mayor cantidad de derechos posible, enfatizando el pluralismo normativo y la eliminación del monopolio previamente manejado por el Gobierno, en cuanto a la prioridad de las políticas públicas del Estado, cualidades que han sido tan características de la era posmodernista.

3.2. Identificación de los derechos implícitos

El problema radical ya no es si existen otros derechos fundamentales de igual naturaleza que los explícitamente contenidos en la Constitución. La cuestión radica, sobre todo, en determinar a quién le corresponde la identificación de estos derechos implícitos. La mayor parte de la doctrina coincide en que esta es una función inherente a los jueces constitucionales –todos lo son–, en su calidad de intérpretes por excelencia de la normativa constitucional.

No obstante, esta no es la única tesis aceptada. Al respecto, el famoso, polémico y conservador juez Antonin Scalia (fallecido el pasado 13 de febrero de 2016 y portaestandarte de la teoría originalista) ha sostenido que la novena enmienda de la Constitución estadounidense, que establece que los derechos contenidos en ella no son limitativos, “no significa que los jueces están autorizados a identificar cuáles son”.²⁶

Scalia estableció esta postura en el marco de una opinión disidente en el caso *Troxel v. Granville*, donde se ponderaba sobre la constitucionalidad de una ley que les otorgaba el derecho a los abuelos de visitar a sus nietos, por encima de lo que opinaran los padres. Scalia sostuvo que si bien le parecía que el derecho que tienen los padres de dirigir o controlar la crianza de sus hijos es uno de los derechos retenidos por el pueblo, a la luz de la novena enmienda de la Constitución estadounidense, y que es un derecho compatible con el compromiso con la democracia representativa, esto no significaba que la Suprema Corte tuviera la potestad de crear este nuevo derecho: “[N]o creo que el poder que me otorga la Constitución como juez me faculta para negar los efectos legales de leyes que (desde mi punto de vista) atentan en contra de lo que es (a mi parecer) ese derecho no enumerado”.²⁷

Con esta opinión disidente, Scalia le atribuía la labor de identificar los derechos implícitos al mismo legislador, quizás mediante normas posteriores, y no a los jueces. Este tipo de pensamiento es propio del llamado originalismo, la corriente de interpretación jurídica que sostiene, esencialmente, que la Constitución se debe interpretar de acuerdo con las intenciones originales de sus redactores, sugiriendo que ante la imposibilidad de encontrar estas intenciones, y ante la presencia de ambigüedad en el texto constitucional, hay que aplicar “una conducta de deferencia con el Legislativo”,²⁸ dejando que la cuestión sea resuelta de manera democrática. En otras palabras, todo lo que no está claramente plasmado en la Constitución, simplemente no está, para los fines del control judicial de la misma.

La postura más socorrida por la doctrina es la identificación de los derechos implícitos a través de la interpretación integral de la Constitución por los jueces constitucionales, pues no hacerlo implicaría desconocer su papel de garantes de la efectividad directa e inmediata del carácter normativo de la Constitución, aun cuando el legislador adjetivo haya hecho mutis en relación con determinados derechos de igual jerarquía que aquellos visibilizados expresamente en la carta magna. Y es que los derechos fundamentales no pueden esperar la labor reguladora del Estado, cuando ellos tienen nombres y apellidos de ciudadanos concretos a quienes se les debe garantizar.

²⁶ Suprema Corte de los Estados Unidos, Sentencia en el *Caso Troxel v. Granville*, 530 U.S. 57, 91 (2000). Opinión disidente del juez Scalia.

²⁷ *Idem*.

²⁸ Sebastián Linares, *La (i)legitimidad democrática del control judicial de las leyes*, Madrid, Marcial Pons, 2008, p. 102.

3.3. ¿Creación normativa o labor interpretativa?

Al hablar de derechos implícitos naturalmente surge la interrogante de si ellos son un mero resultado de la interpretación de los derechos explícitos, es decir, que ciertos derechos explícitos incluyen otros derechos adicionales más específicos, o si se trata de la incorporación de nuevos derechos por parte de la jurisdicción constitucional, derechos que los jueces constitucionales entiendan que son necesarios para garantizar el ideal de la Constitución.

Lo cierto es que la teoría de los derechos implícitos incluye ambas cosas. Un derecho implícito puede desprenderse de uno explícito más general, en cuyo caso sería una mera interpretación, como también puede ser un derecho nuevo incorporado por el juez constitucional porque estima que es un elemento necesario y esencial de la democracia.

En este sentido, el segundo caso alude a un reconocimiento normativo por parte de la jurisdicción constitucional, el cual puede ser llevado a cabo mediante la utilización de varios mecanismos;²⁹ uno muy popular es el de utilizar cláusulas de no limitación de derechos, al estilo de la novena enmienda de la Constitución estadounidense.

Así, la doctrina sostiene que “puede reconocerse la existencia de derechos fundamentales implícitos o de derechos que serán reconocidos en el futuro como tales, dadas nuevas realidades del desarrollo de la existencia humana y de nuevos contextos de las sociedades políticas futuras”.³⁰

En suma, resulta evidente que, con este tipo de cláusulas, el constituyente ha querido dejar abierta una brecha para que puedan ser incorporados al ordenamiento jurídico otros derechos, en adición a los ya plasmados y en respuesta a la realidad del momento o a la tardanza en la respuesta legislativa, sin que haya la necesidad de atravesar un proceso de modificación constitucional o esperar la labor del legislador ordinario.

²⁹ Domingo Gil, “La teoría de los derechos implícitos”, *Anuario 2015*, Santo Domingo, Tribunal Constitucional de la República Dominicana, 2016, pp. 152-156. El autor distingue dos mecanismos para justificar la introducción de derechos implícitos al ordenamiento jurídico; en primer lugar, el juez constitucional puede valerse de las cláusulas de no limitación de derechos, popularizada por la novena enmienda de la Constitución estadounidense y actualmente esparcida por toda América Latina, incluyendo a República Dominicana, es decir, incorporar derechos porque la misma Constitución así lo permite, derechos que llama “*expresamente implícitos*”; en segundo lugar, el juez constitucional puede valerse del criterio interpretativo de que para alcanzar el ideal o programa constitucional, necesariamente deben incorporarse ciertos derechos al ordenamiento, es decir, incorporar derechos porque son necesarios para lograr los principios y objetivos plasmados en la Constitución, derechos que llama “*tácitamente implícitos*”. En los países en que existe la cláusula de no limitación, los jueces constitucionales están habilitados para utilizar ambos mecanismos. En aquellos donde no existe, sólo el segundo.

³⁰ Humberto Nogueira Alcalá, “El derecho a la propia imagen como derecho fundamental implícito. Fundamentación y caracterización”, *Revista Ius et Praxis*, año 13, núm. 2, 2007, p. 251.

De cierta manera, también resulta evidente que la creciente utilización de este tipo de cláusulas es una demostración latente de la incompatibilidad entre el positivismo jurídico³¹ y el constitucionalismo de la posmodernidad, como fue expresado por Tropper,³² y la creciente objeción a una carta de derechos atrincherada, que dificulte su ampliación y expansión.³³

Independientemente de esto, siempre que las sentencias constitucionales tengan un carácter vinculante habrá una discusión sobre la facultad normativa del juez constitucional, que incluirá también las discusiones sobre la legitimidad democrática de la jurisdicción constitucional. Esta facultad normativa ha sido ampliamente criticada, ya que hace que la justicia se impregne de política,³⁴ siendo tildada como una actividad “no democrática, ilegítima, y que socava las buenas consecuencias que resultan de las virtudes republicanas de gobierno”,³⁵ con la consecuente atribución de poder contramayoritario del juez constitucional.

En el caso de la República Dominicana, cuya Constitución cuenta con esta cláusula de derechos implícitos (art. 74.1), queda más que claro que se trata de una construcción normativa, a la luz del principio de vinculatoriedad de los precedentes constitucionales, sin desmedro de la labor de los jueces en los casos particulares que están obligados a darles una solución conforme a la Constitución y al reconocimiento expreso de los derechos implícitos para los casos particulares objeto de su conocimiento y decisión. En efecto, los precedentes constitucionales forman parte activa del bloque de constitucionalidad, ostentando un rango equivalente al de la Constitución misma, en tanto que “la eficacia normativa del precedente debe identificarse con la de la norma interpretada a propósito de la cual se forma el principio de derecho en que el precedente mismo consiste”.³⁶ Por otra parte, si bien el juez ordinario está obligado a dar solución al caso particular a la luz del texto funda-

³¹ Sin embargo, el positivismo jurídico incluyente o inclusivo de Dworkin, Schauer y Atienza frente a las críticas de Hart (el *soft positivism*) y Raz, entre otros, ha permitido una interpretación más abierta (*open text*) para los casos difíciles a través de la integración de los valores y principios constitucionales y metajurídicos, más allá del universo jurídico expreso.

³² Michel Tropper, *Pour une théorie juridique de l'État*, Paris, PUF, 1984, citado por Claudina Orunesu, *Positivismo jurídico y sistemas constitucionales*, Madrid, Marcial Pons, 2012, p. 214.

³³ Orunesu, *ibid.*, pp. 153-159.

³⁴ Carl Schmitt, *La defensa de la Constitución*, Madrid, Tecnos, 1983, citado por Andrés Bordalí Salamanca, “Jueces constitucionales. Un poder incómodo”, en Eduardo Ferrer MacGregor y Arturo Zaldivar Lelo de Larrea (coords.), *La ciencia del derecho procesal constitucional. Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del derecho*, t. V, México, D. F., Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 2008, pp. 41-61.

³⁵ James Allan, “Implied Rights and Federalism: Inventing Intentions While Ignoring Them”, *University of Western Australia Law Review*, vol. 34, núm. 2, 2009, p. 233 [traducción propia]. Disponible en: <http://www.austlii.edu.au/au/journals/UWALawRw/2009/2.html>.

³⁶ Alessandro Pizzorusso, *Lecciones de derecho constitucional*, t. II, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1984, citado en Prats, *Derecho constitucional*, *op. cit.*, p. 356.

mental expreso e implícito y sus decisiones no tienen carácter *erga omnes*, como sí las decisiones del Tribunal Constitucional, estas pertenecen a la comunidad de intérpretes constitucionales y servirán de base para otras decisiones protectoras y garantes de los derechos fundamentales.

4. La solución constitucional dominicana ante conflictos de derechos fundamentales implícitos

4.1. La trascendencia de las disposiciones del artículo 74³⁷ de la Constitución dominicana

Ya hemos indicado previamente que la Constitución de 2010 supone la entrada a la posmodernidad del constitucionalismo dominicano y que es una Constitución abierta, que amplía *ad infinitum* el catálogo de los derechos fundamentales, los cuales no sólo son aquellos que están contenidos expresamente en la Constitución sino también todos los demás que formen parte del ordenamiento internacional suscrito por la República Dominicana, como de aquellos que resulten de las tradiciones y de los propios de una comunidad de seres humanos que ameritan respuesta conforme a la Constitución.³⁸

Igualmente serían derechos fundamentales implícitos aquellos que por el progreso social sean esenciales para el desarrollo socioeconómico de las personas. Así, podemos mencionar el acceso a la energía eléctrica, que no sólo es un servicio público en clave del derecho administrativo, sino que puede enmarcarse como un

³⁷ Constitución de la República Dominicana, artículo 74. “Principios de reglamentación e interpretación. La interpretación y reglamentación de los derechos y garantías fundamentales, reconocidos en la presente Constitución, se rigen por los principios siguientes:

1. No tienen carácter limitativo y, por consiguiente, no excluyen otros derechos y garantías de igual naturaleza;
2. Sólo por ley, en los casos permitidos por esta Constitución, podrá regularse el ejercicio de los derechos y garantías fundamentales respetando su contenido esencial y el principio de razonabilidad.
3. Los tratados, pactos y convenciones relativos a derechos humanos suscritos y ratificados por el Estado dominicano, tienen jerarquía constitucional y son de aplicación directa e inmediata por los tribunales y demás órganos del Estado;
4. Los poderes públicos interpretan y aplican las normas relativas a los derechos fundamentales y sus garantías, en el sentido más favorable a la persona titular de los mismos y, en caso de conflicto entre derechos fundamentales, procurarán armonizar los bienes e intereses protegidos por esta Constitución”.

³⁸ Ver Eduardo Ferrer Mac-Gregor, “Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad. El nuevo paradigma para el juez mexicano”, *Estudios Constitucionales*, vol. 9, núm. 2, 2011, pp. 531-622.

derecho fundamental implícito derivado del derecho a una vivienda digna consagrado en el artículo 59 de la Constitución.³⁹

La existencia de estos derechos implícitos no solamente es el producto de las victorias del constitucionalismo con las reformas judiciales de 1994, que, como vimos, respondían a la necesidad de ampliar el catálogo de derechos que establecía la Constitución de 1966, sino que también la propia Constitución actual establece una cláusula *in numerus apertus*, como aplicación del carácter abierto al que hemos hecho referencia.

Este *in numerus apertus* se manifiesta en el artículo 74, numeral 1, que, como vimos, declara que los derechos fundamentales consagrados en la Constitución no tienen carácter limitativo ni excluyen otros de la misma naturaleza. De ahí que la Constitución reconozca otros derechos fundamentales no expresados en ella y, a su vez, contemple que los mismos pueden entrar en conflicto.

El artículo 74 es una de las bases vertebrales en que se sustenta el actual ordenamiento constitucional dominicano y esto es así porque establece principios medulares para el efectivo y amplio reconocimiento y protección de todos los derechos fundamentales y sus garantías.

En efecto, el artículo 74 permea toda la aplicación de la Constitución, al establecer –como mencionamos– una cláusula abierta de derechos fundamentales, la reserva de ley para la regulación de su contenido sin menoscabar su esencia, la dotación de igual jerarquía a derechos fundamentales incluidos en tratados, pactos y convenciones internacionales, con la correspondiente aplicación directa e inmediata, y los principios de interpretación *pro homine* y *pro libertatis*.

El artículo 74 es la herramienta que otorga la Constitución a la comunidad de intérpretes para resolver conflictos entre los derechos fundamentales, para comprender e interpretar la Constitución y garantizar una totalización de los principios que el constituyente derivado ha querido para lograr una Constitución abierta, transformadora, dinámica e integradora.

Este artículo traza reglas de interpretación y de solución al conflicto. Las reglas en las constituciones se refieren a mandatos imperativos del constituyente para que los poderes públicos y la comunidad actúe en un determinado caso. El artículo 74 ordena a los poderes públicos una interpretación *pro homine*, es decir, más favorable al titular de los derechos. Esa es la primera regla de interpretación que impone la Constitución.

Por ello, toda labor creadora –más bien reconocedora– del intérprete constitucional, en especial de los jueces, debe tener siempre presente las herramientas y reglas

³⁹ Constitución de la República Dominicana, artículo 59. “Derecho a la vivienda. Toda persona tiene derecho a una vivienda digna con servicios básicos esenciales. El Estado debe fijar las condiciones necesarias para hacer efectivo este derecho y promover planes de viviendas y asentamientos humanos de interés social. El acceso legal a la propiedad inmobiliaria titulada es una prioridad fundamental de las políticas públicas de promoción de vivienda”.

de interpretación que dispone el artículo 74 de la Constitución. Cualquier solución dada al margen de estas reglas supone la más pura arbitrariedad.

Esto ha sido un criterio defendido por el Tribunal Constitucional, que ha manifestado la necesidad de que los jueces, en especial los de amparo, interpreten las normas a favor de la efectividad de los derechos fundamentales, como ordena el artículo 74.⁴⁰

Precisamente por lo amplias que son las reglas de interpretación contenidas en el artículo 74, los criterios de interpretación y los principios que pueden seguir los jueces constitucionales en caso de conflictos de derechos fundamentales, ellos pueden utilizar una línea de interpretación que trascienda lo formal y utilizar herramientas de otras disciplinas para lograr la efectividad de los derechos fundamentales.

4.2. Derechos fundamentales implícitos en conflicto: una solución constitucional que trasciende lo formal

Hemos dicho que los derechos fundamentales implícitos son aquellos no expresamente indicados por la Constitución, pero sí derivados del ordenamiento jurídico o del propio progreso social. Estos tienen su sentido en el *in numerus apertus* del artículo 74, numeral 1, que no limita los derechos fundamentales a los indicados en la carta de derechos de la Constitución, sino que estos pueden ampliarse sin necesariamente excluir a los demás.

Ahora bien, si estos derechos fundamentales implícitos entraren en conflicto con algún otro derecho fundamental, debido a que tienen la misma jerarquía constitucional conforme al artículo 74, numeral 4, la solución que la Constitución otorga es precisamente la aplicación del principio de armonización concreta.

En varios casos el Tribunal Constitucional ha indicado:

El Tribunal Constitucional como intérprete supremo de la Constitución de la República, tiene, en virtud del artículo 74.4, la obligación de armonizar derechos fundamentales en conflicto, de modo tal que no se afecte el contenido esencial de los derechos involucrados: en este caso, el derecho a la información pública y el derecho a la intimidad [...]. En la especie que nos ocupa, se le plantea a este Tribunal Constitucional la necesidad de ponderar derechos fundamentales en conflicto, lo que implica la operación de balancear esos derechos en concurrencia, o sea, establecer un orden de importancia entre ellos, haciendo prevalecer a uno sobre el otro, con base en una estimación específica para el caso concreto.⁴¹

⁴⁰ Tribunal Constitucional de la República Dominicana, Sentencia TC/0203/13: “En la especie, es claro que esos principios han tenido, en el mejor de los casos, una vigencia débil en el accionar del juez de amparo”.

⁴¹ Tribunal Constitucional de la República Dominicana, Sentencia TC/0042/12.

Con esto, el propio Tribunal Constitucional está admitiendo que para la solución de conflictos entre derechos fundamentales, sin distinguir entre los expresos y los implícitos, la labor de armonización que le corresponde a cada intérprete constitucional debe apoyarse en los principios y valores propios del orden constitucional.

Esto nos pone en perspectiva de cara a la interpretación que deben hacer los jueces constitucionales en su labor integradora y conjunta. La armonización de derechos fundamentales, si bien depende del caso concreto, como señala el Tribunal Constitucional, no puede ser una operación matemática o de aplicación al ras de la lógica jurídica. Para ilustrar lo anterior, es preciso que abordemos dos ejemplos de derechos fundamentales implícitos que pueden entrar en conflicto y tratar de abordar una solución jurídica apegada al criterio del Tribunal Constitucional.

Un derecho fundamental implícito sería el acceso a la energía eléctrica. Este derecho podemos derivarlo del derecho a un vivienda digna, que contempla el artículo 59 de la Constitución. Este derecho fundamental implícito puede entrar en conflicto con el derecho a la libertad de empresa y, con ello, la libertad de contratación de las empresas distribuidoras de electricidad.

Una interpretación constitucional apegada a la lógica jurídica –no tradicional, como Toulmin⁴² del artículo 74 podría derivar en la prevalencia del derecho fundamental implícito por acercarse más a la dignidad de las personas. Sin embargo, la *ratio decidendi* no puede solamente sujetarse al concepto de dignidad humana sino que necesita de una actividad interpretativa activa, dinámica y actual que justifique la prevalencia del acceso a la energía eléctrica en el contexto actual como derecho fundamental.

Otro caso similar sería el típico conflicto entre el derecho a la vida y el derecho fundamental implícito de autonomía del cuerpo de las mujeres, respecto a la interrupción voluntaria del embarazo. El derecho a la autonomía del cuerpo se deriva del principio de dignidad humana y el derecho del libre desarrollo de la personalidad. En nuestra Constitución, el derecho a la vida está protegido desde la concepción. Esto es un conflicto jurídico que todavía no ha sido solucionado por nuestro Tribunal Constitucional, pero que en su momento tendrá la tarea de armonizar los derechos como ya ha establecido.

La solución de un conflicto de tal naturaleza dependerá muchas veces de los valores y convicciones que tenga el juzgador. Sin embargo, si hacemos un ejercicio abstracto y apegado al artículo 74, no hay solución lógico-jurídica posible, pues no es posible poner un derecho sobre otro sin una interpretación que trascienda lo for-

⁴² Toulmin rompe con la idea de interpretación y aplicación matemática del derecho como se ha venido practicando en algunos sistemas jurídicos, dado que los silogismos muchas veces no pueden otorgar una solución efectiva a los conflictos. De ahí que propone un esquema argumentativo dinámico compuesto por seis elementos (datos, garantías, respaldo, propuesta, conclusión y excepciones) que permiten a los intérpretes constitucionales ver un panorama amplio para la solución efectiva del caso más allá de la lógica jurídica ortodoxa (ver Stephen Toulmin, *Los usos de la argumentación*, Barcelona, Editorial Península, 2007).

mal y estrictamente positivista, aun cuando estemos en presencia de la descriptiva relación normativa seca o en el caso del *soft positivim* de Hart.

Es por este motivo que la armonización en concreto exigida por el artículo 74 permite que los jueces puedan apoyarse en otras herramientas y métodos de interpretación que garanticen la efectividad de los derechos fundamentales. Estos métodos de interpretación no pueden desconocer la realidad escrita de la Constitución ni el juez puede ser un creador de normas, ya que estaría socavando la voluntad constituyente y el Estado de derecho.

Para dar solución a conflictos entre derechos fundamentales explícitos e implícitos, el intérprete constitucional tiene que armonizar apegado al orden constitucional. Con esto queremos decir que una interpretación solamente axiológica o valorista en nuestro ordenamiento sería contraria a la Constitución.

Como bien indica Tamayo Jaramillo, la interpretación valorista por sí sola “atenta contra el Estado social de derecho, pues no respeta el principio de legalidad y en no pocas oportunidades, por repartir directamente por vía de tutela los recursos del Estado, atenta contra la igualdad del principio solidarista de nuestra Constitución escrita [...] si la Corte se convierte en un activista judicial que se arroga el derecho de legislar y de desconocer inclusive los textos constitucionales, la democracia desaparece por el desequilibrio de poderes”.⁴³

La interpretación valorista es una herramienta para la solución de los conflictos entre derechos fundamentales implícitos, pero también es necesaria una interpretación acorde con los principios políticos que fundamentan la Constitución. El intérprete no puede omitir los fundamentos políticos de toda Constitución y estos deben servir para la ordenación de las realidades.

Es por ello que la interpretación constitucional no es una simple ecuación aritmética o matemática, sino que tiene que apoyarse en una realidad política que no puede omitir y que el posmodernismo obliga a reconocer. Nassef Perdomo subraya:

[E]l intérprete de la Constitución debe conocer la verdadera naturaleza de su función y la forma en que ésta afecta el desarrollo del sistema constitucional. Desconocer el elemento político de la interpretación constitucional lleva a una mala comprensión de la Constitución y tiene como consecuencia última una aplicación inadecuada de ella. Para explotar el potencial democratizador de las constituciones liberales hay que tomar en cuenta sus principios políticos, pero, ante todo, el papel de instrumento de gobierno y ordenación política que tienen.⁴⁴

⁴³ Javier Tamayo Jaramillo, *La decisión judicial*, t. II, Bogotá, Biblioteca Jurídica Diké, 2011, p. 1311.

⁴⁴ Nassef Perdomo, “La naturaleza y función política de la interpretación constitucional”, en Eduardo Jorge Prats y Manuel Valerio Jiminián (coords.), *Constitución, justicia constitucio-*

El juez constitucional no puede crear derechos, sino reconocer aquellos derechos fundamentales implícitos y en caso de que estos entren en conflicto, su labor armonizadora no puede ser sólo valorista, ya que pondría en riesgo el orden constitucional, sino que debe apoyarse en los elementos políticos propios de la Constitución y siempre en estricta observancia del orden constitucional. El juez no puede desconocer la norma suprema ni fallar sin esta, es decir, la solución no puede tener como único fundamento el político, pero toda decisión sí debe considerar el elemento político de la Constitución, la realidad viviente y la materialidad de los derechos. Por lo que ante conflictos de derechos fundamentales implícitos, la armonización que ordena la Constitución debe apoyarse tanto en un método valorativo o axiológico como en la consideración de la realidad política de la comunidad y los principios fundacionales que instituyó el constituyente y que son parte del corpus constitucional.

5. Conclusión

Los derechos fundamentales implícitos se integran en el constitucionalismo dominicano una vez este se adentra en la posmodernidad constitucional, luego de años de enfocarse en diversas luchas sociales distintas del panorama internacional, debido a las propias debilidades institucionales que desde la fundación viene padeciendo la República Dominicana.

Estos derechos fundamentales primero llegan del reconocimiento jurisdiccional de su existencia con el llamado bloque de constitucionalidad que la Suprema Corte de Justicia utilizó para hacer vivo el catálogo amplio de derechos y garantías procesales previo a la implementación del Código Procesal Penal. Desde entonces surge la discusión sobre el poder normativo de los jueces, en especial respecto a los llamados derechos fundamentales implícitos y su admisión en el ordenamiento constitucional.

El constituyente –derivado– de 2010 llevó al constitucionalismo dominicano en la posmodernidad a admitir un constitucionalismo multinivel y a concebir una Constitución abierta, transformadora, vivificante, realista y dinámica en tanto que reconoce los diversos escenarios sociales que forman parte de la realidad de la República Dominicana.

A través del artículo 74.1 de la Constitución se incorpora una cláusula *in numerus apertus*, la cual deja perfectamente establecida la posibilidad de la existencia de otros derechos fundamentales que no necesariamente estén expresos en la carta de derechos de la Constitución. De ahí que el constituyente dota a la comunidad de intérpretes constitucionales de la posibilidad de descubrir o reconocer otros derechos fundamentales, los cuales llamamos implícitos o no expresos.

nal y derecho procesal constitucional: Liber Amicorum a Juan Manuel Pellerano Gómez, Santo Domingo, Instituto Dominicano de Derecho Constitucional, 2014, p. 596.

Y esto, como indicamos, suscita el problema de si estos derechos son producto de una labor creativa o normativa del juez. En el caso dominicano, el propio artículo 74 dispone que esto responda a una labor normativa, dado que el juez constitucional no puede subvertir el orden constitucional, el cual no le asigna un poder creador –reconocedor– del derecho.

La Constitución norma incluso respecto a los conflictos entre los derechos fundamentales implícitos. Al considerarlos como de igual jerarquía que los derechos fundamentales expresos en la carta magna, la solución predicada por el artículo 74 es la armonización de estos derechos.

En tal sentido, precisamente como el artículo 74 ata al juez constitucional al ordenamiento jurídico existente y a defender la propia supremacía constitucional, la armonización de los derechos fundamentales implícitos no puede hacerse a través de una interpretación puramente valorista –sin excluirla–, ya que supondría en algunos casos el desconocimiento total de la supremacía constitucional y de la norma escrita.

Ahora bien, ante estos conflictos entre derechos fundamentales implícitos, la armonización que exige el artículo 74.1 requiere que la interpretación constitucional más favorable se vea necesariamente acompañada del entendimiento de los elementos políticos fundacionales de la Constitución.

Con la incorporación del artículo 74.1, la Constitución tiene por objetivo evitar que las soluciones constitucionales sean meramente producto de una aplicación matemática o puramente lógica de las normas vigentes. El artículo 74.1 prefiere, sobre todo en caso de conflictos entre derechos fundamentales o en casos difíciles, la interpretación holística, integradora, conjunta y armónica, para la solución más adecuada del caso, sin que esto implique una ruptura con el orden constitucional.

Esta interpretación descansa en que se tienen que tomar como fundamento los elementos políticos de la Constitución para no dañar el sistema constitucional y esto implica la aceptación de los caracteres del posmodernismo constitucional dominicano: la idea de una constitución abierta y transformadora de la realidad social.

De esta forma, en los casos en que el conflicto entre derechos fundamentales sea severo, el juzgador no tendrá que cargarse la Constitución con una interpretación valorista, sino que en los fundamentos políticos puede encontrar la solución armonizadora de los derechos fundamentales incluidos.

Bibliografía

- ACOSTA ALVARADO, Paola Andrea, “El pluralismo constitucional como respuesta a los desafíos de la protección multinivel en Latinoamérica. Comentarios a la propuesta de René Ureña”, *Revista Derecho del Estado*, núm. 31, 2013.
- ALLAN, James, “Implied Rights and Federalism: Inventing Intentions While Ignoring Them”, *University of Western Australia Law Review*, vol. 34, núm. 2, 2009. Disponible en: <http://www.austlii.edu.au/au/journals/UWALawRw/2009/2.html>.

- BLUMENBERG, Hans, “Selbsterhaltung und Berharrung. Zur Konstitution der neuzeitlichen Rationalität”, en Hans EBELING (ed.), *Subjektivität und Selbsterhaltung*, Frankfurt, Suhrkamp Verlag, 1976.
- BORDALÍ SALAMANCA, Andrés, “Jueces constitucionales. Un poder incómodo”, en Eduardo FERRER MAC-GREGOR, y Arturo ZALDÍVAR LELO DE LARREA (coords.), *La ciencia del derecho procesal constitucional. Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del derecho*, t. V, México, D. F., Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 2008.
- FERRER MAC-GREGOR, Eduardo, “Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad. El nuevo paradigma para el juez Mexicano”, *Estudios Constitucionales*, vol. 9, núm. 2, 2011.
- GIL, Domingo, “La teoría de los derechos implícitos”, en *Anuario 2015*, Santo Domingo, Tribunal Constitucional de la República Dominicana, 2016.
- GROSSI, Paolo, “La Constitución Italiana como expresión de un tiempo jurídico posmoderno”, en Miguel CARBONELL, y Oscar CRUZ BARNEY, (coords.), *Historia y Constitución. Homenaje a José Luis Soberanes Fernández*, t. III, Ciudad de México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2011.
- GRÜN, Ernesto, “El derecho posmoderno: un sistema lejos del equilibrio”, *Revista Telemática de Filosofía del Derecho*, núm. 1, 1997.
- INNERARITY, Daniel, “Modernidad y postmodernidad”, en *Anuario filosófico*, vol. 20, núm. 1, Navarra, Universidad de Navarra, 1987.
- LAPORTA, Francisco J., “La creación judicial y el concepto de derecho implícito”, *Revista Jurídica*, núm. 6, 2002.
- LINARES, Sebastián, *La (i)legitimidad democrática del control judicial de las leyes*, Madrid, Marcial Pons, 2008.
- NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto, “El derecho a la propia imagen como derecho fundamental implícito. Fundamentación y caracterización”, *Revista Ius et Praxis*, año 13, núm. 2, 2007.
- NÚÑEZ, Manuel A., “Una introducción al constitucionalismo postmoderno y al pluralismo constitucional”, *Revista Chilena de Derecho*, vol. 31, núm. 1, 2004.
- ORUNESU, Claudina, *Positivismo jurídico y sistemas constitucionales*, Madrid, Marcial Pons, 2012.
- PELLERANO GÓMEZ, Juan Manuel, “Constitución, empresas públicas y privatización”, en Manuel José CABRAL (ed.), *Constitución y economía*, Santo Domingo, PUCMM, 1996.
- PERDOMO, Nassef, “La naturaleza y función política de la interpretación constitucional”, en Eduardo Jorge PRATS, y Manuel VALERIO JIMINIÁN (coords.), *Constitución, justicia constitucional y derecho procesal constitucional: Liber Amicorum a Juan Manuel Pellerano Gómez*, Santo Domingo, Instituto Dominicano de Derecho Constitucional, 2014.
- PIZZORUSSO, Alessandro, *Lecciones de derecho constitucional*, t. II, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1984.

- PRATS, Eduardo Jorge, *Derecho constitucional*, t. I, Santo Domingo, Iusnovum, 2010.
- _____, “La Constitución dominicana de 2010 en el contexto del movimiento neo-constitucionalista”, en Pedro GONZÁLEZ-TREVIJANO y Enrique ARNALDO ALCUBILLA (dirs.), *Comentarios a la Constitución de la República Dominicana: parte general*, Madrid, La Ley, 2012.
- RUSO, Eduardo, *Teoría general del derecho. En la modernidad y la posmodernidad*, Buenos Aires, Editorial Abeledo Perrot, 1995.
- SANG BENG, Mu Kien, *Historia dominicana: ayer y hoy*, Santo Domingo, Susaeta, 1999.
- SCHMITT, Carl, *La defensa de la Constitución*, Madrid, Tecnos, 1983.
- SILES, Abraham y Mirte POSTEMA, *Informe de investigación sobre la independencia y la transparencia del Poder Judicial*, Santo Domingo, FINJUS, 2012.
- SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA DOMINICANA, Resolución 1920-2003, 13 de noviembre de 2003.
- SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LOS ESTADOS UNIDOS, Sentencia en el caso *Troxel v. Granville*, 530 U.S. 57, 91, 2000. Opinión disidente del juez Scalia.
- TAMAYO JARAMILLO, Javier, *La decisión judicial*, t. II, Bogotá, Biblioteca Jurídica Diké, 2011.
- TOULMIN, Stephen, *Los usos de la argumentación*, Barcelona, Editorial Península, 2007.
- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE LA REPÚBLICA DOMINICANA, Sentencia TC/0042/12.
- _____, Sentencia TC/0203/13.
- _____, Sentencia TC/0034/14, 24 de septiembre de 2014.
- TROPPER, Michel, *Pour une théorie juridique de l'État*, Paris, PUF, 1984.

VOLVER A LA TABLA DE CONTENIDO

Daniel Ricardo Quiroga-Villamarín* (Colombia)

Recontextualizando la globalización. El “espacio intermedio” de la sostenibilidad fiscal en Colombia**

RESUMEN

La relación entre la adjudicación individual de derechos sociales y la sostenibilidad fiscal del Estado ha sido un punto prioritario en la agenda colombiana sobre políticas públicas. No en vano se aprobaron recientemente reformas constitucionales y legales para limitar el impacto de las sentencias de las altas cortes en el erario público. Estas nuevas instituciones son promovidas partiendo de prácticas y discursos similares a nivel transnacional, que se incorporan al ordenamiento colombiano. Desde el derecho constitucional comparado, en el presente texto analizo las raíces internacionales de dichas reformas y sus transformaciones al llegar al marco constitucional colombiano.

Palabras clave: sostenibilidad fiscal, globalización, derecho constitucional comparado.

ZUSAMMENFASSUNG

Der Zusammenhang zwischen der individuellen Anerkennung sozialer Rechte und der haushaltspolitischen Nachhaltigkeit ist ein wichtiger Punkt auf der Agenda der Politik Kolumbiens. Nicht umsonst wurden kürzlich Verfassungsreformen und Gesetzesnovellen verabschiedet, um die Auswirkungen der Urteile der obersten Gerichte auf die öffentliche Hand zu begrenzen. Diese neuen Institutionen gehen auf For-

* Estudiante de Derecho y coordinador de la Maestría en Derecho Internacional de la Universidad de los Andes (Bogotá, Colombia). dr.quiroga942@uniandes.edu.co.

** Sería imposible no expresar mis más sentidos agradecimientos a todos los que me acompañaron y apoyaron durante la elaboración del presente artículo. Las recomendaciones de los profesores Jorge González Jácome, Ph. D., Daniel Bonilla, Ph. D., y de la profesora Andrea Celemín, Ph. D., así como de la investigadora María Cecilia Ibáñez y de mis familiares fueron claves para precisar el lenguaje y alcance del texto. De las limitaciones y falencias del presente artículo soy el único responsable.

derungen zurück, die auf ähnlichen länderübergreifenden Praktiken und Diskursen beruhen, welche in die kolumbianische Rechtsordnung aufgenommen werden. Ausgehend vom vergleichenden Verfassungsrecht analysiere ich die internationalen Ursprünge der genannten Reformen und ihre Umsetzung nach der Aufnahme in das kolumbianische Verfassungsgefüge.

Schlagwörter: Haushaltspolitische Nachhaltigkeit, Globalisierung, vergleichendes Verfassungsrecht.

ABSTRACT

The relationship between the individual adjudication of social rights and the fiscal sustainability of the State has been a priority of Colombia's public policy agenda. The recent approval of constitutional and legal reforms to limit the impact of high court decisions on the public treasury have not been in vain. These new institutions are promoted on the basis of similar practices and discourses at a transnational level that have been incorporated in the Colombian legal system. In this text, I make a comparative constitutional law analysis of the international roots of said reforms and the transformation that they have undergone upon their inclusion in the Colombian constitutional framework.

Keywords: fiscal sustainability, globalization, comparative constitutional law.

Los conceptos jurídicos [...] se localizan en una red epistemológica más amplia de la cual son solamente un nodo.¹

El sistema-mundo es una red de localismos globalizados y globalismos localizados.²

Introducción

La sostenibilidad fiscal ha sido un tema prioritario en la agenda pública colombiana –y latinoamericana– en los últimos años. El Gobierno nacional ha intentado promover grandes reformas para estructurar y restringir el gasto público, muchas de ellas fallidas.³ Vale la pena resaltar dos intentos recientes: (i) la reforma cons-

¹ Daniel Bonilla (ed.), *Geopolítica del conocimiento jurídico*, Bogotá, Ediciones Uniandes, 2015, p. 15.

² Boaventura de Sousa Santos, "Towards a Multicultural Conception of Human Rights", en Berta E. Hernández Truyol (ed.), *Moral Imperialism: a Critical Anthology*, Nueva York, New York University Press, 2002, p. 43. Traducción propia, al igual que todas las citas en inglés que aparecen en este texto.

³ Marcela Meléndez y Marcela Eslava, "Cómo influyen los grupos de interés sobre las políticas de productividad", en Carlos Scartascini y Eduardo Lora (eds.), *Consecuencias imprevistas de la Constitución de 1991*, Bogotá, Alfaomega Colombia S. A., 2010.

tucional que buscaba elevar la responsabilidad fiscal a un derecho colectivo y (ii) el incidente de impacto fiscal, que perseguía aplicar este derecho colectivo en la práctica. Estos conceptos –fundados en prácticas y discursos similares a nivel internacional– tuvieron un aterrizaje accidentado en el ordenamiento jurídico colombiano, a saber: la sostenibilidad fiscal fue elevada a un principio constitucional, y no como el derecho colectivo que se pretendía consagrar.⁴ Por otro lado, el incidente fue debilitado fuertemente por la Corte Constitucional y no tiene la función que los reformadores buscaban.⁵ Para entender lo anterior, en el presente ensayo estudiaré la trayectoria de estas ideas globalizadas, y su transformación y recontextualización –para usar el término de Frankenberg⁶– en Colombia. Sos-tendré que la sostenibilidad fiscal fue *localizada* y transformada para ser adaptada al marco constitucional colombiano, al compatibilizarse con el respeto y la garantía a los derechos humanos y la plena vigencia del Estado social de derecho.

Así, primero, analizaré el marco conceptual sobre la migración de ideas constitucionales, a partir, especialmente, de las consideraciones del modelo IKEA, de Frankenberg, enfatizando en la importancia de la “conciencia jurídica global”⁷ en tal proceso. Acto seguido, revisaré los discursos utilizados por las partes relevantes –congresistas, miembros del Gobierno, formadores de opinión pública, entre otros– para identificar el uso de categorías transnacionales en el debate nacional. Siguiendo el trabajo de Hammerslev⁸ sobre la Bulgaria postsoviética, las migraciones legales no sólo implican cambios institucionales, sino también modificaciones en las “categorías mentales” que merecen ser exploradas. Por último, examinaré los cambios que atraviesan dichas instituciones jurídicas transnacionales al interactuar con un marco local, llevando a la creación de “espacios intermedios” en donde los discursos globalizados son traducidos a un contexto social particular.⁹ En este sentido,

⁴ Congreso de Colombia, *Gaceta del Congreso*, núm. 451, 23 de julio de 2010, p. 15.

⁵ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-288 de 2012, M. P. Luis E. Vargas Silva; Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-1052 de 5 de diciembre de 2012, M. P. Jorge I. Pretelt Chaljub; y Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-870 de 2014, M. P. Luis G. Guerrero.

⁶ Günter Frankenberg, “Constitutional Transfer: The Ikea Theory Revisited”, *International Journal of Constitutional Law*, vol. 8, núm. 3, pp. 563-579.

⁷ Siguiendo así lo que Jaramillo Sierra denominó la “teoría de la conciencia” de Duncan Kennedy (cfr. Isabel C. Jaramillo Sierra, “un examen de los intercambios académicos: más allá de la división entre Norte y Sur”, en Bonilla, *op. cit.*, p. 351; y Duncan Kennedy, “Three Globalizations of Law and Legal Thought: 1850-2000”, en David Trubek y Álvaro Santos, *The New Law and Economic Development: a critical appraisal*, Cambridge, Cambridge University Press, 2006).

⁸ Ole Hammerslev, “The European Union and the United States in Eastern Europe”, en Yves Dezalay y Bryant G. Garth, *Lawyers and the Rule of Law in an Era of Globalization*, Nueva York, Routledge, 2011, p. 135.

⁹ Así, no busco cuestionar “la universalidad” de un concepto jurídico originado en el norte global como un *localismo globalizado*, sino más bien estudiar cómo dichas instituciones se imponen en el sur global, es decir, un *globalismo localizado*, para utilizar los términos

las herramientas del derecho constitucional comparado nos pueden dar elementos de análisis –desde una perspectiva, a mi juicio, poco explorada en Colombia y en América Latina– sobre las raíces internacionales de una política pública, y las dificultades que puede tener esta al adaptarse a la realidad nacional.

1. Marco teórico y metodológico¹⁰

La migración de ideas jurídicas es un fenómeno cuyo análisis puede tener implicaciones políticas importantes.¹¹ Por ejemplo, como lo ha argumentado Esquirol¹² en el caso latinoamericano, el derecho comparado puede llevar a la consolidación y legitimación de identidades hegemónicas al definir lo *proprio* de lo *otro*. En ese sentido, la tradición de los sistemas legales inaugurada por René David¹³ puede ser utilizada para legitimar la existencia de una conciencia legal occidental cerrada y coherente desde Roma hasta nuestros días,¹⁴ o para acercar el nuevo continente a la vieja Europa, a pesar de sus diferencias fácticas.¹⁵

Para evitar lo anterior, uso el derecho comparado no como una herramienta legitimadora, sino como un instrumento crítico que permita analizar cómo interactúa un concepto transnacional con las particularidades sociales, históricas y culturales

de Boaventura de Sousa Santos (*op. cit.*); ver también Sally E. Merry, "Transnational Human Rights and Local Activism: Mapping the Middle", *American Anthropologist*, vol. 108, núm. 1, 2006, p. 39.

¹⁰ No busco con este artículo esbozar una crítica detallada de las corrientes hegemónicas del derecho comparado, ni analizar las diferencias metodológicas entre las visiones que se dedican a esta disciplina. Al respecto, cfr. Mark Tushnet, "The Possibilities of Comparative Constitutional Law", *Yale Law Journal*, vol. 108, núm. 6, 1999, pp. 1225-1309, sobre las diferencias entre el funcionalismo, el expresivismo y el *bricolaje*; Rodolfo Sacco, "Legal Formants: a Dynamic Approach to Comparative Law", *American Journal of Comparative Law*, vol. 39, núm. 1, 1991, pp. 1-34, sobre la teoría de los formantes legales; y Pierre G. Monateri, "Gayo, el Negro: una búsqueda de los orígenes multiculturales de la tradición jurídica occidental", en Pierre G. Monateri, Samuel Geoffrey y Carlos Morales (eds.), *La invención del derecho privado*, Bogotá, Siglo del Hombre - Ediciones Uniandes, 2006, para una evaluación crítica de esta última idea. Así mismo, cfr. Frankenberg, *op. cit.*, pp. 565-570, para una introducción al famoso debate entre Alan Watson y Pierre Legrand; y Jaramillo Sierra, *op. cit.*, pp. 338 y ss., para una introducción a los debates metodológicos principales en el derecho comparado contemporáneo.

¹¹ Sujit Choudry (ed.), *The Migration of Constitutional Ideas*, Cambridge, Cambridge University Press, 2011.

¹² Jorge Esquirol, *Las ficciones del derecho latinoamericano*, Bogotá, Siglo del Hombre - Ediciones Uniandes, 2014.

¹³ René David, *Major Legal Systems in the World Today: An Introduction to the Comparative Study of Law*, trad. de J. E. Brierley, Nueva York, Simon & Schuster, 1978.

¹⁴ Monateri, *op. cit.*

¹⁵ Esquirol, *op. cit.*

del lugar de recepción.¹⁶ La metáfora tradicional del *trasplante jurídico* –una de las herramientas más conocidas de la disciplina del derecho comparado– se queda corta, por lo que sería más provechoso entender la migración de ideas constitucionales y legales como *traducciones jurídicas*.¹⁷ En palabras de Langer, “la principal limitación [de la metáfora del trasplante] es que transmite la idea de que los conceptos e instituciones legales pueden ser *copiados y pegados* entre sistemas jurídicos”.¹⁸ Por tanto, resulta indispensable usar otras categorías del derecho comparado que nos permitan entender muchas de las complejas interacciones entre lo local y lo global, que la noción del trasplante parece no poder explicar.

Para tal fin, el modelo IKEA, planteado por Frankenberg, parece ser el más apropiado.¹⁹ Según esta visión, existen cuatro etapas que se pueden identificar en los procesos de migración constitucional.²⁰ Primero, hay una cierta institución legal que surge de un punto de origen;²¹ luego, esta institución es descontextualizada para abstraerla de las particularidades locales en la que fue engendrada. Tercero, esta idea mercantilizada entra a la “conciencia constitucional colectiva” y a la discusión global sobre instituciones, derechos y política pública.²² Por último, el producto globalizado es desempacado, “descongelado” y recontextualizado en un nuevo marco legal, en donde es reinterpretado por las comunidades epistémicas locales.²³

Así las cosas, en el presente artículo analizaré con detenimiento las dos últimas fases de dicho proceso. Por tanto, en los siguientes acápite procederé a analizar (2) el reservorio internacional de ideas constitucional, (3) la sostenibilidad fiscal como producto en ese mercado global de ideas constitucionales, y (4) su “compra” y adaptación a la realidad colombiana. Por último, cerraré con una breve conclusión (5).

¹⁶ Mark Tushnet, *Weak Courts Strong Rights*, Nueva Jersey, Princeton University Press, 2008.

¹⁷ Máximo Langer, “From Legal Transplants to Legal Translations: The Globalization of Plea Bargaining and the Americanization Thesis in Criminal Procedure”, *Harvard International Law Journal*, vol. 45, núm. 1, 2004.

¹⁸ *Ibid.*, p. 5.

¹⁹ Frankenberg, *op. cit.*

²⁰ *Ibid.*, p. 570.

²¹ Que bien puede ser aparente. En ese sentido, el punto de origen es *originario*, toda vez que ahí inicia el análisis, pero que no debe ser siempre el punto donde se crea la idea. Esto es relevante, especialmente ante la dificultad de encontrar la primera cuna de una institución jurídica sin caer en naturalizaciones (*ibid.*, p. 571).

²² *Ibid.*, p. 572, o Jorge Esquirol, “El nuevo latinoamericanismo jurídico”, en Bonilla, *op. cit.*, p. 317, quien ofrece una noción similar, al hablar de una “economía global de formas jurídicas”.

²³ Frankenberg, *op. cit.*, p. 579.

2. La conciencia constitucional colectiva contemporánea

Frankenberg resulta escéptico frente a la idea de una “constitución global” y demás grandes narrativas.²⁴ Empero, no puede negar la repetición de temas comunes en constituciones alrededor del mundo. Por ende, sugiere que estos temas repetidos se deben a la adaptación local de discursos transnacionales que hacen parte de una sola conciencia jurídica global. Este concepto refiere de manera implícita a la obra de Kennedy,²⁵ que ha analizado las globalizaciones del derecho a partir de su entendimiento de la conciencia jurídica imperante en un tiempo y espacio concretos. Para Kennedy, la conciencia debe entenderse como “un vocabulario, de conceptos y argumentos típicos, como una *langue*, o lenguaje, y unas normas específicas implementadas en varios países en las cuales la *langue* es globalizada como *parole*, como discurso”.²⁶

Kennedy ha argumentado que han existido dos globalizaciones consolidadas del pensamiento jurídico. No me detendré en ellas, sino que buscaré identificar la contemporánea –y tercera– conciencia jurídica globalizada, para encontrar la sostenibilidad fiscal dentro de ella. En ese sentido, Kennedy propone que esta se caracteriza por una reaparición de hermenéuticas formalistas, el discurso de los derechos humanos, la reivindicación de la(s) identidad(es) y el renacer de lógicas económicas neoclásicas.²⁷ Partiendo de estas conclusiones, sostengo que la conciencia jurídica constitucional contemporánea se podría definir por las tensiones, encuentros y contradicciones entre dos paradigmas: (i) el proyecto de los derechos humanos y (ii) el proyecto del neoliberalismo. En palabras de Moyn,²⁸ “la revolución de los derechos humanos y la victoria del fundamentalismo de mercado han sido simultáneas”; o de Saffon,²⁹ “la existencia paralela de [políticas neoliberales económicas y adjudicación vigorosa de derechos sociales por parte de tribunales] constituye una gran paradoja”. Es decir, se podría afirmar que la tercera globalizada –en la que actualmente vivimos– se ve enmarcada por el diálogo, las contradicciones y los encuentros entre estas dos grande lógicas argumentativas.

²⁴ *Ibid.*, p. 565.

²⁵ Kennedy, *op. cit.*

²⁶ *Ibid.*, p. 23. La distinción entre *langue* y *parole* ha sido fundamental en la lingüística desde que fue propuesta por Ferdinand de Saussure. *Langue* hace referencia a las estructuras lógicas y gramaticales que componen un lenguaje, mientras que *parole* analiza la expresión de estas estructuras en la vida cotidiana. Para una discusión más detallada, cfr. Hans H. Stern, *Fundamental Concepts of Language Teaching*, Nueva York, Oxford University Press, 1983, pp. 127-129.

²⁷ Kennedy, *op. cit.*, p. 63.

²⁸ Samuel Moyn, “A Powerless Companion: Human Rights in the Age of Neoliberalism”, *Law and Contemporary Problems*, vol. 77, 2015, p. 147.

²⁹ Maria Paula Saffon, “Can Constitutional Courts be Counterhegemonic Powers vis-à-vis Neoliberalism? The case of the Colombian Constitutional Court”, *Seattle Journal for Social Justice*, vol. 5, núm. 2, 2007, pp. 533-567.

Así, desde los setenta, estas dos corrientes han impactado en el debate constitucional y legal en América Latina³⁰ y el mundo,³¹ a partir de la inceptión de estos paradigmas en el norte global. La existencia de una economía política del conocimiento jurídico ha favorecido que estas corrientes hegemónicas se hayan producido principalmente en el norte global y hayan migrado al sur global.³² En Colombia, esta nueva globalización ha llegado impulsando, al mismo tiempo, lo que Rodríguez Garavito ha llamado el proyecto global neoliberal y el proyecto global neoconstitucional, consagrados ambos en la ecléctica constitución Colombiana de 1991.³³ Considero que primero se deben analizar estos dos grandes paradigmas, para así tener herramientas analíticas en el momento de examinar la profundidad de su alcance en el caso concreto *sub examine* de la reforma de sostenibilidad fiscal y legal en el ordenamiento colombiano.

2.1. El proyecto de los derechos humanos

Ciertos doctrinantes proponen una continuidad del derecho internacional de los derechos humanos actual con la Revolución francesa, la antigua Grecia, la Declaración Universal de 1948, o el liberalismo *tout court*.³⁴ Contra esta posición, Moyn sostiene que los derechos humanos emergen como proyecto hegemónico hasta la década de los setenta.³⁵ En sus propias palabras, “los derechos humanos fueron periféricos tanto a la retórica de la [segunda] guerra mundial como a la reconstrucción de la postguerra”.³⁶

En realidad, diferentes elementos confluyeron en la ascendencia del derecho internacional de los derechos humanos: (i) la pérdida de legitimidad de grandes narrativas de izquierda,³⁷ lo cual impulsó un activismo de pequeñas causas como

³⁰ Yves Dezalay y Bryant G. Garth (eds.), *The Internationalization of Palace Wars*, Chicago, University of Chicago Press, 2002.

³¹ Dezalay y Garth, *Lawyers and the Rule of Law in an Era of Globalization*, *op. cit.*

³² Utilizo las categorías norte global y sur global con las mismas intenciones y salvamentos que Daniel Bonilla (“La economía política del conocimiento jurídico”, *Brazilian Journal of Empirical Legal Studies*, vol. 2, núm 1, 2015, p. 30). Para una discusión más detallada de estos conceptos, cfr. David Bilchitz, “La creación de un espacio intermedio: hacia una concepción de intercambios en condiciones de igualdad en el mundo académico jurídico del norte y el sur globales”, en Bonilla, *Geopolítica del conocimiento jurídico*, *op. cit.*

³³ César Rodríguez Garavito, “Towards a Sociology of the Global Rule of Law Field: Neoliberalism, Neoconstitucionalism, and the Context over Judicial Reform in Latin America”, en Dezalay y Garth, *Lawyers and the Rule of Law in an Era of Globalization*, *op. cit.*, p. 159.

³⁴ Robin Blackburn, “Reclaiming Human Rights”, *New Left Review*, vol. 69, pp. 126-138.

³⁵ Samuel Moyn, *The Last Utopia: Human Rights in History*, Cambridge, Harvard University Press, 2012.

³⁶ *Ibid.*, p. 7.

³⁷ Por ejemplo, la decepción con el muy común “el dios que falló” [Richard Crossman (ed.), *The God the Failed*, Nueva York, Columbia University Press, 1983] y el fracaso del proyecto

nuevo horizonte utópico. (ii) El activismo de los intelectuales exiliados de las dictaduras del Cono Sur en el exterior llevó a la conformación de redes internacionales que empezaron a adoptar los derechos humanos como estrategia, impulsando lo que hoy conocemos como el movimiento de la lucha contra la impunidad.³⁸ (iii) La creciente *judicialización de la política*³⁹ ha favorecido el interés por la adjudicación individual de derechos humanos. Tanto a nivel nacional como internacional, los procesos judiciales han tenido rol preponderante en las discusiones sobre las políticas públicas, el Estado de derecho, y la identidad tanto individual como colectiva y nacional. (iv) La entrada en vigencia de los pactos internacionales de derechos humanos en 1976.⁴⁰ (v) El otorgamiento del Premio Nobel de la Paz a Amnistía Internacional en 1977. (vi) Los acuerdos de Helsinki en 1975.⁴¹ Y (vii) la adopción de los derechos humanos como corolario de la política exterior de Carter sentó las bases para la consolidación de este discurso hegemónico.⁴² Desde el siglo pasado hasta ahora, los derechos humanos no han hecho más que crecer en fuerza.

En palabras de Perelman,⁴³ las “normas de derechos humanos [...] en la estructura del poder discursivo mundial, se han construido en [la *langue*] de la justicia social”.⁴⁴ Por todo lo anterior, podemos concluir que existe una corriente fuerte en la conciencia global constitucional enmarcada en el proyecto de los derechos humanos, que promueve –como *langue*– la revisión judicial por parte de un tribunal constitucional, la defensa de los derechos humanos y el empoderamiento ciudadano

de la autodeterminación de los pueblos por la degradación de los Estados poscoloniales en cleptocracias dictatoriales (Kennedy, *op. cit.*, p. 61). En otras palabras, “los derechos humanos fueron llamados a llenar el vacío dejado por las políticas socialistas” (De Sousa Santos, *op. cit.*, p. 39).

³⁸ Graciela Daleo, “El movimiento popular y la lucha contra la impunidad en la Argentina”, *Història Moderna i Contemporània*, vol. 5, 2007. Para otro análisis de este fenómeno desde la sociología, cfr. Virginia Vecchioli, “Human Rights and the Rule of Law in Argentina: Transnational Advocacy Networks and the Transformation of the National Legal Field”, en Dezalay y Garth, *Lawyers and the Rule of Law in an Era of Globalization*, *op. cit.*

³⁹ Ran Hirschl, *Towards Juristocracy: the Origins and Consequences of New Constitutionalism*, Oxford, Oxford University Press, 2007.

⁴⁰ El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos rige desde el 23 de marzo, y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales desde el 3 de enero de 1976.

⁴¹ Los acuerdos de Helsinki fueron una conferencia de *detente* entre la URSS y los EE. UU. La creación de una organización no gubernamental dedicada a analizar el cumplimiento del acuerdo –*Helsinki Watch*– por parte de la URSS sentó las bases para la creación de Human Rights Watch (Moyn, *The Last Utopia: Human Rights in History*, *op. cit.*, p. 171).

⁴² *Idem.*

⁴³ Jeremy Perelman, “Activismo transnacional de derechos humanos, colaboraciones en consultorios jurídicos y economía política de la responsabilidad de los consultorios jurídicos ante la sociedad: la cartografía del espacio intermedio”, en Bonilla, *Geopolítica del conocimiento jurídico*, *op. cit.*, p. 191.

⁴⁴ Igual que este texto, Perelman parte del análisis de Duncan Kennedy sobre *langue* y *parole* en la tercera globalización (*ibid.*, nota a pie de página 7).

a través de un uso del derecho constitucional, fomentado por la globalización del derecho de interés público.⁴⁵

2.2. El proyecto del neoliberalismo

El uso reiterado del término neoliberalismo por los discursos de izquierda contemporáneos ha llevado a que su empleo sea rechazado por un sector de la academia, al considerarlo politizado, vacío o conceptualmente confuso.⁴⁶ Empero, siguiendo a Moyn, “usar un concepto limitado para hablar del conjunto de pensamiento individualista, soluciones de mercados y reducción del Estado tanto a nivel nacional como internacional es mejor que omitir estos temas por completo, como lo ha hecho un sector de la academia.”⁴⁷ Partiendo de la introducción de Grewal y Purdy, he propuesto una definición *contextual y pragmática* del neoliberalismo.⁴⁸ Así, me gustaría caracterizarlo como un ideología política global que apunta a la transformación del Estado, basado en imperativos económicos, políticos e inclusive culturales y éticos. El presupuesto de este discurso es que el bienestar humano se logra mediante la promoción del emprendimiento individual, en un marco institucional que garantice los derechos individuales a la propiedad privada, el libre mercado y el libre comercio.⁴⁹ Confidencialmente, el auge de este discurso también ocurrió desde la década de los setenta, contemporánea al auge de los derechos humanos.⁵⁰

El colapso del “plan global”⁵¹ de la economía internacional llevó a la creación de nuevas dinámicas de acumulación de capital y a una marcada división internacional del trabajo que impactó al Estado de derecho tanto nacional como internacionalmente.⁵² Las principales características de este proyecto son una doble “destrucción creativa” de la disciplina económica, lo cual llevó a su consagración como el ins-

⁴⁵ Scott L. Cummings, “The Internationalization of Public Interest Law”, *Duke Law Journal*, vol. 57, núm. 4, 2008, pp. 891-1036.

⁴⁶ Stephanie L. Mudge, “What is Neo-liberalism”, *Socio-Economic Review*, vol. 6, núm. 4, 2008, pp. 703-731.

⁴⁷ Moyn, “A Powerless Companion: Human Rights in the Age of Neoliberalism”, *op. cit.*, p. 150.

⁴⁸ David S. Grewal y Jedediah S. Purdy, “Introduction: Law and Neoliberalism”, *Law and Contemporary Problems*, vol. 77, núm. 4, 2015, p. 2.

⁴⁹ David Harvey, *A Brief History of Neoliberalism*, Oxford, Oxford University Press, 2005, p. 2.

⁵⁰ Susan Marks (“Four Human Rights Myths”, en David Kinley, Wojciech Sadurski y Kevin Walton (eds.), *Human Rights: Old Problems, New Possibilities*, Cheltenham, Edward Elgar Publishing, 2013, pp. 217-235) resalta que Amnistía Internacional se ganó el Premio Nobel un año después que el conocido economista e ideólogo del neoliberalismo Milton Friedman.

⁵¹ Para usar el término de Yanis Varoufakis (*The Global Minotaur*, Londres, Zed Books, 2011, p. 90).

⁵² Dezalay y Garth, *Lawyers and the Rule of Law in an Era of Globalization*, *op. cit.*

trumento principal de la política pública nacional e internacional. En palabras de Fourcade,

[d]esde finales de los setenta, tanto las economías como las tecnologías del gobierno se han transformado e internacionalizado. La planeación industrial, la inversión pública y los controles a las importaciones han sido reemplazados por una nueva caja de herramientas de políticas públicas –privatización, exenciones tributarias, liberalización de la regulación del capital–. Una vez formuladas, estos nuevos modelos de política pública fueron reproducidos a lo largo y lo ancho, usualmente por tecnócratas transnacionales entrenados en la última sabiduría económica.⁵³

Como se evidencia arriba, las transformaciones en la economía también legitiman un proyecto de transformación del Estado.⁵⁴ Un ejemplo claro son los programas de ajuste estructural en América Latina en los ochenta, que

típicamente incluían diez reformas de política pública: disciplina fiscal, reducción del gasto público, reforma tributaria, liberalización financiera, tasas de cambio competitivas, reducción de aranceles, eliminación de barreras a la inversión extranjera, privatización, promoción del mercado, y protección de los derechos de propiedad.⁵⁵

El fracaso de dichas políticas llevó a una reconsideración por parte de los tecnócratas neoliberales, que ahora promueven un proyecto más amplio de reformas –lo que Diniz⁵⁶ ha llamado “el posconsenso de Washington”– que impulsan una nueva gobernación global a partir de una reconsideración del recetario original del Consenso de Washington.⁵⁷ En palabras de Rodríguez Garavito, “si el consenso original se caracterizaba por ser el neoliberalismo de *recorte*, el giro institucional llevó a un neoliberalismo de *expansión*, en donde instituciones pudieran proteger al mercado de sus propios excesos”.⁵⁸

⁵³ Marion Fourcade, “The Construction of a Global Profession: the Transnationalization of Economics”, *American Journal of Sociology*, vol. 112, núm. 1, 2006, p. 146.

⁵⁴ Kanishka Jayasuriya, “Globalization, Sovereignty, and the Rule of Law: From Political to Economic Constitutionalism?”, *Constellations*, vol. 8, núm. 4, 2001, p. 453.

⁵⁵ Rodríguez Garavito, *op. cit.*, p. 161.

⁵⁶ Eli Diniz, *El post-consenso de Washington: globalización, Estado y gobernabilidad reexaminados*, Madrid, Instituto de Estudios Latinoamericanos - Universidad de Alcalá, 2007.

⁵⁷ Joseph E. Stiglitz y Narcís Serra (eds.), *The Washington Consensus Reconsidered: Towards a New Global Governance*, Oxford, Oxford University Press, 2008.

⁵⁸ Rodríguez Garavito, *op. cit.*, p. 162. Para una discusión más detallada sobre el cambio del neoliberalismo de recorte y reforma estructural al neoliberalismo de la gobernanza, cfr. Germán Burgos Silva, *Estado de derecho y globalización*, Bogotá, ILSA - Universidad Nacional de Colombia, 2009, pp. 46-58.

Así mismo, como se puede inferir de lo anteriormente planteado, otro elemento fundamental para el proyecto neoliberal ha sido la preponderancia del capital financiero en la economía tanto nacional como internacional. En ese sentido, Krippner ha analizado la relación del Estado y las élites políticas en la ascendencia de la financiarización de la economía mundial.⁵⁹ Por último, la confluencia de estos factores en las políticas públicas de asistencia social conlleva el fomento de política social de carácter residual –para usar el término de Esping-Andersen–⁶⁰ o la sustitución de dichas funciones por parte de la caridad o el mercado.⁶¹ Así las cosas, podemos concluir que dentro de la conciencia jurídica global existe una corriente hegemónica que promueve –como *langue*– reformas al Estado-nación basándose en los presupuestos neoliberales.

3. La sostenibilidad fiscal en la conciencia jurídica global

La sostenibilidad fiscal nació de las discusiones alrededor del gasto público de un Estado en la economía contemporánea. Una definición sencilla puede ser la propuesta por Chalk y Hemming, para quienes la sostenibilidad es la obligación de un Estado de mantener su deuda por debajo de la diferencia entre sus ingresos y sus déficits.⁶² Por ende, la principal implicación de esto es que un Estado no puede incurrir en una alta deuda o padecer un déficit alto sin que ello pueda ser justificado por sus ingresos. Como lo han descrito hábilmente expertos de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE), la sostenibilidad fiscal en 1980 y 1990 se volvió una preocupación central en América Latina.⁶³

Esto se debe a la tradicional historia de inestabilidad financiera y monetaria de la región, así como a la alta inflación.⁶⁴ Como bien lo nota Charry Urueña,⁶⁵ las reformas de sostenibilidad fiscal no solo han sido un fenómeno latinoamericano, sino que, al contrario, se enmarcan en un proceso global de reforma, apoyado por

⁵⁹ Greta Krippner, *Capitalizing on Crisis: The Political Origins of the Rise of Finance*, Cambridge, Harvard University Press, 2011.

⁶⁰ Gösta Esping-Andersen, *The Three Worlds of Welfare Capitalism*, Nueva Jersey, Princeton University Press, 1998.

⁶¹ Mona Atia, “A Way to Paradise: Pious Neoliberalism, Islam, and Faith-Based Development”, *Annals of the Association of American Geographers*, vol. 102, núm. 4, 2011, pp. 808-827.

⁶² Nigel Chalk y Richard Hemming, *Assessing Fiscal Sustainability in Theory and Practice*, Washington, International Monetary Fund, 2000.

⁶³ Luis Carranza, Christian Daude y Ángel Melguizo, *Public Infrastructure Investment and Fiscal Sustainability in Latin America*, Washington, OCDE Development Center, 2011.

⁶⁴ Michael Gavin y Roberto Perotti, “Fiscal Policy in Latin America”, *NBER Macroeconomics Annual*, vol. 12, 1997, pp. 11-72.

⁶⁵ Juan M. Charry Urueña, “Sostenibilidad fiscal”, *Ámbito Jurídico*, 29 de febrero de 2012. Disponible en: http://www.ambitojuridico.com/BancoConocimiento/N/noti-120822-sostenibilidad_fiscal/noti-120822-sostenibilidad_fiscal.asp.

la OCDE en otras latitudes.⁶⁶ Quizás la reforma constitucional española de 2011 es el ejemplo más sobresaliente de la llegada de la sostenibilidad fiscal a un marco constitucional.⁶⁷

Este concepto fue un elemento claro de las reformas estructurales para América Latina, apoyado logísticamente por instituciones financieras internacionales (IFI) –como el Grupo del Banco Mundial,⁶⁸ el Fondo Monetario Internacional⁶⁹ y el Banco Interamericano de Desarrollo.–⁷⁰ No en vano, Athukorala ha dicho que estas organizaciones rápidamente se “transformaron en instituciones responsables de financiar proyectos en países en vías de desarrollo, con una influencia significativa de reformar políticas públicas en dichos países”.⁷¹

4. La sostenibilidad fiscal en Colombia

Aunque Colombia había tenido una historia de responsabilidad fiscal atípica para el promedio latinoamericano, la sostenibilidad fiscal también se vuelve una preocupación central para Colombia, en especial frente a los gastos de las sentencias de tutela.⁷² La Constitución de 1991, y la garantía de los derechos económicos, sociales y culturales (DESC) llevaron a un aumento constante del gasto del Gobierno central en asuntos sociales. No en vano, un senador ponente de la reforma constitucional de la sostenibilidad ha afirmado que esta medida se justifica como una medida de oposición frente al “asistencialismo europeo” (sic).⁷³

⁶⁶ Pierre Beynet *et al.*, “Restoring Fiscal Sustainability in Spain”, *OECD Economics Department Working Papers*, núm. 850, 2011.

⁶⁷ José M. Domínguez y José M. López, *Reforma de la política de estabilidad presupuestaria en España: análisis de la Ley Orgánica de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera*, Madrid, Universidad de Alcalá - Instituto Universitario de Análisis Económico y Social, 2012.

⁶⁸ Banco Mundial, *Apoyo a sostenibilidad fiscal para la promoción de la prosperidad compartida*, comunicado de prensa, Washington, 9 de septiembre de 2009. Disponible en: <http://www.bancomundial.org/es/news/press-release/2013/09/09/wb-colombia-support-fiscal-sustainability-promote-shared-prosperity>.

⁶⁹ Fondo Monetario Internacional, *Fiscal Rules—Anchoring Expectations for Sustainable Public Finances*, Fiscal Affairs Department, 16 de diciembre de 2009. Disponible en: <https://www.imf.org/external/np/pp/eng/2009/121609.pdf>.

⁷⁰ Marielle del Valle y Arturo Galindo, *Descentralización y sostenibilidad fiscal subnacional: los casos de Colombia y Perú*, Washington, Banco Interamericano de Desarrollo, 2010.

⁷¹ Prema-chandra Athukorala, “The Banks: The IMF, The World Bank, The Bank for International Settlements”, en Pasquale M. Sgro (ed.), *International Economics, Finance and Trade*, vol. 1, Londres, EOLSS, 2009; Anne-Marie Battikha, *Structural adjustment and the environment: impacts of the World Bank and IMF conditional loans on developing countries*, Richmond, Virginia Polytechnic Institute and State University, 2002; o Moisés Naím, “Latin America: The Second Stage of Reform”, *Journal of Democracy*, vol. 5, núm. 4, 1994, pp. 32-48.

⁷² Roberto Steiner, “Prólogo”, en Scartascini y Lora, *op. cit.*

⁷³ Camilo Sánchez, “El incidente de impacto fiscal”, *El Espectador*, 17 de junio de 2013. Disponible en: <http://www.elespectador.com/opinion/el-incidente-de-impacto-fiscal->

Como lo han argumentado Cárdenas, Mejía y Olivera, una clara consecuencia imprevista del Estado social de derecho es el aumento de los gastos del Gobierno central.⁷⁴ Aun cuando estas no son las únicas reformas que buscan la sostenibilidad fiscal en Colombia,⁷⁵ en este artículo me centraré en la reforma constitucional para incorporar este concepto en la Constitución, así como en la reforma legal para darle una herramienta al Gobierno para limitar los efectos económicos de las sentencias de las altas cortes. Esto, debido al alegado rol activista y progresista de la Corte Constitucional “en la defensa de derechos sociales en áreas como la salud, el trabajo, la seguridad social, la educación, y la vivienda”, y las críticas que se ha ganado por esto por parte de los defensores de la sostenibilidad macroeconómica.⁷⁶

Así mismo, vale la pena recordar que –como bien lo ha resumido Lamprea–⁷⁷ existe un latente debate entre economistas utilitaristas y juristas deontológicos frente a las consecuencias de sostenibilidad fiscal de las sentencias de la Corte Constitucional. En ese sentido, autores como Clavijo,⁷⁸ Carrasquilla,⁷⁹ Kalmanovitz⁸⁰ o Suescún *et al.*⁸¹ han argumentado consistentemente sobre la necesidad de limitar el impacto desmedido del tribunal constitucional en el fisco público. Por otro lado, Arango,⁸² Uprimny⁸³ o Barbosa Delgado⁸⁴ han defendido el rol de la Corte Constitucional frente a la garantía de derechos sociales, incluso si conlleva un potencial detrimento del fisco público. Todos estos factores incidieron en que la sostenibilidad fiscal

columna-428405.

⁷⁴ Mauricio Cárdenas, Carolina Mejía y Mauricio Olivera, “Cómo las instituciones políticas influyeron en el proceso presupuestal”, en Scartascini y Lora, *op. cit.*, pp. 60-78.

⁷⁵ Como la ley de “semáforos” de 1997, la Ley 617 de 2001 y el Marco Fiscal de Mediano Plazo. Cfr. Óscar Iván Zuluaga, “¿Por qué una regla fiscal ahora y no antes?”, en Roberto Steiner, *La regla fiscal para Colombia*, Bogotá, Fedesarrollo, 2010, pp. 9-13.

⁷⁶ Saffon, *op. cit.*, p. 536.

⁷⁷ Everaldo Lamprea, “Derechos fundamentales y consecuencias económicas”, *Revista de Economía Institucional*, vol. 8, núm. 14, 2006, pp. 77-103.

⁷⁸ Sergio Clavijo, “Fallos y fallas económicas de las altas cortes: el caso de Colombia 1991-2000”, *Revista de Derecho Público*, núm. 12, 2001.

⁷⁹ Alberto Carrasquilla, “Economía y Constitución: hacia un enfoque estratégico”, *Revista de Derecho Público*, núm. 12, 2001.

⁸⁰ Salomón Kalmanovitz, “Formas de pensar jurídicas y económicas”, *Revista de Derecho Público*, núm. 12, 2001.

⁸¹ Rodrigo Suescún *et al.*, *La sostenibilidad fiscal como principio constitucional*, Bogotá, Fedesarrollo - Fundación Konrad Adenauer, 2011.

⁸² Rodolfo Arango, “Sustitución del Estado social de derecho por un Estado fiscal”, *Revista Zero*, núm. especial, 2011, pp. 70-72; Rodolfo Arango, “Gasto público y derechos fundamentales”, *El Espectador*, 28 de abril de 2011. Disponible en: <http://www.elespectador.com/opinion/gasto-publico-y-derechos-fundamentales>.

⁸³ Rodrigo Uprimny, “Legitimidad y conveniencia del control constitucional a la economía”, *Revista de Derecho Público*, núm. 12, 2001, pp. 145-183.

⁸⁴ Francisco Barbosa Delgado, “La sostenibilidad fiscal: desafío al Estado social de derecho en Colombia”, *Revista de Derecho Público*, núm. 33, 2014.

y la limitación del gasto de las altas cortes se convirtieran en temas prioritarios en la agenda colombiana.

4.1. La reforma constitucional

Por todo lo anterior, el Ministro de Hacienda y Crédito Público presentó ante la Cámara de Representantes, el 20 de julio de 2010, un proyecto de acto legislativo cuyo título era “por el cual se establece el derecho a la sostenibilidad fiscal”⁸⁵ y que luego se conocería como el Acto Legislativo 03 de 2011. Con ello, el Gobierno nacional buscaba reformar el artículo 334 de la Constitución Política adicionando el concepto de un “marco de sostenibilidad fiscal”, en aras de garantizar el “derecho de todos” a la sostenibilidad fiscal, según consta en la exposición de motivos de dicha reforma constitucional.⁸⁶ En palabras del Ministro de Hacienda en el 2010,

Es necesario tener una disposición constitucional expresa que contenga un derecho de todos, que garantice que el Estado tendrá las condiciones, dentro de sus propias limitaciones de recursos, de garantizar la prestación y el disfrute de los derechos económicos, sociales y culturales, y por ende una realización sostenible y eficiente del Estado social de derecho, al tiempo que imponga un deber a las ramas y órganos del poder público de proteger con sus decisiones y actuaciones el mencionado derecho.⁸⁷

Para el exministro, Colombia estaba lo suficientemente madura (sic) para adoptar la regla fiscal como valor constitucional, ya que (i) había habido un desarrollo legislativo importante en esta materia,⁸⁸ (ii) era necesaria para garantizar el Estado social de derecho (ESD) dentro de una economía de mercado y (iii) acercaba a la economía colombiana a estándares internacionales.⁸⁹ En ese sentido, es claro que la empresa de la sostenibilidad fiscal en Colombia se formó impulsada por valores transnacionales propios del proyecto neoliberal, fundamentada en ideas sobre los límites del Estado colombiano frente a su propia constitución económica y, por ende, a las exigencias del mercado. Vale la pena notar que en la exposición de motivos no hay ninguna referencia explícita a la función judicial.

Cuando el texto de la reforma fue publicado en la *Gaceta del Congreso* de Colombia, en su primer debate aparece por primera vez una mención o preocupación frente a la Corte Constitucional y al gasto público relacionado con la adjudicación

⁸⁵ Congreso de Colombia, *Gaceta del Congreso*, núm. 451, 23 de julio de 2010, pp. 13 y ss.

⁸⁶ *Ibid.*, p. 15.

⁸⁷ *Ibid.*, p. 17.

⁸⁸ Cfr. nota a pie de página 75 *ut supra*.

⁸⁹ Zuluaga, *op. cit.*

de derechos fundamentales.⁹⁰ Tanto así, que el representante a la Cámara Carlos Osorio resaltó que la sostenibilidad fiscal ya estaba asegurada legislativamente, por lo que si “queremos llevarl[a] a canon constitucional seguramente lo hacemos con un propósito y no es ni nada más, ni nada menos que el de enfrentarlo con los derechos fundamentales”.⁹¹ Más adelante, en el proceso constituyente, el representante a la Cámara Didier Burgos expresó que esa iniciativa responde a la necesidad de ponerle “una cortapisa a la dictadura de los jueces” (sic).⁹²

Por todo lo anterior –según la Corte Constitucional–,⁹³ hubo un debate polarizado entre los congresistas, ya que algunos consideraban que la sostenibilidad fiscal como derecho colectivo ponía en riesgo la independencia judicial y el ESD, mientras que otros apoyaban la necesidad y conveniencia de la iniciativa, considerando la gran repercusión de la Corte en los esfuerzos fiscales del Gobierno nacional. La contención del presente texto es que dicha situación se puede entender en clave de *localización* del debate global entre los grandes paradigmas analizados en la sección 2. Por un lado, parece que la posición de los proponentes de la reforma en el Gobierno nacional y el Congreso estuvo más cercana al proyecto neoliberal, y utilizaba argumentos de ese corte para defender el acto legislativo. Por otro lado, la posición minoritaria del Congreso y la oposición parecía empuñar argumentos relacionados con la defensa de los derechos humanos y el ser humano como un fin en sí mismo.⁹⁴

Incluso, el Partido Liberal Colombiano –parte de la coalición de Gobierno de turno– anunció mediante un comunicado de prensa del 23 de noviembre que compartía el espíritu del Gobierno, pero apoyaba la reforma constitucional. En concreto,

El liberalismo no puede acompañar al Gobierno en esta iniciativa, y así se lo ha hecho saber [...] al Presidente [...], porque atenta contra los derechos económicos y sociales de los colombianos, recorta los alcances de la acción de tutela, va en contravía del [ESD] consagrado por la Constitución de 1991 que el Liberalismo defiende[,] y debilita la Rama Judicial.⁹⁵

Así las cosas, hubo modificaciones trascendentales al proyecto de reforma constitucional durante su trámite para intentar apaciguar a los congresistas más orientados hacia el proyecto de los derechos humanos. Por ejemplo, en el tercer debate ante la Comisión Primera Constitucional del Senado se decidió modificar

⁹⁰ Congreso de Colombia, *Gaceta del Congreso*, núm. 723, 30 de septiembre de 2010.

⁹¹ Citado en Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-1052 de 2012, cit., p. 24.

⁹² *Ibid.*, p. 30.

⁹³ Cfr. Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-288/12 de 18 de abril de 2012, p. 62, M. P. Luis E. Vargas Silva.

⁹⁴ Por ejemplo, abundan referencias a doctrinantes del liberalismo social como Rawls, o a la idea de los “derechos en serio” de Dworkin en el bando minoritario, mientras que en el campo mayoritario suelen referirse más a consideraciones fiscales o económicas.

⁹⁵ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-288/12, cit., p. 64.

la naturaleza jurídica de la sostenibilidad fiscal, que se convirtió en un principio de interpretación, en vez de un derecho de todos.⁹⁶ Esto debilita sustancialmente el uso de la sostenibilidad fiscal como criterio hermenéutico en la decisión judicial, ya que el juez constitucional puede ponderar más fácilmente un principio que un derecho colectivo. En consecuencia, se puede concluir que la trayectoria del Acto Legislativo 03 de 2011 estuvo marcada por las negociaciones entre un bloque mayoritario cercano al Gobierno y al discurso neoliberal, que se fundamentaba en consideraciones económicas nacionales e internacionales, y un grupo minoritario, que priorizaba la defensa de los derechos humanos. Según la Corte Constitucional, ante los cuestionamientos del segundo grupo, “los congresistas que acompañaban la posición mayoritaria adoptaron nuevas restricciones a esta iniciativa, adoptaron nuevas restricciones al alcance de la iniciativa, en especial [frente ...] al principio de progresividad y la prohibición de regresividad [y los fines esenciales del ESD]”⁹⁷

Por todo lo anterior, vemos que el Acto Legislativo 03 de 2011, por el cual se reforma la Carta para modificar la constitución económica y adicionar el principio de sostenibilidad fiscal, representa una recontextualización de una idea constitucional global a un marco constitucional específico. En concreto, esa modificación se da por la necesidad de armonizar dicha institución jurídica con los valores, principios y reglas propias de una Constitución transformadora –para usar el término de Klare–, que consagra un Estado social de derecho comprometido con la igualdad material y la defensa de los derechos humanos, incluyendo los DESC.⁹⁸

Ahora bien, durante el octavo debate fue adicionado un inciso sobre la creación de institución jurídica que permitiera al Gobierno nacional aplicar la sostenibilidad fiscal en casos concretos de desmedro judicial, conocido como el incidente de impacto fiscal. Este inciso del artículo 334 de la Constitución fue posteriormente reglamentado por la Ley 1695 de 2013, la cual analizaremos a continuación.⁹⁹

4.2. Ley del incidente de impacto fiscal

El 11 de octubre de 2012, el Ministerio de Hacienda presentó ante el Senado un proyecto de ley, que posteriormente se convertiría en la Ley 1695 de 2013.¹⁰⁰ Con esta ley se busca desarrollar el principio constitucional de sostenibilidad fiscal,

⁹⁶ *Idem.*

⁹⁷ *Ibid.*, pp. 69-70.

⁹⁸ Karl E. Klare, “Legal Culture and Transformative Constitutionalism”, *South African Journal on Human Rights*, vol. 41, núm 1, 1998, pp. 146-188.

⁹⁹ Sobre esto, vale la pena anotar que la Corte recibió una demanda pública de inconstitucionalidad por vicio de forma respecto del inciso que consagra tal incidente, al considerar que la introducción de un elemento nuevo en el octavo debate de un acto legislativo violentaba el principio de identidad flexible (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-1052 de 2012, cit.).

¹⁰⁰ Congreso de Colombia, *Gaceta del Congreso*, núm. 690, 12 de octubre de 2012.

creando un trámite de obligatorio cumplimiento para que cualquiera de los ministros del Gobierno¹⁰¹ o el procurador general, pudieran impedir que las sentencias de las altas cortes tuvieran consecuencias onerosas. Así, estos funcionarios podían iniciar el incidente para lograr que la corporación judicial modulara los efectos de sus fallos, en conformidad con las necesidades del erario público y el marco fiscal de mediano plazo. El ministro de Hacienda es el encargado de motivar y exponer por qué las consecuencias de un fallo determinado pueden violentar la estabilidad macroeconómica.

Para el senador Guerra, esta medida se justifica ya que “la Corte Constitucional [...] ha venido legislando en competencias que no le son propias”, mientras que para el ministro de Hacienda era fundamental que esa norma fuera “una ley pionera en las democracias occidentales”, según consta en la gacetas legislativas de dichos debates.¹⁰² Así mismo, vale la pena resaltar la intervención del senador Bernardo Vidal, quien rescataba que la Comisión Tercera del Senado ha sido una enamorada de la regla fiscal. Por ende, vemos cómo el incidente de impacto se enmarca en un esfuerzo de la Comisión por adoptar normas cercanas al proyecto neoliberal impulsado por las democracias occidentales (sic).

Empero, una preocupación central de los congresistas era cómo hacer que el incidente fuera obligatorio para la Corte. A juicio del senador Germán Villegas estaban tramitando “una ley sin garras, sin dientes, de pronto se nos queda en letra muerta todo esto que hemos dicho hoy”.¹⁰³ Así las cosas, finalmente, a finales de 2013 se aprobó una ley que consagraba la obligatoriedad del trámite, ya que su artículo 14 consagraba que “la alta corporación judicial [acatará el fallo] buscando con ello garantizar la primacía de los derechos fundamentales y la autonomía e independencia judicial. En todo caso, las máximas corporaciones judiciales tendrán en cuenta el plan de cumplimiento presentado por el Gobierno nacional”.

Dicho artículo es fundamental, ya que no *garantiza* la autonomía judicial, sino que apenas *busca garantizarla*. No sugiere a los jueces *tener* en cuenta la propuesta del Ejecutivo sino que los obliga a *tenerla*. De esta manera, se buscaba darle “garras” al incidente, obligando al juez a seguir el arbitrio del Gobierno nacional y su gabinete de ministros. Ante esta posibilidad, diferentes académicos y ciudadanos demandaron públicamente dicha norma, buscando así declarar su inexequibilidad.

La Corte Constitucional¹⁰⁴ analizó dichos cargos, concluyendo que la ley no vulneraba normas constitucionales superiores. Empero, esta declaró la exequibilidad parcial, toda vez que el incidente de impacto fiscal era procedente para todas aquellas sentencias que no fueran de tutela. A juicio de la Corte, el incidente no podría aplicar en el marco de la acción de tutela, ya que al tratarse de derechos fun-

¹⁰¹ En especial, el de Hacienda y Crédito Público.

¹⁰² Congreso de Colombia, *Gaceta del Congreso*, núm. 595, 2 de agosto de 2013, pp. 7-9.

¹⁰³ *Ibid.*, p. 10.

¹⁰⁴ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-870 del 2014, cit.

damentales, solo una ley estatutaria podría regular un incidente similar para dicho procedimiento judicial.¹⁰⁵

Así las cosas, la Ley 1695 terminó efectivamente sin garras ni dientes, ya que los ministros y el procurador no la podrían invocar para alterar el impacto de tutelas de la Corte Constitucional sobre el erario público, que era, en últimas, el objetivo deseado. Otro ejemplo claro de una recontextualización sustancial a una idea proveniente del proyecto neoliberal para ajustarla a los estándares neoconstitucionales.

5. Conclusión

La reforma constitucional y legal de la sostenibilidad fiscal tuvo un “giro significativo y sustancial”,¹⁰⁶ comparado con las intenciones originales de quienes propusieron la incorporación de ideas globales al contexto colombiano. Esta recontextualización se debe a las negociaciones entre dos grandes paradigmas de argumentación jurídica que permearon el debate ante el Congreso y la opinión pública, a saber: (i) el proyecto neoliberal y (ii) el proyecto neoconstitucional o de los derechos humanos. En concreto, la reforma constitucional pasó de formular un derecho colectivo –el cual tiene un valor hermenéutico fuerte que puede interponerse a la justiciabilidad de DESC– a un principio constitucional. Por tanto, el Gobierno nacional y los proponentes de la sostenibilidad fiscal perdieron la oportunidad de ponerle un límite estricto a la deliberación judicial en cuestiones de alto grado social. Por otro lado, el incidente de impacto fiscal –los llamados “dientes” que implementaría el principio de sostenibilidad fiscal– fue limitado y no puede ser elevado ante sentencias de tutela.

Este caso nos muestra que las instituciones jurídicas no son meramente transplantadas de un sistema jurídico –o de un reservorio global de ideas jurídicas– a un contexto nacional. Al contrario, la incorporación de estándares globales –tanto en materia de derechos humanos como de estabilidad económica o de eficiencia de la justicia– necesariamente requiere complejos procesos de negociación y resignificación de los alcances de la reformas legales para adecuarse a las presiones políticas, económicas y sociales de espacio nacional. La literatura sobre globalización del derecho usualmente ha asumido las condiciones de aplicación del derecho como universales y abstractas, cuando en realidad el contexto tiene un rol importante en las interacciones entre la teoría jurídica transnacional y los espacios de implementación del derecho.¹⁰⁷

¹⁰⁵ *Idem.*

¹⁰⁶ En palabras de la Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-1052 de 2012, cit., p. 51.

¹⁰⁷ Óscar Guardiola Rivera y Clara Sandoval, “Un caballero en la corte del gran Khan. En torno a los estudios sobre globalización y derecho”, en William Twining (ed.), *Derecho y glo-*

Las reformas originales de la sostenibilidad fiscal fueron paulatinamente modificadas para responder a las críticas de quienes pensaban que tal institución ponía en peligro el efectivo respeto y garantía de los derechos humanos –especialmente de los DESC– y los fines esenciales del Estado social de derecho. Para retomar a Kennedy, la *langue* global de la sostenibilidad fiscal se traduce en una *parole* ajustada a las realidades y necesidades locales, logrando un inestable balance entre la protección a los derechos humanos y la estabilidad fiscal.¹⁰⁸ Así, el derecho constitucional comparado nos muestra las raíces y dificultades de esta política pública, y nos da luces –tanto a los detractores como a los partidarios de la sostenibilidad fiscal– para proceder en los próximos debates sobre los derechos sociales frente a la estabilidad macroeconómica.

Bibliografía

- ARANGO, Rodolfo, “Gasto público y derechos fundamentales”, *El Espectador*, 28 de abril de 2011. Disponible en: <http://www.elespectador.com/opinion/gasto-publico-y-derechos-fundamentales>.
- _____, “Sustitución del Estado social de derecho por un Estado fiscal”, *Revista Zero*, núm. especial, 2011, pp. 70-72.
- ATHUKORALA, Prema-chandra, “The Banks: The IMF, The World Bank, The Bank for International Settlements”, en Pasquale M. Sgro (ed.), *International Economics, Finance and Trade*, vol. 1, Londres, EOLSS, 2009.
- ATIA, Mona, “A Way to Paradise: Pious Neoliberalism, Islam, and Faith-Based Development”, *Annals of the Association of American Geographers*, vol. 102, núm. 4, 2011, pp. 808-827.
- BANCO MUNDIAL, *Apoyo a sostenibilidad fiscal para la promoción de la prosperidad compartida*, comunicado de prensa, Washington, 9 de septiembre de 2009. Disponible en: <http://www.bancomundial.org/es/news/press-release/2013/09/09/wb-colombia-support-fiscal-sustainability-promote-shared-prosperity>.
- BARBOSA DELGADO, Francisco, “La sostenibilidad fiscal: desafío al Estado social de derecho en Colombia”, *Revista de Derecho Público*, núm. 33, 2014.
- BATTIKHA, Anne-Marie, *Structural adjustment and the environment: impacts of the World Bank and IMF conditional loans on developing countries*, Richmond, Virginia Polytechnic Institute and State University, 2002.
- BEYNET, Pierre *et al.*, “Restoring Fiscal Sustainability in Spain”, *OECD Economics Department Working Papers*, núm. 850, 2011.
- BILCHITZ, David, “La creación de un espacio intermedio: hacia una concepción de intercambios en condiciones de igualdad en el mundo académico jurídico del

balización, Bogotá, Ediciones Uniandes - Siglo del Hombre - Instituto Pensar, 2003.

¹⁰⁸ Kennedy, *op. cit.*

- norte y el sur globales”, en Daniel BONILLA, *Geopolítica del conocimiento jurídico*, Bogotá, Siglo del Hombre - Universidad de los Andes, 2015.
- BLACKBURN, Robin, “Reclaiming Human Rights”, *New Left Review*, vol. 69, pp. 126-138.
- BONILLA, Daniel, *Constitutionalism of the Global South: The Activist Tribunals of India, South Africa, and Colombia*, Cambridge, Cambridge University Press, 2014.
- _____, (ed.), *Geopolítica del conocimiento jurídico*, Bogotá, Ediciones Uniandes, 2015.
- _____, “La economía política del conocimiento jurídico”, *Brazilian Journal of Empirical Legal Studies*, vol. 2, núm. 1, 2015, pp. 26-59.
- BURGOS SILVA, Germán, *Estado de derecho y globalización*, Bogotá, ILSA - Universidad Nacional de Colombia, 2009.
- CARRASQUILLA, Alberto, “Economía y Constitución: hacia un enfoque estratégico”, *Revista de Derecho Público*, núm. 12, 2001.
- CÁRDENAS, Mauricio, Carolina MEJÍA y Mauricio OLIVERA, “Cómo las instituciones políticas influyeron en el proceso presupuestal”, en Carlos SCARTASCINI y Eduardo LORA (eds.), *Consecuencias imprevistas de la Constitución de 1991*, Bogotá, Alfa omega Colombia S. A., 2010.
- CARRANZA, Luis, Christian DAUDE y Ángel MELGUIZO, *Public Infrastructure Investment and Fiscal Sustainability in Latin America*, Washington, OCDE Development Center, 2011.
- CHALK, Nigel y Richard HEMMING, *Assessing Fiscal Sustainability in Theory and Practice*, Washington, International Monetary Fund, 2000.
- CHARRY URUEÑA, Juan M., “Sostenibilidad fiscal”, *Ambito Jurídico*, 29 de febrero de 2012. Disponible en: http://www.ambitojuridico.com/BancoConocimiento/N/noti-120822-sostenibilidad_fiscal/noti-120822-sostenibilidad_fiscal.asp.
- CHOUDHRY, Sujit (ed.), *The Migration of Constitutional Ideas*, Cambridge, Cambridge University Press, 2011.
- CLAVIJO, Sergio, “Fallos y fallas económicas de las altas cortes: el caso de Colombia 1991-2000”, *Revista de Derecho Público*, núm. 12, 2001.
- CONGRESO DE COLOMBIA, *Gaceta del Congreso*, núm. 451, 23 de julio de 2010.
- _____, *Gaceta del Congreso*, núm. 723, 30 de septiembre de 2010.
- _____, *Gaceta del Congreso*, núm. 690, 12 de octubre de 2012.
- _____, *Gaceta del Congreso*, núm. 595, 2 de agosto de 2013.
- CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, Sentencia C-288/12 de 18 de abril de 2012, M. P. Luis E. Vargas Silva.
- _____, Sentencia C-1052 de 5 de diciembre de 2012, M. P. Jorge I. Pretelt Chaljub.
- _____, Sentencia C-870 de 13 de noviembre de 2014, M. P. Luis G. Guerrero Pérez.
- CROSSMAN, Richard (ed.), *The God that Failed*, Nueva York, Columbia University Press, 1983.
- CUMMINGS, Scott L., “The Internationalization of Public Interest Law”, *Duke Law Journal*, vol. 57, núm. 4, 2008, pp. 891-1036.

- DALEO, Graciela, "El movimiento popular y la lucha contra la impunidad en la Argentina", *Història Moderna i Contemporània*, vol. 5, 2007.
- DAVID, René, *Major Legal Systems in the World Today: An Introduction to the Comparative Study of Law*, trad. de J. E. Brierley, Nueva York, Simon & Schuster, 1978.
- DEL VALLE, Marielle y Arturo GALINDO, *Descentralización y sostenibilidad fiscal subnacional: los casos de Colombia y Perú*, Washington, Banco Interamericano de Desarrollo, 2010.
- DEZALAY, Yves y Bryant G. GARTH, *The Internationalization of Palace Wars*, Chicago, University of Chicago Press, 2002.
- _____, *Lawyers and the Rule of Law in an Era of Globalization*, Nueva York, Routledge, 2011.
- DINIZ, Eli, *El post-consenso de Washington: globalización, Estado y gobernabilidad reexaminados*, Madrid, Instituto de Estudios Latinoamericanos - Universidad de Alcalá, 2007.
- DOMÍNGUEZ, José M. y José M. LÓPEZ, *Reforma de la política de estabilidad presupuestaria en España: análisis de la Ley Orgánica de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera*, Madrid, Universidad de Alcalá - Instituto Universitario de Análisis Económico y Social, 2012.
- DWORKIN, Ronald, *Taking Rights Seriously*, Cambridge, Harvard University Press, 1978.
- ESLAVA, Marcela y Marcela MELÉNDEZ, "Cómo influyen los grupos de interés sobre las políticas de productividad", Carlos SCARTASCINI y Eduardo LORA (eds.), *Consecuencias imprevistas de la Constitución de 1991*, Bogotá, Alfaomega Colombia S. A., 2010.
- ESPING-ANDERSEN, Gösta, *The Three Worlds of Welfare Capitalism*, Nueva Jersey, Princeton University Press, 1998.
- ESQUIROL, Jorge, *Las ficciones del derecho latinoamericano*, Bogotá, Siglo del Hombre - Ediciones Uniandes, 2014.
- _____, "El nuevo latinoamericanismo jurídico", en Daniel BONILLA (ed.), *Geopolítica del conocimiento jurídico*, Bogotá, Ediciones Uniandes, 2015.
- FONDO MONETARIO INTERNACIONAL, *Fiscal Rules—Anchoring Expectations for Sustainable Public Finances*, Fiscal Affairs Department, 16 de diciembre de 2009. Disponible en: <https://www.imf.org/external/np/pp/eng/2009/121609.pdf>.
- FOURCADE, Marion, "The Construction of a Global Profession: the Transnationalization of Economics", *American Journal of Sociology*, vol. 112, núm. 1, 2006, pp. 145-196.
- FRANKENBERG, Günter, "Constitutional Transfer: The Ikea Theory Revisited", *International Journal of Constitutional Law*, vol. 8, núm. 3, pp. 563-579.
- GAVIN, Michael y Roberto PEROTTI, "Fiscal Policy in Latin America", *NBER Macroeconomics Annual*, vol. 12, 1997, pp. 11-72.
- GREWAL, David S. y Jedediah S. PURDY, "Introduction: Law and Neoliberalism", *Law and Contemporary Problems*, vol. 77, núm. 4, 2015, pp. 1-23.

- GUARDIOLA RIVERA, Óscar y Clara SANDOVAL, "Un caballero en la corte del gran Khan. En torno a los estudios sobre globalización y derecho", en William TWINING (ed.), *Derecho y globalización*, Bogotá, Ediciones Uniandes - Siglo del Hombre - Instituto Pensar, 2003.
- HAMMERSLEY, Ole, "The European Union and the United States in Eastern Europe", en Yves DEZALAY y Bryant G. GARTH, *Lawyers and the Rule of Law in an Era of Globalization*, Nueva York, Routledge, 2011, pp. 134-155.
- HARVEY, David, *A Brief History of Neoliberalism*, Oxford, Oxford University Press, 2005.
- HIRSCHL, Ran, *Towards Juristocracy: The Origins and Consequences of the New Constitutionalism*, Cambridge, Harvard University Press, 2007.
- JARAMILLO SIERRA, Isabel C., "Un examen de los intercambios académicos: más allá de la división entre Norte y Sur", en Daniel BONILLA (ed.), *Geopolítica del conocimiento jurídico*, Bogotá, Ediciones Uniandes, 2015, pp. 335-367.
- JAYASURIYA, Kanishka, "Globalization, Sovereignty, and the Rule of Law: From Political to Economic Constitutionalism?", *Constellations*, vol. 8, núm. 4, 2001, pp. 442-460.
- KALMANOVITZ, Salomón, "Formas de pensar jurídicas y económicas", *Revista de Derecho Público*, vol. 12, 2001.
- KENNEDY, Duncan, "Three Globalization of Law and Legal Thought: 1850-2000", en David TRUBEK y Álvaro SANTOS, *The New Law and Economic Development: A Critical Appraisal*, Cambridge, Cambridge University Press, 2006, pp. 19-73.
- KLARE, Karl E., "Legal Culture and Transformative Constitutionalism", *South African Journal on Human Rights*, vol. 41, núm. 1, 1998, pp. 146-188.
- KRIPPNER, Gretta, *Capitalizing on Crisis: The Political Origins of the Rise of Finance*, Cambridge, Harvard University Press, 2011.
- LAMPREA, Everaldo, "Derechos fundamentales y consecuencias económicas", *Revista de Economía Institucional*, vol. 8, núm. 14, 2006, pp. 77-103.
- LANDAU, David, "The Reality of Social Rights Enforcement", *Harvard International Law Journal*, vol. 53, núm. 1, 2012, pp. 401-460.
- LANGER, Máximo, "From Legal Transplants to Legal Translations: The Globalization of Plea Bargaining and the Americanization Thesis in Criminal Procedure", *Harvard International Law Journal*, vol. 45, núm. 1, 2004.
- LEGRAND, Pierre, "The Impossibility of 'Legal Transplants'", *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 1997.
- MARKS, Susan, "Four Human Rights Myths", en David KINLEY, Wojciech SADURSKI y Kevin WALTON (eds.), *Human Rights: Old Problems, New Possibilities*, Cheltenham, Edward Elgar Publishing, 2013.
- MERRY, Sally E., "Transnational Human Rights and Local Activism: Mapping the Middle", *American Anthropologist*, vol. 108, núm. 1, 2006, pp. 38-51.
- MONATERI, Pierre Giuseppe, "Gayo, el Negro: una búsqueda de los orígenes multi-culturales de la tradición jurídica occidental", en Pierre G. MONATERI, Geoffrey

- SAMUEL y Carlos MORALES (eds.), *La invención del derecho privado*, Bogotá, Siglo del Hombre - Ediciones Uniandes, 2006.
- MOYN, Samuel, *The Last Utopia: Human Rights in History*, Cambridge, Harvard University Press, 2012.
- _____, “A Powerless Companion: Human Rights in the Age of Neoliberalism”, *Law and Contemporary Problems*, vol. 77, 2015, pp. 147-169.
- MUDGE, Stephanie L., “What is Neo-liberalism”, *Socio-Economic Review*, vol. 6, núm. 4, 2008, pp. 703-731.
- NAÍM, Moisés, “Latin America: The Second Stage of Reform”, *Journal of Democracy*, vol. 5, núm. 4, 1994, pp. 32-48.
- PERELMAN, Jeremy, “Activismo transnacional de derechos humanos, colaboraciones en consultorios jurídicos y economía política de la responsabilidad de los consultorios jurídicos ante la sociedad: una cartografía del espacio intermedio”, en Daniel BONILLA (ed.), *Geopolítica del conocimiento jurídico*, Bogotá, Ediciones Uniandes, 2015.
- RAWLS, John, *A Theory of Justice*, Cambridge, Harvard University Press, 1971.
- RODRÍGUEZ GARAVITO, César, “Towards a Sociology of the Global Rule of Law Field: Neoliberalism, Neoconstitutionalism, and the Contest over Judicial Reform in Latin America”, en Yves DEZALAY y Bryant G. GARTH, *Lawyers and the Rule of law in an Era of Globalization*, Nueva York, Routledge, 2011.
- SÁNCHEZ, Camilo, “El incidente de impacto fiscal”, *El Espectador*, 17 de junio de 2013. Disponible en: <http://www.elespectador.com/opinion/el-incidente-de-impacto-fiscal-columna-428405>.
- SACCO, Rodolfo, “Legal Formants: a Dynamic Approach to Comparative Law”, *The American Journal of Comparative Law*, vol. 39, núm. 1, 1991, pp. 1-34.
- SAFFON, María Paula, “Can Constitutional Courts be Counterhegemonic Powers vis-à-vis Neoliberalism? The Case of the Colombian Constitutional Court”, *Seattle Journal for Social Justice*, vol. 5, núm. 2, 2007, pp. 533-567.
- SANTOS DE SOUSA, Boaventura, “Towards a Multicultural Conception of Human Rights”, en Berta E. HERNÁNDEZ TRUYOL, *Moral Imperialism: a Critical Anthology*, Nueva York, New York University Press, 2002.
- STEINER, Roberto, “Prólogo”, en Carlos SCARTASCINI y Eduardo LORA (eds.), *Consecuencias imprevistas de la Constitución de 1991*, Bogotá, Alfaomega Colombia S. A., 2010.
- STERN, Hans H., *Fundamental Concepts of Language Teaching*, Nueva York, Oxford University Press, 1983.
- STIGLITZ, Joseph E. y Narcís SERRA (eds.), *The Washington Consensus Reconsidered: Towards a New Global Governance*, Oxford, Oxford University Press, 2008.
- SUESCÚN, Rodrigo et al., *La sostenibilidad fiscal como principio constitucional*, Bogotá, Fedesarrollo - Fundación Konrad Adenauer, 2011.
- TUSHNET, Mark, “The Possibilities of Comparative Constitutional Law”, *Yale Law Journal*, vol. 108, núm. 6, 1999, pp. 1225-1309.

- _____, *Weak Courts Strong rights*, Nueva Jersey, Princeton University Press, 2008.
- UPRIMNY, Rodrigo, "Legitimidad y conveniencia del control constitucional a la economía", *Revista de Derecho Público*, núm. 12, 2001, pp. 145-183.
- VAROUFAKIS, Yanis, *The Global Minotaur*, Londres, Zed Books, 2011.
- VECCHIOLI, Virginia, "Human Rights and the Rule of Law in Argentina: Transnational Advocacy Networks and the Transformation of the National Legal Field", en Yves DEZALAY y Bryant G. GARTH (eds.), *Lawyers and the Rule of Law in an Era of Globalization*, Nueva York, Routledge, 2011.
- WATSON, Alan, *Legal Transplants, An Approach to Comparative Law*, Edinburgh, Scottish Academic Press, 1974.
- ZULUAGA, Óscar Iván, "¿Por qué una regla fiscal ahora y no antes?", Roberto STEINER, *La regla fiscal para Colombia*, Bogotá, Fedesarrollo, 2010.
- ZULUAGA, Óscar Iván et al., *La sostenibilidad fiscal, un principio para alcanzar los fines del Estado social de derecho*, Bogotá, Notas Fiscales - Ministerio de Hacienda y del Crédito Público, 2011.

VOLVER A LA TABLA DE CONTENIDO

Víctor Bazán* (Argentina)

Los derechos sociales en épocas de emergencias y crisis económicas

RESUMEN

En este texto se plantea la necesidad de que exista una sólida defensa de los contenidos esenciales de los derechos sociales, bajo el argumento de que las obligaciones internacionalmente asumidas por los Estados en ese campo no son derogables e incluso su cumplimiento deviene más relevante en períodos de emergencias o crisis, para amortiguar el rigor del nocivo impacto que estos procesos pueden provocar en los segmentos poblacionales más vulnerables y excluidos.

Palabras clave: derechos sociales, contenidos esenciales, crisis y/o emergencias económicas.

ZUSAMMENFASSUNG

Der Beitrag legt die Notwendigkeit einer soliden Verteidigung der sozialen Rechte in ihren wesentlichen Inhalten dar und vertritt die Ansicht, dass die von den Staaten auf diesem Gebiet eingegangenen internationalen Verpflichtungen unwiderruflich sind. Die Umsetzung der sozialen Rechte wird insbesondere in Notsituationen oder Krisen sehr relevant, um den negativen Auswirkungen, die solche Ereignisse auf die am stärksten gefährdeten und benachteiligten Bevölkerungsgruppen haben können, entgegenzuwirken.

Schlagwörter: Soziale Rechte, wesentliche Inhalte, Krisen und/oder Notsituationen.

* Doctor en Ciencias Jurídicas y Sociales. Catedrático de las asignaturas de Derecho Constitucional y Derechos Humanos, Derecho Internacional Público y Derecho Procesal Constitucional en la Universidad Católica de Cuyo (San Juan, Argentina); profesor invitado de posgrado de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires (UBA) y de otras universidades argentinas y extranjeras. vba_mart9@yahoo.com.ar.

ABSTRACT

This text discusses the need for a strong defense of the essential elements of social rights, under the argument that the international obligations assumed by States in this area non-derogable, and that the fulfillment of these rights is even more important in periods of emergency or crisis, in order to cushion the rigor of the harmful impact that these processes may cause in the most vulnerable and excluded population segments.

Keywords: social rights, essential elements, economic crises and/or emergencies.

Introducción

En el tramo inicial de este ensayo se abordará la posición del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la ONU (en adelante, Comité de DESC) en torno a las medidas deliberadamente retrocesivas de los Estados en el ámbito de los derechos sociales y la incumbencia de la carga de la prueba en tales situaciones. Seguidamente, se planteará la necesidad de que exista una férrea defensa de los contenidos esenciales de cada DESC en épocas críticas o tormentosas que pudieran ponerlos en jaque. A continuación, y a efectos ilustrativos, tomaremos un caso testigo en el escenario colombiano acerca del marco de sostenibilidad fiscal y el incidente de impacto fiscal incorporados en fecha relativamente reciente a la Constitución Política de ese país y su vinculación con la protección de los derechos sociales.

Será entonces hora de ofrecer ciertas consideraciones sobre la inescindible conexión de los DESC con la dignidad humana, insistiendo en el imprescindible resguardo de los contenidos mínimos de tales derechos. Una vez transitado el camino descrito, arribaremos al epílogo, que contendrá un puñado de reflexiones conclusivas que vendrán a acoplarse a otras ya contempladas en el cuerpo de esta contribución.

1. Los derechos sociales y los límites a sus restricciones en tiempos de crisis

1.1. El Comité de DESC, las medidas deliberadamente retrocesivas y la carga de la prueba

Con acierto se ha puntualizado que, en momentos de crisis, los Estados no poseen un derecho irrestricto a deshacer los logros alcanzados en el área social, sino que, por el contrario, tienen “el deber de seguir progresando o al menos de mantener lo alcanzado, salvo que les sea materialmente imposible. *La carga de la prueba de esa imposibilidad recae en el Estado que realiza o permite regresiones deliberadas en*

la satisfacción de los derechos sociales; y en ningún caso justifica recortes sobre los contenidos esenciales de estos derechos”¹ (énfasis agregado).

De hecho, el Comité de DESC, particularmente en la Observación General (OG) 3 (1990),² ha puntualizado con claridad que las *medidas de carácter deliberadamente retroactivo requerirán la consideración más cuidadosa y deberán justificarse plenamente* por referencia a la totalidad de los derechos previstos en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC) y en el contexto del aprovechamiento pleno del máximo de los recursos de que el Estado disponga (parte *in fine* del ap. 9).

Posteriormente, dicho Comité ha insistido en este punto. Así, ejemplificativamente, ha mantenido tal criterio en las observaciones generales 13 (1999), párr. 45;³ 14 (2000), párr. 32;⁴ 15 (2002), párr. 19;⁵ 17 (2005), párr. 27;⁶ 18 (2005), párr. 21;⁷ 19 (2007), párr. 42;⁸ y 21 (2009), párr. 46.⁹

En ese sentido, si tomáramos como muestra el párrafo 42 de la OG 19, ha afirmado: “Existe una fuerte presunción de que la adopción de medidas regresivas con respecto a la seguridad social está prohibida de conformidad con el Pacto. *Si se adoptan medidas deliberadamente regresivas, corresponde al Estado parte la carga de la prueba de que estas medidas se han adoptado tras un examen minucioso de todas las alternativas posibles y de que están debidamente justificadas habida cuenta de todos*

¹ Jaume Saura Estapà, “La exigibilidad jurídica de los derechos humanos: especial referencia a los derechos económicos, sociales y culturales”, *El tiempo de los derechos*, núm. 2, 2011, p. 14. Disponible en: http://www.observatoridesc.org/sites/default/files/saura_exigibilidad_DESC.pdf.

² Comité de DESC, OG 3, ‘La índole de las obligaciones de los Estados partes (PIDESC, párr. 1, art. 2)’, 5° período de sesiones (1990), U.N. Doc. E/1991/23.

³ Comité de DESC, OG 13, ‘El derecho a la educación (PIDESC, art. 13)’, 21° período de sesiones (1999), E/C.12/1999/10.

⁴ Comité de DESC, OG 14, ‘El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud (PIDESC, art. 12)’, 22° período de sesiones (2000), E/C.12/2000/4.

⁵ Comité de DESC, OG 15, ‘El derecho al agua (PIDESC, arts. 11 y 12)’, 29° período de sesiones (2002), E/C.12/2002/11.

⁶ Comité de DESC, OG 17, ‘Derecho de toda persona a beneficiarse de la protección de los intereses morales y materiales que le correspondan por razón de las producciones científicas, literarias o artísticas de que sea autor(a) (PIDESC, ap. c, párr. 1, art. 15)’, 35° período de sesiones (2005), E/C.12/GC/17.

⁷ Comité de DESC, OG 18, ‘Derecho al trabajo (PIDESC, art. 6)’, 35° período de sesiones (2005), E/C.12/GC/18.

⁸ Comité de DESC, OG 19, ‘El derecho a la seguridad social (PIDESC, art. 9)’, 39° período de sesiones (2007), E/C.12/GC/19.

⁹ Comité de DESC, OG 21, ‘Derecho de toda persona a participar en la vida cultural (PIDESC, art. 15, párr. 1. a)’, 43° período de sesiones (2009), E/C.12/GC/21/Rev.1.

los derechos previstos en el Pacto, en el contexto del pleno aprovechamiento del máximo de los recursos de que dispone el Estado parte”¹⁰ (énfasis agregado).

Convergentemente, en referencia a la crisis económica y financiera mundial de los últimos años y su impacto en España, se ha afirmado que dicho contexto “es susceptible de ser sesgadoamente utilizado por algunos para reducir un irreversible e insoslayable acervo jurídico nacional e internacional en materia de protección de los derechos sociales. *La crisis no debe constituir en absoluto un vano pretexto para la regresión, sino una gran oportunidad para afirmar progresivamente las conquistas sociales conseguidas*” (énfasis agregado), ya que “los derechos sociales no son más difíciles de articular jurídicamente que los demás derechos, ni tampoco resultan necesariamente más onerosos”.¹¹

Al analizar el quinto informe periódico de España sobre la aplicación del PIDESC, entre otras cuestiones, el Comité de DESC¹² instó a dicho país a que, en virtud del *principio de indivisibilidad, universalidad e interdependencia de los derechos humanos, adoptase las medidas legislativas pertinentes para garantizar a los DESC un nivel de protección análogo al que se aplica a los derechos civiles y políticos*. Asimismo, le recomendó que tomara las medidas adecuadas para asegurar la plena justiciabilidad y aplicabilidad de todas las disposiciones del Pacto por los tribunales nacionales. Paralelamente, le encomendó *garantizar que todas las medidas de austeridad adoptadas identificasen el contenido mínimo esencial de todos los derechos del Pacto, y tomar todas las medidas apropiadas para proteger este contenido esencial en cualquier circunstancia, especialmente para las personas y los grupos desfavorecidos y marginados*.

Es importante subrayar que al establecer las recomendaciones sobre España en relación con el citado informe periódico de ese país, el Comité de DESC dirigió una carta abierta a todos los Estados partes del PIDESC,¹³ donde planteó los criterios

¹⁰ Dicho párrafo se complementa con el siguiente texto: “El Comité examinará detenidamente: a) si hubo una justificación razonable de las medidas; b) si se estudiaron exhaustivamente las posibles alternativas; c) si hubo una verdadera participación de los grupos afectados en el examen de las medidas y alternativas propuestas; d) si las medidas eran directa o indirectamente discriminatorias; e) si las medidas tendrán una repercusión sostenida en el ejercicio del derecho a la seguridad social o un efecto injustificado en los derechos adquiridos en materia de seguridad social, o si se priva a alguna persona o grupo del acceso al nivel mínimo indispensable de seguridad social; y f) si se hizo un examen independiente de las medidas a nivel nacional”.

¹¹ Manuel Terol Becerra y Luis Jimena Quesada (dirs.), *Tratado sobre protección de derechos sociales*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2014, pp. 19-20.

¹² ONU, Consejo Económico y Social, E/C.12/ESP/CO/5, Distr. general 6 de junio de 2012. Original: español, Comité de DESC, 48º período de sesiones, 30 de abril a 18 de mayo de 2012, Examen de los informes presentados por los Estados partes en virtud de los artículos 16 y 17 del PIDESC, “Observaciones finales del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales - España”.

¹³ Comité de DESC, *Carta abierta a los Estados Partes* [del PIDESC], 48º período de sesiones, 16 de mayo de 2012, CESCR/48th/SP/MAB/SW.

que las políticas de austeridad y otras asumidas por los Estados en tiempos de crisis económica debían respetar para cumplir con las obligaciones derivadas de dicho Pacto. En síntesis, expuso que cualquier cambio o ajuste de política propuesto tiene que cumplir los siguientes requisitos:

1. Debe ser una medida temporal que abarque sólo el período de la crisis;
2. debe ser necesaria y proporcionada, en el sentido de que la adopción de cualquier otra política, o la omisión de actuar, sería más perjudicial para los DESC;
3. no debe ser discriminatoria y comprende todas las medidas posibles, incluidas las medidas fiscales, para apoyar las transferencias sociales y mitigar las desigualdades que pueden crecer en tiempos de crisis y para garantizar que los derechos de las personas y grupos desfavorecidos y marginados no sean afectados de manera desproporcionada; y
4. debe identificar el contenido mínimo esencial de los derechos, o un piso de protección social, según lo desarrollado por la Organización Internacional del Trabajo, y asegurar la protección de este contenido básico en todo momento.

1.2. En torno a los grupos y personas en situación de vulnerabilidad

Justamente en épocas de dificultades y desequilibrios financieros y/o económicos es cuando se torna más ostensible la necesidad de acrecentar la *protección de los derechos de los grupos y personas más frágiles e hiposuficientes*, entre los que se cuentan (ejemplificativamente y en lo pertinente teniendo en cuenta la realidad de cada país) niños y niñas, mujeres, trabajadores migrantes, ancianos, personas con discapacidad, pobres e indigentes, desplazados forzosos, minorías, pueblos indígenas, poblaciones afrodescendientes, etcétera.

Los gobiernos deben evaluar prudente y sistemáticamente las derivaciones que las políticas presupuestarias, económicas y sociales que implementan en tiempos de austeridad y ajustes producen en sensibles materias como la igualdad, la no discriminación y los derechos fundamentales.

Es preciso tener en cuenta que las obligaciones internacionalmente asumidas por los Estados en la esfera de los DESC *no son derogables* e incluso su cumplimiento deviene más relevante precisamente en períodos críticos, para atemperar el rigor del nocivo impacto que estos pueden provocar en las comunidades más postergadas.

Al respecto, de los apartes 10 a 12 de la citada OG 3 del Comité de DESC se desprenden ciertas circunstancias dignas de ser enunciadas. Así, se verifica que:

- Corresponde a cada Estado parte una *obligación mínima de asegurar la satisfacción de por lo menos niveles esenciales de cada uno de los derechos* (ap. 10).

- Si el PIDESC se ha de interpretar de tal manera que no establezca una obligación mínima, *carecería en gran medida de su razón de ser (idem)*.
- Toda evaluación en cuanto a si un Estado ha cumplido su obligación mínima debe tener en cuenta también las limitaciones de recursos que se aplican al país de que se trata y que las obligaciones mínimas a una falta de recursos disponibles debe *demostrar que ha realizado todo esfuerzo para utilizar todos los recursos que están a su disposición en un esfuerzo por satisfacer, con carácter prioritario, esas obligaciones mínimas (idem)*.
- Aunque se demuestre que los recursos disponibles son insuficientes, *sigue en pie la obligación de que el Estado parte se empeñe en asegurar el disfrute más amplio posible de los derechos pertinentes dadas las circunstancias reinantes (ap. 11)*.
- De ninguna manera se eliminan, como resultado de las limitaciones de recursos, las *obligaciones de vigilar la medida de la realización, o más especialmente de la no realización, de los derechos económicos, sociales y culturales y de elaborar estrategias y programas para su promoción (idem)*.
- *Aun en tiempos de limitaciones graves de recursos, causadas sea por el proceso de ajuste, de recesión económica o por otros factores, se puede y se debe en realidad proteger a los miembros vulnerables de la sociedad mediante la adopción de programas de relativo bajo costo (ap. 12)*.

Mutatis mutandis, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH)¹⁴ ha sostenido que *toda persona que se encuentre en una situación de vulnerabilidad es titular de una protección especial*, en razón de los deberes cuyo cumplimiento por parte del Estado es necesario para satisfacer las obligaciones generales de respeto y garantía de los derechos humanos.¹⁵ Añade el tribunal que no basta con que los Estados se abstengan de violar los derechos, sino que *es imperativa la adopción de medidas positivas, determinables en función de las particulares necesidades de protección del sujeto de derecho, ya sea por su condición personal o por la situación específica en que se encuentre*.¹⁶

¹⁴ Sobre este y otros aspectos de la temática, ver Víctor Bazán, por ejemplo, “Los derechos sociales en el derecho interno latinoamericano y el sistema interamericano de protección de los derechos humanos”, en Víctor Bazán y Luis Jimena Quesada, *Derechos económicos, sociales y culturales*, Buenos Aires, Astrea, 2014, pp. 1-167; “La judicialización de los derechos económicos, sociales y culturales”, en Víctor Bazán (dir.), *La judicialización de los derechos humanos*, Lima, Asociación Argentina de Derecho Internacional (Sección Derechos Humanos) - Ediciones Legales, 2009, pp. 257-300; y *Vías de maximización protectiva de los derechos económicos, sociales y culturales*, Buenos Aires, La Ley, 2007, pp. 1135-1149.

¹⁵ Corte IDH, *Caso Ximenes Lopes vs. Brasil*, Sentencia de 4 de julio de 2006, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, núm. 149, párr. 103.

¹⁶ *Idem*. En línea convergente a las últimas consideraciones volcadas en el aludido *Caso Ximenes Lopes vs. Brasil*, la Corte IDH había señalado anteriormente que de las obligaciones generales de los arts. 1.1 y 2 de la CADH “derivan deberes especiales, determinables en función

2. Un caso testigo sobre la vinculación entre la sostenibilidad fiscal y la protección de los derechos sociales

2.1. Introducción

Desde luego que Colombia no es la única muestra que ofrece el derecho comparado en punto a la introducción por vía constitucional o legal del principio o criterio de la sostenibilidad fiscal.¹⁷

Sólo lo tomamos aquí como caso testigo ante la relativamente reciente inclusión en su Constitución Política (CP) del llamado marco de sostenibilidad fiscal (SF) y la creación de un incidente de impacto fiscal (IIF), cuestiones respecto de las cuales nos detendremos para examinar cómo han funcionado hasta ahora y qué efectos producen o pueden producir en relación con la protección de los DESC.

Debe advertirse que la SF no es un tema nuevo en Colombia. Lo novedoso es su inclusión expresa en la CP, ya que hasta el momento en que ello ocurrió (Acto Legislativo 3 de 2011), las normas referidas al tema se habían instrumentado por medio de leyes.¹⁸

de las particulares necesidades de protección del sujeto del derecho, ya sea por su condición personal o por la situación específica en que se encuentre. En este sentido, el artículo 1.1 es fundamental para determinar si una violación de los derechos humanos reconocidos por la Convención puede ser atribuida en todo su alcance a un Estado parte. En efecto, dicho artículo impone a los referidos Estados los deberes fundamentales de respeto y garantía de los derechos, de tal modo que *todo menoscabo a los derechos humanos reconocidos en la Convención que pueda ser atribuido, según las reglas del derecho internacional, a la acción u omisión de cualquier poder u órgano de éstos, independientemente de su jerarquía, constituye un hecho imputable al Estado que compromete su responsabilidad internacional* (énfasis agregado) (Corte IDH, *Caso Baldeón García vs. Perú*, Sentencia de 6 de abril de 2006, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, núm. 147, párr. 81).

¹⁷ Se observan antecedentes al respecto, por ejemplo, en Alemania y Brasil.

¹⁸ En efecto, de acuerdo con lo reseñado por la Sala Plena de la Corte Constitucional (Sentencia C-132/12 de 29 de febrero de 2012, M. P. Humberto Antonio Sierra Porto), la inclusión de la *sostenibilidad* en la Constitución configura un paso más en la evolución normativa del tema en Colombia, por lo que no se trataría en realidad de un aspecto novedoso.

Siguiendo el *racconto* secuencial de la Corte Constitucional, el primer antecedente normativo de la sostenibilidad fiscal se encuentra en la *Ley 358 de 1997*, “Por la cual se reglamenta el artículo 364 de la Constitución y se dictan otras disposiciones en materia de endeudamiento”, conocida también como “Ley de los semáforos”, texto normativo que establece límites al endeudamiento de las entidades territoriales, a efectos de que no excedan su capacidad de pago.

Un segundo antecedente es la *Ley 617 de 2000*, conocida como “Ley de responsabilidad fiscal territorial”, la cual se profirió con miras a la racionalización de los fiscos departamentales, municipales y distritales, mediante la clasificación de las entidades territoriales en categorías presupuestales y el establecimiento de topes máximos para sus gastos de funcionamiento.

Posteriormente, se expidió la *Ley 819 de 2003*, “Por la cual se dictan normas orgánicas en materia de presupuesto, responsabilidad y transparencia fiscal y se dictan otras disposiciones”, la cual obliga al Gobierno nacional a presentar ante el Congreso de la República un marco fiscal de mediano plazo, el cual contendría, como mínimo: i) un plan financiero; ii) un programa

2.2. Modificación constitucional

Como anticipáramos, en el contexto jurídico colombiano y por medio del Acto Legislativo 3 de 2011, se modificó el art. 334 de la CP. La nueva redacción de esta cláusula quedó configurada de la siguiente manera:

La dirección general de la economía estará a cargo del Estado. Éste intervendrá, por mandato de la ley, en la explotación de los recursos naturales, en el uso del suelo, en la producción, distribución, utilización y consumo de los bienes, y en los servicios públicos y privados, para racionalizar la economía con el fin de conseguir *en el plano nacional y territorial, en un marco de sostenibilidad fiscal*, el mejoramiento de la calidad de vida de los habitantes, la distribución equitativa de las oportunidades y los beneficios del desarrollo y la preservación de un ambiente sano. *Dicho marco de sostenibilidad fiscal deberá fungir como instrumento para alcanzar de manera progresiva los objetivos del Estado social de derecho. En cualquier caso el gasto público social será prioritario.*

El Estado, de manera especial, intervendrá para dar pleno empleo a los recursos humanos y asegurar, *de manera progresiva*, que todas las personas, en particular las de menores ingresos, tengan acceso efectivo al conjunto de los bienes y servicios básicos. También para promover la productividad y competitividad y el desarrollo armónico de las regiones.

La sostenibilidad fiscal debe orientar a las Ramas y Órganos del Poder Público, *dentro de sus competencias, en un marco de colaboración armónica.*

macroeconómico plurianual; iii) las metas de superávit primario, así como el nivel de deuda pública y un análisis de su sostenibilidad; iv) un informe de resultados macroeconómicos y fiscales de la vigencia fiscal anterior; v) una evaluación de las principales actividades cuasifiscales realizadas por el sector público; vi) una estimación del costo fiscal de las exenciones, deducciones o descuentos tributarios existentes; vii) el costo fiscal de las leyes sancionadas en la vigencia fiscal anterior; y viii) una relación de los pasivos contingentes que pudieran afectar la situación financiera de la nación.

En cuanto a normativa más reciente, pueden incluirse (siempre según la Corte Constitucional) la “Ley de víctimas” (*Ley 1.448 de 2011*), en la que establece la sostenibilidad en su art. 19; la *Ley 1.454 de 2011*, “Por la cual se dictan normas orgánicas sobre ordenamiento territorial y se modifican otras disposiciones”, se establece la sostenibilidad fiscal en términos de “principio rector del ordenamiento territorial”; y la *Ley 1.473 de 2011*, que específicamente consagra y desarrolla una regla fiscal en su art. 1, que dice: “La presente ley tiene por objeto expedir normas que garanticen la sostenibilidad de largo plazo de las finanzas públicas y contribuyan a la estabilidad macroeconómica del país”.

Entre otros puntos, la sentencia aquí mencionada señala que, como puede apreciarse en el ámbito legal colombiano, existen numerosas leyes, sean ordinarias u orgánicas, que estipulan reglas fiscales encaminadas a: i) sanear las finanzas públicas, en especial, aquellas de las entidades territoriales; ii) imponer obligaciones al Gobierno nacional en el momento de elaborar el presupuesto nacional; iii) racionalizar el gasto público, y, en definitiva, iv) lograr niveles de sostenibilidad fiscal.

El Procurador General de la Nación o uno de los Ministros del Gobierno, una vez proferida la sentencia por cualquiera de las máximas corporaciones judiciales, podrán solicitar la apertura de un Incidente de Impacto Fiscal, cuyo trámite será obligatorio. Se oirán las explicaciones de los proponentes sobre las consecuencias de la sentencia en las finanzas públicas, así como el plan concreto para su cumplimiento y se decidirá si procede modular, modificar o diferir los efectos de la misma, con el objeto de evitar alteraciones serias de la sostenibilidad fiscal. En ningún caso se afectará el núcleo esencial de los derechos fundamentales.

A continuación la norma presenta el siguiente “Parágrafo”: “Al interpretar el presente artículo, bajo ninguna circunstancia, autoridad alguna de naturaleza administrativa, legislativa o judicial, podrá invocar la sostenibilidad fiscal para menoscabar los derechos fundamentales, restringir su alcance o negar su protección efectiva” (en todos los casos, énfasis agregado).

Asimismo, se reformaron los respectivos incisos primero del art. 339 y del art. 346, introduciendo sendas alusiones al marco de sostenibilidad fiscal. En consecuencia, dicha innovación constitucional dio vida a dos institutos: i) el marco de sostenibilidad fiscal y ii) el *incidente de impacto fiscal*.

La Ley 1.695 de 2013¹⁹ desarrolló el procedimiento y los efectos de la resolución del IIF, determinando en su art. 3 –en relación con la competencia– que conocerá del incidente la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia, de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, de la Corte Constitucional o de la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, de la que haga parte el magistrado de la alta corporación que haya presentado la ponencia de la sentencia o de los autos que se profieran con posterioridad a la misma, sobre el cual se solicita el incidente.

A modo de aclaración, la expresión “altas cortes” hace referencia a los órganos aludidos en tal cláusula legal: Corte Suprema de Justicia, Consejo de Estado, Corte Constitucional y Consejo Superior de la Judicatura.

2.3. Jurisprudencia relevante de la Corte Constitucional sobre los institutos en cuestión

2.3.1. Antecedentes

Cabe resaltar que ya antes del dictado de tal ley, la Corte Constitucional se había pronunciado sobre el mentado incidente –también respecto de la SF– en dos

¹⁹ Publicada en el *Diario Oficial de Colombia*, 17 de diciembre de 2013.

importantes decisorios: las sentencias C-288 de 2012²⁰ y C-1.052 de 2012,²¹ en las cuales identificó varios elementos que permiten evidenciar su contenido y alcances, a partir del análisis sistemático del art. 334 del texto superior con las demás normas constitucionales.

En la Sentencia C-288 de 2012, la Corte Constitucional sostuvo respecto de la SF que:

- Es una herramienta necesaria para que los Estados mantengan una disciplina económica que evite la configuración o extensión en el tiempo de hipótesis de déficit fiscal, que pongan en riesgo la estabilidad de las finanzas públicas. Se trata de un instrumento que busca regularizar la brecha existente entre ingresos y gastos, cuando la misma pueda afectar la salud financiera de un Estado y los compromisos que le asisten con miras a garantizar la efectividad de los principios y derechos consagrados en la Constitución.
- Es uno de los condicionamientos que rigen la intervención del Estado en la economía, en tanto que su objetivo (mantener un equilibrio en la relación ingreso y gasto público) se adicionó a otros propósitos existentes y no reformados por el Acto Legislativo 3 de 2011, como el mejoramiento de la calidad de vida de los habitantes, la distribución equitativa de las oportunidades y la preservación de un ambiente sano.
- Su objetivo constitucional es fungir como *instrumento* para alcanzar de manera progresiva los objetivos del Estado social de derecho. No tiene el alcance de un derecho colectivo y menos aún de un principio constitucional, que deba ponderarse y optimizarse en relación con los demás principios previstos en la carta.
- Se le otorgó la calidad de *criterio orientador*, en virtud del cual su exigibilidad debe guiar a todas las ramas y órganos del poder público, en el ejercicio de sus competencias, dentro de un marco de colaboración armónica, lo cual –según el criterio de la Corte Constitucional– descarta la existencia de un carácter *coactivo* en la aplicación de la SF.
- Se somete a una cláusula prohibitiva, conforme a la cual: “en cualquier caso el gasto público social será prioritario”, lo que implica la existencia de una relación de dependencia jerárquica entre la consecución de los fines propios del citado componente del presupuesto nacional, el cual se concreta en la solución de las necesidades insatisfechas de salud, educación, saneamiento ambiental y agua potable, y la aplicación de la SF en la intervención del Estado en la economía.

²⁰ Sala Plena de la Corte Constitucional, 18 de abril de 2012, M. P. Luis Ernesto Vargas Silva.

²¹ Sala Plena de la Corte Constitucional, 5 de diciembre de 2012, M. P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

- La SF también opera en el ámbito presupuestal y de planeación, con miras a exigir que en la elaboración de los citados documentos que delimitan el quehacer de la hacienda pública, se preserven los objetivos que lo identifican y se guarde coherencia en el manejo de la política fiscal del Estado.

Por su parte, de la conjugación de las citadas sentencias C-288 de 2012 y C-1.052 de 2012²² pueden entresacarse algunos perfiles y aspectos del IIF, a saber:

- Que la regulación sobre el IIF le corresponde al Congreso de la República, en ejercicio de su amplia potestad de configuración normativa. No obstante, como consecuencia de las pautas previstas en la Constitución, a dicha corporación le corresponde establecer un procedimiento judicial *sui generis*,²³ que no puede ser subsumido por otro trámite judicial preexistente, lo que conduce a la posibilidad de que se prevean reglas particulares, específicas y concretas que determinen el alcance de sus diferentes etapas procesales.
- Que la legitimación para promover el incidente corresponde exclusivamente a los ministros del Gobierno y al Procurador General de la Nación, sin que se encuentren previstas cláusulas de delegación a otros servidores públicos.
- Que en cuanto a su naturaleza jurídica, el IIF es consagrado como un *espacio de interlocución* entre los servidores públicos antes referidos y las altas cortes, en el que se les concede a los primeros la facultad de expresar las razones por las cuales consideran que los efectos de una sentencia omiten tener en cuenta el criterio de SF, carga argumentativa que en ningún caso puede trasladarse a los funcionarios judiciales. En otras palabras, se otorga al IIF un carácter netamente instrumental, por medio del cual se pretende que las altas corporaciones de justicia, dentro de la órbita de sus competencias, puedan considerar, luego de adoptar su decisión, los efectos fiscales

²² Por supuesto, no son los únicos pronunciamientos en la materia. Así, y más allá del otro decisorio que analizaremos aquí (Sentencia C-870 de 2014), se contabiliza, *inter alia*, la Sentencia C-332/12 de 9 de mayo de 2012, Sala Plena de la Corte Constitucional, M. P. Humberto Antonio Sierra Porto, por la que se declaró la exequibilidad [constitucionalidad] del Acto Legislativo 3 de 2011 por inexistencia de vicios de forma durante el trámite de la iniciativa.

²³ Pese a aludir a un proceso *sui generis*, la Corte Constitucional explicó que en la propia Constitución se definieron los siguientes elementos esenciales: i) la legitimación exclusiva y sin previsión de delegación a otros servidores públicos no determinados en el art. 334 de la Constitución; ii) el espacio de interlocución entre funcionarios legitimados y las altas cortes; iii) la carga argumentativa sobre las implicaciones fiscales de los fallos radica en los funcionarios legitimados y no puede trasladarse a las altas cortes; iv) el campo de acción del IIF está restringido exclusivamente a los efectos de la sentencia que son diferentes de la sentencia en sí misma considerada; v) la decisión de modular, modificar o diferir los efectos de los fallos es potestativa de la alta corte; vi) el IIF es compatible con el principio de separación de poderes y la autonomía judicial; y vii) toda decisión que se deriva del IIF está subordinada al logro y goce efectivo de los derechos fundamentales.

- que pueda tener el cumplimiento de la misma y las invita a reflexionar sobre cómo lograr su observancia, en un contexto acorde con el criterio de SF.
- Que en la medida en que el incidente corresponde a un trámite instrumental de contenido procesal, se encuentra sometido a los deberes que son exigibles para este tipo de actuaciones judiciales, en particular, la obligación de motivar las decisiones que se adopten, máxime si se opta por hacer uso de las opciones de modular, diferir o modificar los efectos del fallo correspondiente.
 - Que bajo la regla de que la SF es un criterio orientador, las autoridades judiciales no están obligadas a realizar un estudio detallado sobre el impacto fiscal de sus decisiones, ya que este análisis les corresponde a los Ministros del Gobierno o al Procurador General de la Nación cuando decidan promover el IIF.
 - Que el alcance del incidente se encuentra restringido a los efectos de la sentencia y no al contenido de la providencia en sí misma considerada, lo que implica que la decisión adoptada está protegida por la garantía de la cosa juzgada constitucional. Es en virtud de ello que el Acto Legislativo 3 de 2011 realiza una diferenciación entre la *decisión* adoptada en una sentencia y sus *efectos*.
 - Que la posibilidad de modular, modificar o diferir en el tiempo los efectos de la sentencia tiene un carácter potestativo, por cuanto: i) la obligatoriedad está circunscripta al trámite del incidente; ii) la alta corporación puede decidir autónomamente si selecciona cualquiera de las opciones establecidas en la norma constitucional, lo cual no implica adoptar una decisión particular en algún sentido; y iii) se pueden mantener las órdenes emitidas desde el principio, en cuyo caso su decisión es de obligatorio cumplimiento.
 - Que el IIF no puede despojar a las altas cortes de su labor de adoptar las decisiones a que haya lugar a la luz de la protección de los derechos de las personas.

2.3.2. Acerca de la Sentencia C-870 de 2014

Otro pronunciamiento que ofrece interés en relación con el tema que abordamos es la Sentencia C-870 de 2014,²⁴ obviamente posterior a la nombrada Ley 1.695 de 2013 que desarrolló los aspectos procedimentales del IIF.

Entre otros tópicos, algunos de los cuales serán referenciados *infra*, la Corte Constitucional analizó las *etapas procesales del IIF*: artículos 5 a 12 de la nombrada Ley 1.695 de 2013:

²⁴ Sala Plena de la Corte Constitucional, 13 de noviembre de 2014, M. P. Luis Guillermo Guerrero.

- Etapa de presentación: el incidente deberá formularse ante el magistrado de la alta corporación que actuó como ponente, dentro del término de ejecutoria del fallo. Una vez verificada su presentación en el plazo señalado, se concederá la apertura del IIF dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes, mandato que pretende optimizar la regla constitucional, conforme a la cual es obligatorio el trámite del IIF. Por ello, si este se presenta de forma extemporánea, se procederá a su rechazo, decisión que es susceptible del recurso de reposición.
- Etapa de sustentación: para ella se prevé un plazo de treinta (30) días. Si no se cumple con esta obligación, se declarará desierto. La sustentación del incidente debe dar cuenta de: i) las “posibles” consecuencias de la providencia en la sostenibilidad de las finanzas públicas; ii) las condiciones específicas que explican dichas consecuencias; y iii) los planes concretos para el cumplimiento de la sentencia o de los autos que se profieran con posterioridad a la misma, que aseguren los derechos reconocidos en ella, en un marco de SF. Asimismo, se exige que el incidente se acompañe con un concepto del Ministro de Hacienda y Crédito Público.
- Etapa de admisibilidad: se expresa en la posibilidad de adoptar las siguientes decisiones: admitir, inadmitir o rechazar el IIF. La *admisión* se decretará siempre que una vez presentado y sustentado el citado instrumento, se reúnan los requisitos señalados, mediante auto que no tendrá recursos; la *inadmisión* se dispondrá cuando no se cumplan las exigencias previstas en la ley, caso en el cual, en el auto respectivo, se incluirá una relación de los elementos que requieren mayor detalle, los que la corporación correspondiente considere ausentes o la información que estime relevante, para que se aporten en el término de cinco (5) días siguientes a la notificación; y el *rechazo* se ordenará cuando, habiendo sido inadmitido el incidente, se omitiere cumplir con la obligación de corregirlo en la oportunidad señalada.
- Etapa de la audiencia de impacto fiscal: es obligatoria la asistencia de todas las partes, aunque sólo se exige: i) la explicación del solicitante sobre “las consecuencias de la sentencia o del auto que se profiera con posterioridad a la misma, en las finanzas públicas y el plan concreto para su cumplimiento”; y ii) la conceptualización del Ministerio de Hacienda y Crédito Público sobre la materia.
- Etapa de decisión: dentro de los diez (10) días siguientes a la celebración de la audiencia, se adoptará la *decisión* sobre el incidente, en la que, con plena autonomía, las altas cortes deberán decidir si procede o no la pretensión de modular, modificar o diferir los efectos del fallo, sin que puedan cambiar su sentido, con el objeto de evitar alteraciones serias de la sostenibilidad fiscal.

Asimismo, pueden rescatarse otros elementos significativos del fallo que tratamos. Por ejemplo:

- La intención del Constituyente en cuanto a que la SF y, por ende, el IIF, debe ser siempre compatible con la protección de los derechos fundamentales, no sólo a partir de la vigencia de su núcleo esencial, sino desde una perspectiva integral referente a todo su contenido normativo, por lo que existe un expreso y manifiesto mandato de intangibilidad de las garantías constitucionales frente al alcance en general de la SF.
- El IIF es un procedimiento establecido para abrir un espacio de diálogo y deliberación entre el Gobierno nacional, el Procurador General de la Nación y las altas cortes, con miras a determinar el impacto de los efectos de sus sentencias en la SF.
- Por su propia naturaleza, el IIF debe someterse a un proceso *sui generis*, en el que el legislador puede establecer reglas particulares y concretas que determinen el alcance de sus diferentes etapas procesales. Con todo, en el desarrollo de dicha atribución, se deben respetar los aspectos procedimentales expresamente definidos por el Constituyente, entre los que se destacan: i) la distinción existente entre decisión y efectos de una sentencia, con miras a preservar la garantía de la cosa juzgada; ii) la carga de motivar toda decisión judicial, en especial cuando se hace uso de las alternativas de modular, modificar o diferir los efectos de un fallo; y iii) la imposibilidad de que el trámite del IIF menoscabe los derechos fundamentales, restrinja su alcance o niegue su protección efectiva, lo que en el fondo es una proyección de la cláusula prohibitiva referente a la garantía de los citados derechos frente a la SF.
- Las disposiciones acusadas de inconstitucionalidad que se refieren a la *acción de tutela están sometidas a reserva de ley estatutaria*, en los términos previstos en el literal 'a' del art. 152 de la CP, ya que a pesar de que el IIF responde a una naturaleza instrumental, sometido a la cláusula prohibitiva de no poder menoscabar los derechos o negar su protección efectiva (CP, art. 334), su alcance tiene la potencialidad de incidir en los efectos de las decisiones adoptadas, lo cual puede afectar la operatividad de las órdenes de amparo, en perjuicio de la realización pronta y expedita de los derechos constitucionales fundamentales.
- En definitiva, la Corte Constitucional decidió excluir la aplicación del procedimiento del IIF respecto de los juicios de amparo, motivo por el cual declaró su exequibilidad, en el entendido de que la regla de procedencia allí dispuesta respecto de dicho incidente *no aplica en relación con las providencias proferidas en el marco de la acción de tutela*.

El punto traído a colación en último término (*no aplicabilidad del procedimiento del IIF a las acciones de tutela*) aparece como uno de los más relevantes aspectos del decisorio en cuestión.

2.4. Algunas opiniones críticas. Prospectiva

Con respecto al funcionamiento del marco de SF y en particular del IIF y su relación con la protección de derechos sociales –tópico que es el que aquí interesa particularmente–, se ha dicho que efectivamente se corre el riesgo de erosión de tales derechos, ya que, nominal y normativamente, dicho incidente *sí es una figura potencialmente restrictiva de ellos*, en tanto impide el cumplimiento directo y efectivo de las sentencias judiciales (dado que la observancia de los fallos es un componente del derecho al debido proceso) y, paralelamente, permite: i) modular el fallo atacado, ii) modificarlo o iii) diferirlo.²⁵

Para Roa Roa, el IIF constituye una respuesta inadecuada para introducir la perspectiva económica en el razonamiento judicial porque implica un costo muy alto para la independencia y eficacia del sistema interno de protección de los derechos, causa una pérdida de oportunidad en el aporte del juez constitucional a la construcción de políticas públicas sostenibles y no representa ninguna ventaja para la construcción del Estado social de derecho. Además, su regulación en la Ley 1.695 de 2013 lo convierte en una herramienta idónea para la asunción de un modelo de dictadura fiscal que conducirá a la infraaplicación judicial de la Constitución o al aumento de los conflictos entre los tribunales y el Ejecutivo.²⁶

El autor citado en último término añade que el IIF es una herramienta que carece de carácter deliberativo, no se trata del único mecanismo para alcanzar la SF, fue aprobado sobre la base del mito del supuesto activismo judicial de la Corte Constitucional y tiene aspectos negativos sobre el sistema de protección de los derechos fundamentales.²⁷

En definitiva, el IIF en cuestión (dentro del marco de la SF) ofrece algunas dudas y aparece prospectivamente como una incógnita, si el propósito de racionalizar el impacto fiscal de las decisiones judiciales terminará o no afectando negativamente a las magnitudes protectivas de los derechos sociales, muchos de los cuales se encuentran estrechamente ligados a la dignidad de los componentes de los grupos más excluidos de la sociedad.

Asimismo, quedan abiertos algunos interrogantes no menores en torno a si la SF en general y el IIF en particular podrían menoscabar relevantes principios tuitivos de los DESC, como el de progresividad y el de no regresividad injustificada.

²⁵ Cfr. Manuel Quinche Ramírez, en una opinión que tuvo la gentileza de enviarnos a propósito del presente trabajo.

²⁶ Jorge E. Roa Roa, “El incidente de impacto fiscal y la legitimidad democrática de los tribunales constitucionales”, *Serie Documentos de Trabajo*, núm. 46, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, Departamento de Derecho Constitucional, 2015, p. 2. Disponible en: http://www.academia.edu/12250117/El_Incidente_de_Impacto_Fiscal_y_la_legitimidad_democr%C3%A1tica_de_los_tribunales_constitucionales.

²⁷ *Ibid.*, p. 12.

Es también un enigma predecir si el IIF engendrará fricciones institucionales entre la Rama Judicial y la Rama Ejecutiva, ya que, para algunos autores, el incidente deteriora la autonomía del poder judicial.

Ojalá que prime la prudencia y la racionalidad para evitar que el IIF se convierta en un severo obstáculo que impida o mediatice la efectividad de las sentencias en materia de derechos humanos. Ello implicaría entronizar una visión pura y fría-fiscal y económica que, con la excusa de asegurar la sanidad de las finanzas o de paliar las insuficiencias presupuestarias, a modo de censor tendría la última palabra para disponer a voluntad la apertura o el cierre de la válvula que conduzca, respectivamente, a la protección o la desprotección de los DESC.

Un elemento indudablemente positivo perfilado por la Corte Constitucional en la Sentencia C-870 de 2014 consiste en la *inaplicabilidad del IIF a las acciones de tutela*, sometidas a reserva de ley estatutaria.

Asimismo, nos parece que en toda solución que hubiera de adoptarse en relación con los incidentes de impacto fiscal, las altas cortes intervinientes en ellos deberían hacer gala de una prudente compenetración con las premisas fundamentales del derecho internacional de los derechos humanos, como por ejemplo, el crucial principio *pro persona*.

No debe olvidarse que los derechos fundamentales y la dignidad humana, consustancial a estos, así como también la sana pervivencia del Estado social de derecho (principio fundamental que se dispara desde el propio artículo inaugural de la CP), *están en juego y en serio riesgo*. Este punto nos abre el camino hacia la cuestión que abordaremos a continuación.

3. En torno a la dignidad humana, los contenidos esenciales de los derechos económicos, sociales y culturales, y otros temas

3.1. Mínimo vital y dignidad humana

3.1.1. Consideraciones preliminares

Es por medio de hechos y no de fraseología vana como debe garantizarse un *mínimo vital* intangible (“derecho a la supervivencia”,²⁸ en la visión de Ferrajoli) en tanto umbral básico de reaseguro de la dignidad humana.

Con miradas en cierta medida convergentes, desde que apuntan a los límites a los poderes públicos –incluidos los de la mayoría– respecto de los derechos, aunque

²⁸ Luigi Ferrajoli, “Las garantías constitucionales de los derechos fundamentales”, *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 29, trad. de Alí Lozada, 2006, p. 19.

también con diferencias,²⁹ Ferrajoli acuña el concepto de ‘esfera de lo no decidible’, Bobbio el de ‘territorio inviolable’ y Garzón Valdés el de ‘coto vedado’.

Entre otras características de esa construcción teórica de Ferrajoli, la ‘esfera de lo no decidible’ demarca un terreno blindado frente a ciertas intervenciones invasivas, pero también un marco de deberes positivos. O sea, se trata de un territorio defendido por prohibiciones: límites de carácter negativo impuestos al legislador –lo que no puede ser decidido por este– en garantía de los derechos de libertad; pero también un espacio de obligaciones: vínculos positivos, igualmente impuestos al legislador –lo que debe ser decidido por este– en garantía de los derechos sociales.³⁰

A su tiempo, Bobbio precisa:

Todas las constituciones liberales se caracterizan por la afirmación de los derechos del hombre y del ciudadano, calificados de “inviolables”. Ahora bien, *lo inviolable reside precisamente en que esos derechos no pueden limitarse, y mucho menos suprimirse, por medio de una decisión colectiva, aunque ésta sea mayoritaria*. Por su carácter de inalienables frente a cualquier decisión mayoritaria, estos derechos fueron llamados derechos contra la mayoría [...]. La amplia esfera de los derechos de libertad puede interpretarse como una *especie de territorio fronterizo ante el cual se detiene la fuerza del principio mayoritario*.³¹ (Énfasis agregado)

Según interpreta Bovero, entre otros derechos que integrarían ese “territorio –o frontera– inviolable” deben incluirse ciertos derechos sociales como *precondiciones de la democracia*: el derecho a la instrucción (entendido como la educación del ciudadano) y *el derecho a la subsistencia*.³²

En su matriz de análisis, Garzón Valdés se refiere al ‘coto vedado’³³ o conjunto de valores últimos. En el fondo, este exige cierto grado de homogeneidad social, esto es que, conjuntamente con derechos y libertades, debe concurrir un determinado nivel de igualdad de bienes, recursos y servicios.

Al respecto, Cruz Parceró apunta que “ese *mínimo* de condiciones no es poco y lo que se consigue es una concepción de los derechos sociales como derechos hu-

²⁹ El propio Ferrajoli se encarga de marcar dichas diferencias en “La esfera de lo indecible y la división de poderes”, *Estudios Constitucionales*, año 6, núm. 1, trad. de Miguel Carbonell, 2008, pp. 337-343.

³⁰ Ver Perfecto Andrés Ibáñez, “Valores de la democracia constitucional”, *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 31, 2008, p. 209.

³¹ Norberto Bobbio, *Teoría general de la política*, trad. de Antonio de Cabo y Gerardo Pisarello, Madrid, Trotta, 2005, pp. 478-479.

³² Michelangelo Bovero, “Qué no es decidible. Cinco regiones del coto vedado”, *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 31, trad. de Álvaro Núñez Vaquero, 2008, p. 222.

³³ Como se sabe, Garzón Valdés toma la expresión ‘coto vedado’ del título de un libro autobiográfico del escritor Juan Goytisolo: *Coto vedado* (Barcelona, Seix Barral, Biblioteca Breve, 1985); publicado en inglés como *Forbidden Territory* y en francés como *Chasse gardée*.

manos, es decir, como un tipo especial de derechos de la más alta jerarquía que deben de garantizarse para *todos* sin importar el estatus de ciudadanía que se tenga”³⁴ (énfasis del original).

3.1.2. *Ciertos antecedentes jurisprudenciales en torno de la vinculación entre el mínimo vital y la dignidad humana*

Sin duda, existe un ligamen sumamente estrecho entre el *mínimo vital*³⁵ o *mínimo existencial* y la *dignidad humana*.

Sobre el punto y al solo efecto ilustrativo, vale citar algunas manifestaciones jurisprudenciales de ciertos órganos máximos de justicia constitucional (la Corte Constitucional de Colombia y el Tribunal Constitucional Federal alemán o *Bundesverfassungsgericht, BVerfGE*) en torno a aquel intenso vínculo al que referíamos.

En ese sentido, ya en un lejano pronunciamiento, concretamente la Sentencia T-426 de 1992,³⁶ la Corte Constitucional señaló: “Toda persona tiene derecho a un mínimo de condiciones para su seguridad material. El *derecho a un mínimo vital* –derecho a la subsistencia como lo denomina el peticionario– *es consecuencia directa de los principios de dignidad humana y de Estado social de derecho* que definen la organización política, social y económica justa acogida como meta por el pueblo de Colombia en su Constitución” (énfasis agregado).

El *mínimo vital* es, en puridad, un *derecho fundamental* diseñado pretorianamente por la Corte Constitucional, que en el particular exhibe una línea jurisprudencial evolutiva muy reveladora.

Para dicho tribunal, el concepto de mínimo vital debe ser evaluado desde un punto de vista de la satisfacción de las necesidades mínimas del individuo, por lo cual es necesario evaluar las circunstancias de cada caso concreto, *haciendo una valoración que se encamine más hacia lo cualitativo que a lo cuantitativo* (v. gr., Sentencia T-338 de 2001³⁷), verificándose que quien alega su vulneración tenga las posibilidades de disfrutar de la satisfacción de necesidades como *la alimentación, el vestuario, la salud, la educación, la vivienda y la recreación*, como mecanismos para hacer realidad su *derecho a la dignidad humana* (por ejemplo, Sentencia T-581A de 2011).³⁸

³⁴ Juan A. Cruz Parceró, “Leones, lenguaje y derechos. Sobre la existencia de los derechos sociales (Réplica a Fernando Atria)”, *Discusiones. Derechos Sociales*, núm. 4, 2004, p. 87.

³⁵ Un acercamiento a la cuestión puede verse en Encarna Carmona Cuenca, “El derecho a un mínimo vital”, en Guillermo Escobar Roca (dir.), *Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria*, Navarra, Thomson Reuters - Aranzadi, 2012, pp. 1577-1616.

³⁶ Sala Segunda de Revisión de la Corte Constitucional, 24 de junio de 1992, M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

³⁷ Sala Sexta de Revisión de la Corte Constitucional, 29 de marzo de 2001, M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

³⁸ Sala Segunda de Revisión de la Corte Constitucional, 25 de julio de 2011, M. P. Mauricio González Cuervo.

En esa línea, el derecho al mínimo vital ha sido desarrollado jurisprudencialmente como un aspecto de naturaleza fundamental *relacionado con la dignidad humana*. Así, la Corte Constitucional ha mantenido que justamente *el principio constitucional de dignidad humana*, sobre el que se establece el Estado social de derecho, *sirve de fundamento al derecho al mínimo vital*, cuyo objeto no es otro que garantizar las condiciones materiales más elementales, sin las cuales la persona arriesga perecer y quedar convertida en un ser que sucumbe ante la imposibilidad de asegurar autónomamente su propia subsistencia (Sentencia T-458 de 1997).³⁹

Por su lado, en un pronunciamiento no muy lejano en el tiempo (9 de febrero de 2010), el *BVerfGE* resolvió el caso llamado *Hartz IV*.⁴⁰ Esta denominación (que en menor medida es también conocida como *Arbeitslosengeld II*, asignación para desempleados) responde al nombre de su autor, el economista Peter Hartz, y hace referencia a una discutible normativa en materia de subsidios sociales materializada en 2005, donde el *BVerfGE* entendió que no resultaba transparente ni garantizaba el derecho a un *mínimo de subsistencia digna*, vulnerando de tal modo el art. 1.1 de la Ley Fundamental (*Grundgesetz*) en relación con su art. 20.1, o sea, respectivamente, la intangibilidad de la dignidad humana y el Estado social. El tribunal sostuvo que el derecho fundamental a la garantía de un *mínimo vital* que esté en consonancia con la *dignidad humana*, en conexión con el principio del *Estado social*, garantiza a cada persona en necesidad de asistencia las condiciones materiales indispensables para su existencia física y un mínimo de participación en la vida social, cultural y política. Se ha dicho que la sentencia puede ser leída como (posiblemente) la primera conceptualización por parte de un tribunal constitucional de un derecho fundamental socioeconómico a obtener beneficios legales estatales.⁴¹

Por último, debe subrayarse que los derechos sociales buscan garantizar unas *condiciones materiales de vida digna para todos los ciudadanos*, bajo el entendimiento de que dichas condiciones, además de su valor intrínseco, constituyen el presupuesto fáctico indispensable para el ejercicio efectivo de los restantes derechos por todos sus titulares, paralelamente a que la *elevación del mínimo existencial* que suponen

³⁹ Sala Tercera de Revisión de la Corte Constitucional, 24 de septiembre de 1997, M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

⁴⁰ *BVerfGE* 125 (175), 1 BvL 1/09; 1 BvL 3/09 y 1 BvL 4/09. El texto de la sentencia en alemán e inglés puede verse en el sitio oficial del *Bundesverfassungsgericht*. Disponible en: http://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/EN/2010/02/l20100209_1bvlo00109en.html.

⁴¹ Ver Claudia Bittner, "Casenote. Human Dignity as a Matter of Legislative Consistency in an Ideal World: The Fundamental Right to Guarantee a Subsistence Minimum in the German Federal Constitutional Court's Judgment of 9 February 2010", *German Law Journal*, vol. 12, núm. 11, pp. 1941-1942. Disponible en: https://www.germanlawjournal.com/pdfs/Vol12-No11/PDF_Vol_12_No_11_1941-1960_Bittner%20FINAL.pdf.

hace posible el proceso de integración social que el Estado y la sociedad requieren para subsistir.⁴²

3.2. Contenidos mínimos de los derechos económicos, sociales y culturales, principio de proporcionalidad y otras cuestiones

3.2.1. *A propósito de los contenidos mínimos de los DESC*

En líneas generales, con los matices que indicaremos y en mayor o menor medida, cada DESC cuenta con un *contenido mínimo* que actúa *positivamente*, pues debe ser aplicado inmediata y directamente; pero también opera *negativamente* como límite al legislador, en tanto este no podría dictar medidas normativas que transgredan irrazonablemente dicho umbral esencial.

Cabe preguntarse si ese contenido mínimo es siempre fijo e inmutable. Pensamos que una visión que lo perciba como absolutamente rígido e inalterable no sería, precisamente, la más acertada.⁴³ Al respecto, consideramos que el punto debe ser analizado según las particularidades de cada caso y de cada derecho, las circunstancias de tiempo y lugar y las características contextuales; y, luego, a partir de la aplicación de instrumentos como el principio de proporcionalidad, procurar en la medida de lo posible robustecerlo cualitativamente de manera progresiva o al menos intentar que no se diluya con retrogradaciones injustificadas.

Según el análisis que efectúa Pisarello,

los elementos que configuran el contenido mínimo o esencial de un derecho no son rígidos ni pueden plantearse en términos abstractos o simplemente teóricos: varían de derecho a derecho, están condicionados por el contexto en el que se aplican, y admiten una permanente actualización histórica. Así, lo que en un ordenamiento o en un contexto dados podría considerarse el

⁴² Néstor Osuna Patiño, "El derecho fundamental a la vivienda digna, seña del Estado social de derecho. Controversias sobre su aplicación judicial", *Revista Derecho del Estado*, núm. 14, 2003, p. 95.

⁴³ Se ha sostenido que la determinación del contenido esencial como expresión de un *núcleo sustancial, absoluto, estable e inalterable* de los derechos fundamentales tiene su origen en la teoría de la garantía institucional desarrollada en la República de Weimar. Paralelamente, se advirtió que la aplicación actual de los efectos de la garantía institucional sobre el contenido esencial de los derechos fundamentales presenta varios inconvenientes, entre los que se cuenta el siguiente: considerar que un derecho fundamental está compuesto por un núcleo y una periferia, de tal modo que la infracción del núcleo produce la inconstitucionalidad de la medida legislativa, tiene como consecuencia excluir del control de constitucionalidad la parte periférica o accidental del derecho, con lo que el parámetro del control no es el precepto constitucional completo sino sólo una parte del mismo (*vid.* Juan C. Gavara de Cara, *Derechos fundamentales y desarrollo legislativo. La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales en la ley fundamental de Bonn*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1994, pp. 327-328).

núcleo mínimo o esencial de un derecho, en otros representaría su contenido máximo o simplemente adicional. La frontera, en consecuencia, entre lo que desde un punto de vista material pueda considerarse *básico o esencial* y lo que, por el contrario, pueda reputarse *adicional o accidental*, será siempre una frontera móvil, histórica y abierta. Pero será también una barrera insoslayable y en ningún caso inexistente que obliga a un permanente trazado de límites entre justicia y política, entre jueces y legisladores. Esa tarea de delimitación supone una división de tareas conflictiva y nunca resuelta de antemano, en la que los primeros deben preservar el contenido mínimo de los diferentes derechos y los segundos mantenerlos o desarrollarlos, pero nunca aniquilarlos o desvirtuarlos, por acción u omisión.⁴⁴ (Énfasis del original)

Gavara de Cara ha puntualizado que, desde un punto de vista estrictamente conceptual, “la garantía del contenido esencial de los derechos, con independencia del sentido que se le atribuya, debe ser entendida como una regla de rechazo, es decir como un enunciado jurídico que califica como inválidos otros enunciados jurídicos”.⁴⁵

La tesis alemana del “límite a los límites” (*Schranken-Schranke*) se refiere por ejemplo (y valga la tautología) a las restricciones que debe observar una ley limitativa de un derecho fundamental, por ejemplo, la preservación del contenido esencial y el principio de proporcionalidad.⁴⁶

Salvando las distancias, en cierto sentido dicha cuestión se asemeja a lo normatizado en el artículo 28 de la Constitución argentina, que estatuye: “Los principios, garantías y derechos reconocidos en los anteriores artículos, *no podrán ser alterados por las leyes que reglamenten su ejercicio*” (énfasis agregado). En otras palabras, los principios, garantías y derechos pueden ser reglamentados (he aquí un límite que marca que *no son absolutos*: su reglamentación), pero, a su vez, tal regulación del ejercicio de aquellos no puede alterarlos o desnaturalizarlos, con lo cual se entroniza allí *un límite a los límites*.

Sánchez Gil, a quien seguiremos en esta parte de la exposición, manifiesta que la idea del contenido esencial de los derechos fundamentales se incluyó en el art. 19.2 de la Ley Fundamental alemana (y en el art. 53.1 de la Constitución española)⁴⁷

⁴⁴ Gerardo Pisarello, *Los derechos sociales y sus garantías. Elementos para su reconstrucción*, Madrid, Trotta, 2007, pp. 85-86.

⁴⁵ Gavara de Cara, *op. cit.*, p. 142.

⁴⁶ Específicamente sobre este principio, ver Carlos Bernal Pulido, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, 2ª ed., Madrid, CEPC, 2005, *passim*.

⁴⁷ Sin perjuicio del reenvío a tal obra, nos permitimos mencionar que al referirse al método de ponderación de bienes, Gavara de Cara distingue entre *ponderación abstracta* y *ponderación concreta*. Esta última se conecta a la aplicación del principio de proporcionalidad, principio que en sentido *amplio* “consiste en la utilización de diversos controles con el fin de determinar si una medida de desarrollo o de aplicación de un derecho fundamental es contraria a la Constitución”. Tales controles son: de *idoneidad* (comprobar si la medida es

para evitar la excesiva restricción de esos derechos y que las limitaciones que se les impongan vacíen (*aushöhlen*) su contenido normativo.⁴⁸

En una simplificación máxima del problema, *dos distintas teorías* tratan de explicar el contenido esencial de los derechos fundamentales: *absoluta y relativa*. La primera (absoluta) imagina el ámbito normativo de los derechos fundamentales como el área de dos círculos concéntricos. Considera a la parte formada por el círculo interior como un núcleo fijo e inmutable de esos derechos, y a la sección circunferencial exterior como lo accesorio o contingente. Tal núcleo sería la parte intocable de estos y cualquier afectación a su respecto sería ilícita, mientras que en la parte contingente se pueden establecer las restricciones y limitaciones que se consideren necesarias y justificadas.⁴⁹

La segunda (relativa) entiende que el contenido esencial de los derechos fundamentales no es preestablecido ni fijo sino determinable sólo casuísticamente en atención a las circunstancias del caso y, luego de ponderarse los beneficios y perjuicios que se produzcan en él, tanto para el derecho intervenido como para el bien protegido a través de su limitación.⁵⁰

El principio de proporcionalidad o razonabilidad se adscribe a esta última (teoría relativa), al establecer el “límite de los límites” de los derechos fundamentales

adecuada a la finalidad perseguida), de *necesidad* (constatar que el perjuicio ocasionado en el derecho fundamental es el menor posible) y de *racionalidad* (justificar que el perjuicio que ocasiona la medida no guarda relación con la finalidad perseguida). Estos tres controles dan lugar a la formación de tres *subprincipios*: de *adecuación* (determinar si una medida estatal que interviene en los derechos fundamentales reúne las condiciones necesarias para alcanzar la finalidad que pretende); de *necesidad* (determinar, respecto de la medida legislativa de limitación, que no existe otra igualmente efectiva que suponga una menor restricción para el derecho fundamental afectado); y de *proporcionalidad en sentido estricto* (presupone que la aplicación de una determinada medida legislativa para alcanzar una necesidad no debe ser irrazonable, o sea que debe haber una conexión razonablemente proporcionada entre la medida adoptada y la finalidad que se pretende) [*Ibid.*, pp. 332-334].

Como puede suponerse, no son los únicos casos en Europa. Así, por ejemplo, el art. 18.3 de la Constitución de Portugal establece: “Las leyes restrictivas de derechos, libertades y garantías deben revestir carácter general y abstracto y *no pueden tener efecto retroactivo ni disminuir la extensión y el alcance del contenido esencial de los preceptos constitucionales*”; y el art. 36.4 de la Constitución suiza dispone: “El *contenido esencial de los derechos fundamentales es inviolable*” (énfasis agregado en ambos casos). Por su parte, en el marco comunitario europeo, el art. 52.1 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea dispone: “*Cualquier limitación del ejercicio de los derechos y libertades reconocidos por la presente Carta deberá ser establecida por la ley y respetar el contenido esencial de dichos derechos y libertades*. Dentro del respeto del principio de proporcionalidad, sólo podrán introducirse limitaciones cuando sean necesarias y respondan efectivamente a objetivos de interés general reconocidos por la Unión o a la necesidad de protección de los derechos y libertades de los demás” (énfasis agregado).

⁴⁸ Rubén Sánchez Gil, *El principio de proporcionalidad*, México, D. F., Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 2007, p. 111.

⁴⁹ *Ibid.*, pp. 111-112.

⁵⁰ *Ibid.*, p. 112.

en cada caso concreto y de acuerdo con las circunstancias en que se relacionen los bienes jurídicos “colidentes” en ellos, oponiéndose a la teoría absoluta, que distingue un núcleo intangible e inmutable en toda situación.⁵¹

Para que una medida legislativa que intervenga un derecho fundamental sea lícita, el fin que se propone debe satisfacerse de manera equivalente o mayor al perjuicio que ocasiona a aquel. Por lo demás, la literatura jurídica –no sin matices– sostiene que *el contenido esencial de los derechos fundamentales es definido por el principio de proporcionalidad* como una relación de la concordancia práctica entre bienes jurídicos diversos que debe orientar a la interpretación constitucional.⁵²

En esa línea se pronuncian, por ejemplo, autores de la talla de Alexy⁵³ o Hesse.⁵⁴

3.2.2. Sobre ciertas pautas sentadas por órganos internacionales de supervisión del cumplimiento de los DESC y algunas referencias a instrumentos de soft law

Aunque en relación con otro aspecto, particularmente el del artículo 21.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), que dispone que *la ley puede subordinar el uso y goce de los bienes al interés social*, pero en conexión con la dimensión comunal (o colectiva) indígena del derecho de propiedad, la Corte IDH ha especificado:

[L]a necesidad de las restricciones legalmente contempladas dependerá de que estén orientadas a satisfacer un interés público imperativo, siendo insuficiente que se demuestre, por ejemplo, que la ley cumple un propósito útil u oportuno. La *proporcionalidad radica en que la restricción debe ajustarse estrechamente al logro de un legítimo objetivo, interfiriendo en la menor medida posible en el efectivo ejercicio del derecho restringido*. Finalmente, para que sean compatibles con la Convención las restricciones deben justificarse según objetivos colectivos que, por su importancia, preponderen claramente sobre la necesidad del pleno goce del derecho restringido.⁵⁵ (Énfasis añadido)

⁵¹ *Idem*.

⁵² *Ibid.*, p. 115.

⁵³ Robert Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, trad. de Ernesto Garzón Valdés, Madrid, CEPC, 2001, p. 288.

⁵⁴ Konrad Hesse, “Significado de los derechos fundamentales”, en E. Benda, W. Maihofer, H. J. Vogel, K. Hesse y W. Heyde (eds.), *Manual de derecho constitucional*, trad. al castellano de Antonio López Pina, Madrid, Instituto Vasco de Administración Pública - Marcial Pons, 1996, p. 110.

⁵⁵ Corte IDH, *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay*, Sentencia de 17 de junio de 2005, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, núm. 125, párr. 145. También, *mutatis mutandis*, *Caso Ricardo Canese vs. Paraguay*, Sentencia de 31 de agosto de 2004, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, núm. 111, párr. 96.

De hecho, el tribunal interamericano ha sostenido que, cuando la propiedad comunal indígena y la propiedad privada particular entran en contradicciones reales o aparentes, la propia CADH y la jurisprudencia del tribunal proveen las pautas para definir las restricciones admisibles al goce y ejercicio de estos derechos: a) deben estar establecidas por ley, b) deben ser necesarias, c) deben ser proporcionales y d) deben hacerse con el fin de *lograr un objetivo legítimo en una sociedad democrática*.⁵⁶

Es también útil evocar que el Comité de DESC ha expresado: “Así como la comunidad internacional insiste en que todo Estado objeto de sanciones debe respetar los derechos civiles y políticos de sus ciudadanos, así también ese *Estado y la propia comunidad internacional deben hacer todo lo posible por proteger como mínimo el contenido esencial de los derechos económicos, sociales y culturales de las personas afectadas de dicho Estado*”⁵⁷ (énfasis agregado).

El aludido Comité ha expresado también que *la dignidad inherente a la persona humana, de la que se dice derivan los derechos del PIDESC*, exige que el término “vivienda” se interprete en un sentido que tenga en cuenta otras diversas consideraciones, principalmente que el derecho a la vivienda se debe garantizar a todos, sean cuales fueren sus ingresos o su acceso a recursos económicos.⁵⁸ Asimismo, ha manifestado que los elementos del derecho al agua deben ser “*adecuados*” a la *dignidad, la vida y la salud humanas*, de conformidad con el párrafo 1 del artículo 11 y el artículo 12 del PIDESC.⁵⁹

En la misma línea se inscriben, por ejemplo, el Protocolo Adicional a la CADH en materia de DESC (Protocolo de San Salvador), cuyo artículo 5, titulado “Alcance de las restricciones y limitaciones”, reza: “Los Estados partes *sólo podrán establecer restricciones y limitaciones al goce y ejercicio de los derechos establecidos en el presente Protocolo mediante leyes promulgadas con el objeto de preservar el bienestar general dentro de una sociedad democrática, en la medida que no contradigan el propósito y razón de los mismos*”; y el artículo 4 del PIDESC, que establece: “Los Estados partes en el presente Pacto reconocen que, en ejercicio de los derechos garantizados conforme al presente Pacto por el Estado, *éste podrá someter tales derechos únicamente a limitaciones determinadas por ley, sólo en la medida compatible con la naturaleza de esos derechos y con el exclusivo objeto de promover el bienestar general en una sociedad democrática*” (Énfasis añadidos en todos los casos).

⁵⁶ Corte IDH, *Caso Comunidad indígena Yakye Axa vs. Paraguay*, cit., párr. 144.

⁵⁷ Comité de DESC, OG 8, ‘Relación entre las sanciones económicas y el respeto de los derechos económicos, sociales y culturales’, 17º período de sesiones (1997), párr. 7, E/C.12/1997/8.

⁵⁸ Comité de DESC, OG 4, ‘El derecho a una vivienda adecuada (PIDESC, párr. 1, art. 11)’, 6º período de sesiones (1991), párr. 7, E/1991/23.

⁵⁹ Comité de DESC, OG 15, ‘El derecho al agua (PIDESC, arts. 11 y 12)’, 29º período de sesiones (2002), párr. 11, E/C.12/2002/11.

Específicamente en torno a tal cláusula del PIDESC, y aunque se trate de manifestaciones de *soft law*, es significativo traer a colación los Principios de Limburgo relativos a la aplicación de tal Pacto,⁶⁰ que indican:

- En relación con *limitaciones* a los DESC, aquella disposición (PIDESC, art. 4) tenía como objetivo inicial la protección de los derechos de los individuos y, en cambio, no el de permitir la imposición de limitaciones por parte del Estado (Principio 46); además de que el propósito de dicha norma no era introducir limitaciones a los derechos relativos a la supervivencia del individuo ni a la integridad de la persona (Principio 47).
- Con respecto a la expresión *determinadas por ley*, no se deberá limitar el ejercicio de derechos económicos, sociales y culturales, a menos que así lo disponga la legislación nacional de aplicación general, consistente con los principios del Pacto y en vigor en el momento de la aplicación de la limitación (Principio 48); las leyes que impongan limitaciones al ejercicio de derechos económicos, sociales y culturales no deberán ser arbitrarias, insensatas, ni discriminatorias (Principio 49); todos los actos legales que limiten el ejercicio de derechos económicos, sociales y culturales deberán ser claros y accesibles para todos (Principio 50); y se deberá proporcionar todo tipo de salvaguardias adecuadas y recursos eficaces contra la imposición ilegal o abusiva de limitaciones a los DESC (Principio 51).
- En cuanto a *promover el bienestar general*, esta expresión supone que deberá reflejarse un incremento del bienestar del pueblo en su conjunto (Principio 52).
- En punto a la frase “*en una sociedad democrática*”, deberá interpretarse como una restricción adicional al establecimiento de limitaciones (Principio 53); el Estado que impone limitaciones debe demostrar que estas no perjudican el funcionamiento democrático de la sociedad (Principio 54); y al no existir un modelo único de sociedad democrática, se considerará como tal a la sociedad que reconoce y respeta los derechos humanos esta-

⁶⁰ Los Principios de Limburgo sobre la Aplicación del PIDESC fueron aprobados por un grupo de expertos en derecho internacional, reunidos del 2 al 6 de junio de 1986 en Maastricht, convocados al efecto por la Comisión Internacional de Juristas, la Facultad de Derecho de la Universidad de Limburg (Maastricht) y el Instituto de Derechos Humanos Urban Morgan, Universidad de Cincinnati (Ohio). El propósito de la reunión fue analizar la naturaleza y el alcance de las obligaciones de los Estados partes conforme al PIDESC; la consideración, por parte del por entonces recientemente constituido Comité de DESC, de los informes presentados por los Estados partes, y la cooperación internacional bajo la Parte IV del Pacto.

Las alusiones hechas aquí fueron tomadas de *Los derechos económicos, sociales y culturales. Manual para las instituciones nacionales de derechos humanos*, Serie de Capacitación Profesional, núm. 12, Nueva York y Ginebra, Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, ONU, 2004, anexo 6, pp. 131-141, en particular, pp. 135-136.

blecidos en la Carta de las Naciones Unidas y en la Declaración Universal de los Derechos Humanos (Principio 55).

- Acerca de que la restricción debe ser *compatible con la naturaleza de esos derechos*, el Principio 56 estipula que ello no deberá interpretarse o aplicarse si, por este proceder, se amenaza la esencia misma del derecho en cuestión, es decir –agregamos por nuestra parte– que no puede vulnerar el *contenido esencial de tal derecho*.

Por su parte, las Directrices de Maastricht sobre violaciones de los derechos económicos, sociales y culturales⁶¹ también aportan consideraciones de utilidad respecto del tópico que examinamos. En tal sentido, la parte introductoria del Principio 14 establece: “Pueden producirse violaciones de los derechos económicos, sociales y culturales por una acción directa del Estado o de otras entidades insuficientemente administradas por el Estado. Como ejemplos de tales violaciones cabe citar las siguientes”:

- a) La *derogación o suspensión* oficiales de las disposiciones legislativas necesarias para el goce permanente de un derecho económico, social y cultural ya reconocido.
- b) La *denegación activa* de estos derechos a individuos o grupos concretos por una discriminación de carácter legislativo o por la fuerza.
- c) El *apoyo activo* a medidas adoptadas por terceros que son incompatibles con los DESC.
- d) La *adopción de disposiciones legislativas o de políticas que son manifiestamente incompatibles con obligaciones jurídicas preexistentes relacionadas con estos derechos*, salvo si ello se hace con el firme objetivo de acrecentar la igualdad y aumentar la efectividad de los derechos económicos, sociales y culturales para los grupos más desvalidos.
- e) La adopción de cualquier *medida deliberadamente regresiva* que reduzca el alcance de la garantía de este derecho.
- f) La *obstrucción deliberada o la interrupción del logro progresivo* de un derecho garantizado por el Pacto, salvo en el caso de que el Estado actúe dentro de los límites autorizados por el Pacto o de que su acción se deba a la falta de recursos disponibles u obedezca a fuerza mayor.
- g) La *reducción o el mal uso de inversiones públicas concretas*, cuando tengan como consecuencia la anulación de los derechos y no vayan acompañados

⁶¹ Adoptadas por un grupo de expertos cuyas discusiones se desarrollaron entre el 22 y el 26 de enero de 1997. Se trata de un documento interpretativo al que recurren frecuentemente los órganos de supervisión de tratados internacionales en el campo de los DESC (UN Document E/C.12/2000/13).

Las referencias efectuadas en el texto se extrajeron de la obra citada en la última parte de la nota anterior, anexo 5, pp. 123-130, en particular, p. 126.

por medidas adecuadas para garantizar derechos mínimos de subsistencia para todos.

Para finalizar este tramo del trabajo que focaliza el concepto de *dignidad humana*, es útil mencionar –con Garzón Valdés– que puede ser considerado como aquel que fija el umbral mínimo a partir del cual pueden diseñarse diversas regulaciones para la adjudicación y/o distribución de bienes en una sociedad.⁶² Semejante concepto, para tal autor, tiene un carácter adscriptivo, al atribuir a todo ser humano viviente una característica moralmente relevante, cual es la de ser siempre portador de derechos y, cuando sus condiciones físicas y/o psíquicas se lo permitan, agente de deberes.⁶³

Pero, además, siempre en verba garzoniana y para dar paso a las consideraciones de cierre de este trabajo, “el concepto de dignidad humana cumple una especie de función ‘trascendental’ en el sentido kantiano de la palabra: recurrimos a él para precisar *el contenido y alcance no sólo de los derechos humanos sino de una regulación jurídico-política moralmente justificable*”⁶⁴ (énfasis agregado).

4. Epílogo

Recreados los aspectos liminares de la cuestión (los derechos sociales en épocas de emergencias y crisis económicas, y otras facetas circundantes) y transitado el camino argumental propuesto para este trabajo, aunque sin pretensión alguna de agotar una temática tan compleja como multifacética, ofreceremos algunas observaciones finales que se asociarán a otras formuladas en el nudo del ensayo.

En punto al alcance y grado de operatividad de los DESC, la búsqueda debe orientarse hacia un *concepto sustentable de progresividad* que no disuelva esta gradualidad en una latencia *sine die*, sino que refleje positivamente su ingrediente de “equidad social”.⁶⁵

1. La *progresividad* debe ser *concreta y real*. En otras palabras, una *progresiva efectividad* de aquellos derechos como producto de una interpretación evolutiva de los instrumentos internacionales sobre derechos humanos, coherente con el eminente principio *pro persona*.

⁶² Ernesto Garzón Valdés, “¿Cuál es la relevancia moral del concepto de dignidad humana?”, *Propuestas*, Madrid, Trotta, 2011, p. 100.

⁶³ *Ibid.*, p. 101.

⁶⁴ *Ibid.*, pp. 101-102.

⁶⁵ Respecto de esta última afirmación en torno al ingrediente de “equidad social” que debe caracterizar a esa progresividad, ver el apartado 3 del voto concurrente razonado del juez Sergio García Ramírez en la sentencia de fondo pronunciada por la Corte IDH en el *Caso Cinco Pensionistas vs. Perú*, Sentencia de 28 de febrero de 2003, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, núm. 98.

Ese mandato de *desarrollo progresivo* se debe combinar con la *prohibición de retrogradación injustificada o de retroceso deliberado*.

Sea como sea, si igualmente se adoptaran medidas *a priori* incausadamente regresivas o si, *prima facie*, no se cumpliera con el deber de llevar adelante un nivel razonable de progresividad, aquellas serían *revisables judicialmente*, posándose la *carga de la prueba* sobre el Estado, el que como hipótesis de mínima debería acreditar que ha logrado alcanzar magnitudes tuitivas sustentables.

2. Existe un nexo muy intenso entre los DESC, sus contenidos esenciales y la dignidad inherente a la persona humana. Los elementos que integran los contenidos mínimos de cada derecho económico, social o cultural no son fijos, rígidos ni inmutables, sino que en el supuesto de existir leyes u otras medidas que busquen limitarlos, el asunto debe ser abordado tomando en consideración las especificidades de cada caso y de cada derecho, las circunstancias de tiempo y lugar y las singularidades contextuales.

Y, en tal escenario, la labor jurisdiccional deberá, en particular, orientarse hacia el empleo de mecanismos útiles como –sólo por citar un ejemplo– el principio de proporcionalidad para examinar cada asunto específico; y, en general, trazar una línea hermenéutica que lleve a fortalecerlos cualitativamente de modo progresivo o, como hipótesis básica e irreducible, cuidar que no se diluyan al calor de retracciones injustificadas.

3. Es precisamente en épocas de crisis financieras y/o económicas cuando se torna más nítida e imperiosa la necesidad de acrecentar la *protección de los derechos de los grupos y personas más débiles y vulnerables*.

En esa línea, las medidas que se adopten para paliar aquella situación crítica deberán tener siempre como límites infranqueables el *contenido esencial* de cada uno de los derechos sociales en juego (y en riesgo) y, por supuesto, la *dignidad de la persona*, eje alrededor del cual gira todo modelo tuitivo de derechos y garantías.

4. Como mensaje final, creemos indispensable insistir en que las obligaciones internacionales asumidas por los Estados en el área de los DESC *no son derogables*. De hecho, su cumplimiento deviene aún más inexcusable y cardinal en tiempos de crisis y ajustes, escenarios que suelen testimoniar que los efectos de tales procesos usualmente golpean con fuerza a las comunidades más marginadas y desposeídas, agravando las de por sí marcadas desigualdades que soportan incluso en momentos de supuesta “normalidad”.

Bibliografía

ALEXY, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, trad. de Ernesto Garzón Valdés, Madrid, CEPC, 2001.

- IBÁÑEZ, Perfecto Andrés, “Valores de la democracia constitucional”, *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 31, 2008, pp. 207-213.
- BAZÁN, Víctor, *Vías de maximización protectora de los derechos económicos, sociales y culturales*, Buenos Aires, La Ley, 2007.
- _____, “La judicialización de los derechos económicos, sociales y culturales”, en Víctor BAZÁN (dir.), *La judicialización de los derechos humanos*, Lima, Asociación Argentina de Derecho Internacional (Sección Derechos Humanos) - Ediciones Legales, 2009.
- _____, “Los derechos sociales en el derecho interno latinoamericano y el sistema interamericano de protección de los derechos humanos”, en Víctor BAZÁN y Luis JIMENA QUESADA, *Derechos económicos, sociales y culturales*, Buenos Aires, Astrea, 2014.
- BERNAL PULIDO, Carlos, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, 2ª ed., Madrid, CEPC, 2005.
- BITTNER, Claudia, “Casenote - Human Dignity as a Matter of Legislative Consistency in an Ideal World: The Fundamental Right to Guarantee a Subsistence Minimum in the German Federal Constitutional Court’s Judgment of 9 February 2010”, *German Law Journal*, vol. 12, núm. 11, pp. 1941-1942. Disponible en: https://www.germanlawjournal.com/pdfs/Vol12-No11/PDF_Vol_12_No_11_1941-1960_Bittner%20FINAL.pdf.
- BOBBIO, Norberto, *Teoría general de la política*, trad. de Antonio de Cabo y Gerardo Pisarello, Madrid, Trotta, 2005.
- BOVERO, Michelangelo, “Qué no es decidible. Cinco regiones del coto vedado”, *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 31, trad. de Álvaro Núñez Vaquero, 2008, pp. 217-225.
- CARMONA CUENCA, Encarna, “El derecho a un mínimo vital”, en Guillermo ESCOBAR ROCA (dir.), *Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria*, Navarra, Thomson Reuters - Aranzadi, 2012.
- CRAVEN, Matthew, *The International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights*, Oxford, Clarendon Paperbacks, 1998.
- CRUZ PARCERO, Juan A., “Leones, lenguaje y derechos. Sobre la existencia de los derechos sociales (Réplica a Fernando Atria)”, *Discusiones. Derechos Sociales*, núm. 4, 2004, pp. 71-98.
- FERRAJOLI, Luigi, “Las garantías constitucionales de los derechos fundamentales”, *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 29, trad. de Alí Lozada, 2006, pp. 15-31.
- _____, “La esfera de lo indecidible y la división de poderes”, *Estudios Constitucionales*, año 6, núm. 1, trad. de Miguel Carbonell, 2008, pp. 337-343.
- GARZÓN VALDÉS, Ernesto, “¿Cuál es la relevancia moral del concepto de dignidad humana?”, *Propuestas*, Madrid, Trotta, 2011.

- GAVARA DE CARA, Juan C., *Derechos fundamentales y desarrollo legislativo. La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales en la Ley fundamental de Bonn*, Madrid, CEC, 1994.
- HESSE, Konrad, “Significado de los derechos fundamentales”, en E. Benda, W. MAIHOFFER, H. J. VOGEL, K. HESSE y W. HEYDE (eds.), *Manual de derecho constitucional*, trad. al castellano de Antonio López Pina, Madrid, Instituto Vasco de Administración Pública - Marcial Pons, 1996.
- ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS, *Los derechos económicos, sociales y culturales. Manual para las instituciones nacionales de derechos humanos*, Serie de Capacitación Profesional, núm. 12, Nueva York y Ginebra, Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, 2004.
- OSUNA PATIÑO, Néstor, “El derecho fundamental a la vivienda digna, seña del Estado social de derecho. Controversias sobre su aplicación judicial”, *Revista Derecho del Estado*, núm. 14, junio de 2003, pp. 95-110.
- PISARELLO, Gerardo, *Los derechos sociales y sus garantías. Elementos para su reconstrucción*, Madrid, Trotta, 2007.
- ROA ROA, Jorge E., “El incidente de impacto fiscal y la legitimidad democrática de los tribunales constitucionales”, *Serie Documentos de Trabajo*, núm. 46, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, Departamento de Derecho Constitucional, 2015. Disponible en: http://www.academia.edu/12250117/El_Incidente_de_Impacto_Fiscal_y_la_legitimidad_democr%C3%A1tica_de_los_tribunales_constitucionales.
- SÁNCHEZ GIL, Rubén, *El principio de proporcionalidad*, México, D. F., IJ de la UNAM, 2007.
- SAURA ESTAPÀ, Jaume, “La exigibilidad jurídica de los derechos humanos: especial referencia a los derechos económicos, sociales y culturales”, *El tiempo de los derechos*, núm. 2, 2011. Disponible en: http://www.observatoridesc.org/sites/default/files/saura_exigibilidad_DESC.pdf.
- TEROL BECERRA, Manuel y Luis JIMENA QUESADA (dirs.), *Tratado sobre protección de derechos sociales*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2014.

III. Lecturas de la función judicial en América Latina

- Eliana de Rosa, Argentina
Crisis de la función judicial y alternativas de superación: dos visiones contrapuestas
- Enrique Navarro Beltrán, Chile
45 Años del Tribunal Constitucional de Chile (1971-2016)
- Farit Limbert Rojas Tudela, Bolivia
Por una genealogía del saber jurídico
- Pol Willan Roman Andrade, Bolivia
Pluralismo jurídico y deslinde jurisdiccional

VOLVER A LA TABLA DE CONTENIDO

Eliana de Rosa* (Argentina)

Crisis de la función judicial y alternativas de superación: dos visiones contrapuestas

RESUMEN

No es posible soslayar que, actualmente, la función jurisdiccional en algunos países de América Latina, como Argentina, Perú y Venezuela, está atravesando una auténtica crisis de legitimidad. En algunos de ellos han surgido movimientos que proponen una profunda reforma del poder judicial, poniendo en tela de juicio no solo la forma en que operan los magistrados en el ejercicio de su función sino también el discurso que reproducen. En ellos se aprecia la influencia que han ejercido las teorías críticas del derecho, como la del profesor de Harvard Duncan Kennedy. Esta circunstancia pone de manifiesto la necesidad de revisar el ideal del *rule of law*, y de explorar las causas por las que no ha podido alcanzar, en América Latina, una adecuada concreción fáctica. Para ello se propone un abordaje integral de la fórmula del *rule of law*, comprensivo no sólo de una perspectiva institucional formal, sino también política y racional.

Palabras clave: poder judicial, escuela crítica del derecho, *rule of law*.

ZUSAMMENFASSUNG

Es ist nicht zu leugnen, dass die Rechtsprechung in einigen Ländern Lateinamerikas wie beispielsweise in Argentinien, Peru und Venezuela unter einer echten Legitimitätskrise leidet. Es haben sich teilweise Bewegungen herausgebildet, die eine umfassende Reform der rechtsprechenden Gewalt vorschlagen und dabei nicht nur die Art und Weise, in der die Richter ihr Amt ausüben, in Frage stellen, sondern auch die Art des Diskurses. Diese Bewegungen lassen den Einfluss der kritischen Rechtslehre

* Abogada, egresada de la Facultad de Derecho y de la Facultad de Filosofía y Letras de la Universidad Nacional de Cuyo; doctoranda en Derecho de la misma Universidad. Profesora de grado universitario en Ciencias Jurídicas, docente de la Cátedra de Ética de la Universidad de Congreso. Becaria de Investigación de la Facultad de Derecho de la UNCuyo. elianadelelio@yahoo.com.ar.

erkennen, wie beispielsweise die Theorie des Harvard-Professors Duncan Kennedy. Dieser Umstand belegt die Notwendigkeit, das Ideal der Rechtsstaatlichkeit („rule of law“) zu überprüfen und der Frage nachzugehen, weshalb eine angemessene faktische Umsetzung in Lateinamerika nicht gelungen ist. Dazu wird die Theorie der Rechtsstaatlichkeit umfassend analysiert, wobei sich der Beitrag nicht auf die formal-institutionelle Perspektive beschränkt, sondern auch die politischen und rationalen Aspekte mit einbezieht.

Schlagwörter: Rechtsprechende Gewalt, kritische Rechtslehre, Rechtsstaatlichkeit, rule of law.

ABSTRACT

It is not possible to ignore the fact that the jurisdictional function in some Latin American countries, such as Argentina, Peru and Venezuela, is currently undergoing a genuine crisis of legitimacy. In some of these countries, movements have arisen that propose profound reforms of the judicial branch, calling into question not only the way in which magistrates carry out their functions, but also the discourse in which they engage. These can be seen to be influenced by critical theories of law, such as that of Harvard professor Duncan Kennedy. This circumstance reveals the need to revise the ideal of the rule of law, and to explore the reasons why it has not been possible to achieve adequate factual concreteness in Latin America. This article proposes a comprehensive approach to the rule-of-law formula, not only from a formal institutional perspective, but from a political and rational perspective as well.

Keywords: judicial branch, school of critical legal studies, rule of law.

Introducción

No es posible soslayar que, actualmente, la función jurisdiccional en algunos países de América Latina, como Argentina, Perú y Venezuela, está atravesando una auténtica crisis de legitimidad. En efecto, entre las objeciones más reiteradas figuran la ineficacia de los órganos judiciales por la excesiva lentitud de sus pronunciamientos, la corrupción de los jueces en todos los estratos y jerarquías, así como la impotencia para operar de forma independiente, al resguardo de las presiones del poder político. En Argentina resulta particularmente cuestionada la justicia federal, a la que se le imputa, además, la falta de transparencia en los procesos de designación de magistrados y funcionarios judiciales, donde impera el nepotismo y el favoritismo. Pareciera que los magistrados ya no cumplen la función de ser compondores de intereses en conflictos sociales, más bien han devenido en una figura difusa, a veces manipulable, al servicio de los intereses de los poderosos, ya sea de los grandes centros de poder económico, ya sea de quienes se encuentran en ejercicio de otros poderes estatales.

Asistimos a un proceso de replanteamiento de la necesidad de un poder judicial, cuya causa principal –aunque no la única– es el debilitamiento de la figura del juez desde una perspectiva institucional. En algunos países de América Latina han surgido movimientos que proponen una profunda reforma del poder judicial, poniendo en tela de juicio no solo la forma en que operan los magistrados en el ejercicio de su función sino también el discurso que reproducen. En ellos, es posible apreciar la influencia ejercida por las teorías críticas del derecho, que, a grandes rasgos, no solo denuncian esta situación, sino que parecen encaminadas a sugerir la necesidad de su desaparición. Lo particular de estas teorías es que parecieran tener especial arraigo en países que se encuentran bajo regímenes populistas, donde se aprecia un grave debilitamiento institucional, que posibilita la penetración de este tipo de propuestas. Este fenómeno se debe, entre otras causas, al escepticismo respecto del principio republicano de división de poderes.

En las páginas que siguen se intentará efectuar un análisis de dos versiones contrapuestas en la forma de concebir el derecho, su finalidad y función, y su consiguiente impacto en la figura del juez: por un lado, la *escuela crítica del derecho*, en la versión extrema de Duncan Kennedy, caracterizada, a grandes rasgos, por un escepticismo radical respecto a la función judicial. Como contrapartida, se procederá a analizar dicha función, a luz de la fórmula del *rule of law*, según la particular perspectiva del iusfilósofo australiano John Finnis.

En consecuencia, la tesis que sostiene es que aun cuando el sistema judicial evidencia graves falencias en su funcionamiento, no puede abandonarse la aspiración a que se ajuste al esquema propuesto por la fórmula del *rule of law*. Pero, para sanear sus vicios, esta no puede circunscribirse a una perspectiva puramente formal o instrumental, sino que será necesario hacer también un abordaje del ideal en cuestión desde una perspectiva política y ética.

1. La escuela crítica del derecho

La *escuela crítica del derecho*, también conocida como *critical legal studies*, es una corriente de pensamiento iusfilosófico, que reconoce como antecedente al conocido realismo jurídico americano, cuya principal característica fue su impronta fuertemente pragmática. El principal exponente de este movimiento fue el juez Oliver W. Holmes, quien propuso la conceptualización del derecho en términos de predicciones sobre lo que los jueces harán. Al respecto, señala Pérez Lledó que la escuela crítica del derecho “reproduce muchos de los argumentos de los realistas contra el formalismo jurídico (contra la ilusión de certeza y aplicabilidad mecánica del derecho) enfatizando la indeterminación del lenguaje jurídico y la discrecionalidad del intérprete. Con esta ‘crítica interna’ de la razón jurídica, la *critical legal studies* (CLS) aspira a poner al descubierto el sentido

político de la práctica cotidiana de los jueces y de los juristas”.¹ En otras palabras, la idea central, que la CLS toma del movimiento realista, es que la aplicación de las normas por los tribunales de justicia constituye un procedimiento de índole subjetivo y discrecional. Pero a su turno, se le agrega el aditamento de que el orden jurídico en general, y su aplicación en particular, se encuentra teñido de factores que se mantienen encubiertos dentro del mismo ordenamiento, pero que no serían de naturaleza propiamente jurídica, sino psicológica, ideológica o política. Son, por tanto, estos factores los que verdaderamente inciden en las decisiones de los jueces al resolver las contiendas judiciales. Así, la CLS pone en tela de juicio la imparcialidad propia de la figura del juez, y niega todo contenido de racionalidad en los procesos de elaboración, aplicación e interpretación del derecho.

Asimismo, tampoco se puede soslayar que este movimiento adopta el bagaje filosófico de la llamada “filosofía de la sospecha”, cuyos orígenes se remontan a las filosofías de Marx, Nietzsche y Freud, que tienen como común denominador un claro escepticismo sobre las posibilidades de conocimiento racional y objetivo del sujeto en el obrar humano. Tal como señala el profesor Massini Correas, esta modalidad constitutivamente crítica del pensamiento jurídico ha tenido relativa difusión en los ámbitos intelectuales y jurídicos de Occidente a través de distintas versiones. Entre las más destacadas se encuentran: (i) el estructuralismo francés de Althusser y Poulantzas, de carácter estrictamente marxista; (ii) el dogmatismo soviético o ciertos revisionismos comunistas, como ocurre en los casos de Vysinskij o Pashukanis, respectivamente; (iii) el llamado uso alternativo del derecho, que sería la traducción al pensamiento filosófico jurídico de las principales ideas de Antonio Gramsci; (iv) la denominada propiamente teoría crítica, que sigue las enseñanzas de la Escuela de Frankfurt, en especial la de Jürgen Habermas (Max Pensky, Mathieu Deflem) y (v) la que continúa las ideas del posestructuralismo francés, y que se plasma en algunas obras de Foucault y Derrida.²

Este movimiento, que se desarrolla como la versión norteamericana del pensamiento crítico sobre el derecho, iniciado por el profesor brasileño Roberto Mangabeira Unger,³ reconoce como exponente más notable en la actualidad al profesor de Harvard Duncan Kennedy.⁴

¹ Juan Antonio Pérez Lledó, “Teorías críticas del derecho”, en E. Garzón Valdés y F. J. Laporta (eds.), *El derecho y la justicia*, Madrid, Trotta, 1996, p. 97.

² Carlos Ignacio Massini Correas, *Facticidad y razón en el derecho. Análisis crítico de la iusfilosofía contemporánea*, Buenos Aires/Madrid/Barcelona/São Paulo, Marcial Pons, 2015.

³ Filósofo político brasileño, profesor permanente en la Harvard Law School desde 1976. Ver Roberto Mangabeira Unger, *The Critical Legal Studies Movement*, Harvard, Harvard University Press, 1986; *Conocimiento y política*, Fondo de Cultura Económica, 1984; *La democracia realizada. La alternativa progresista*, Buenos Aires, Manantial, 1999; *El despertar del individuo. Imaginación y esperanza*, Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica, 2009; *La alternativa de la izquierda*, Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica, 2010, entre otros.

⁴ Duncan Kennedy es *Carter Professor* de *General Jurisprudence* en la Harvard Law School, y considerado uno de los fundadores emblemáticos de la Critical Legal Studies

Kennedy se propone denunciar y sincerar que “la imparcialidad” con que se caracteriza la figura del juez en los ordenamientos jurídicos occidentales constituye una ficción que es necesario asumir, y que las decisiones judiciales se encuentran fuertemente influenciadas por la posición ideológica del juzgador en el caso concreto. No obstante, en la praxis cotidiana de aplicación del derecho se intenta producir un efecto retórico, destinado a generar la convicción de que la contienda en cuestión ha sido resuelta de conformidad con el material jurídico disponible (normas, jurisprudencia, pruebas obrantes en la causa).

En su conocido ensayo *Izquierda y derecho. Ensayos sobre teoría jurídica crítica*,⁵ el profesor de Harvard se propone desenmascarar el modo en que opera la ideología política en la formación de decisiones judiciales, refiriéndose, en concreto, a la ideología del “liberalismo” o “conservadorismo”. Su tesis central es que la orientación ideológica en el fenómeno jurídico no tiene lugar solo en el plano de la creación de las normas, sino particularmente en el plano de su aplicación. Para fundamentar su tesis recurre a una serie de categorías teóricas, tales como el carácter “estratégico del comportamiento”, la llamada “*intelligentzia*” y la “hermenéutica de la sospecha”. Respecto a la primera, Kennedy la define como “una posibilidad inerradicable de interpretación, entendiendo por comportamiento estratégico la elección, fundada en motivaciones externas [al derecho], de trabajar para desarrollar una de las posibles soluciones del problema jurídico en cuestión en lugar de otra”.⁶ Es en esta instancia en la que entra a jugar la ideología, definida por el autor como “un proyecto de universalización de una *intelligentzia* que considera que actúa ‘para’ un grupo cuyos intereses están en conflicto con los de otros grupos”.⁷ En efecto, el término *intelligentzia* es empleado aquí como sinónimo de intelectualidad ideologizada, esto es, aquel grupo intelectual encargado de la elaboración de un soporte teórico que sirva para justificar una determinada ideología. Así, en cada controversia particular sometida a decisión judicial, esta *intelligentzia* opera de modo funcional “ya a intereses ideológicos particulares, ya a intereses generales de la clase de la *intelligentzia*, relacionados con el *statu quo* social y económico”.⁸

A su turno, otro concepto clave en la tesis del profesor de Harvard es el de “hermenéutica de la sospecha”. Al respecto, señala Kennedy, como un elemento clave de ese estadio de la cuestión, la aparición de lo que él llama “observadores informados”, que son aquellos agentes que “practican una hermenéutica de la sospecha en relación con la afirmación de que el discurso jurídico, y particularmente los argumentos

como escuela de pensamiento.

⁵ Duncan Kennedy, *Izquierda y derecho. Ensayos sobre teoría jurídica crítica*, trad. de Guillermo Moro, Buenos Aires, Siglo Veintiuno, 2010.

⁶ *Ibid.*, p. 28.

⁷ *Idem.*

⁸ *Ibid.*, p. 29.

jurídicos, [...] son autónomos respecto del discurso ideológico”.⁹ En otras palabras, cuando Kennedy recurre a la expresión “observadores informados” está haciendo referencia a quienes son capaces de advertir esta realidad subyacente en la actividad judicial. Esta consiste en la elección estratégica de la solución normativa que mejor se condiga con la ideología del juez, aunque vaya acompañada del despliegue de una actividad argumentativa que la hace aparecer como “revestida de un manto de fidelidad” al derecho positivo. En consecuencia, el autor niega, en este sentido, la posibilidad de poder efectuar una interpretación normativa de carácter objetivo o enfocada solo en la interpretación literal de la ley.

Por último, en este juego interpretativo de las normas jurídicas que tiene lugar en el ejercicio de la función judicial, el autor afirma que se produce un fenómeno de *regressio ad infinitum*, toda vez que “las ocasiones para el comportamiento estratégico al elegir una interpretación de la ideología propia serán al menos tan numerosas como las que hay para elegir la interpretación de los materiales jurídicos”.¹⁰ Esto significa que el material jurídico disponible será analizado, cuestionado e interpretado a partir de la ideología, siendo esta última, a su turno, cuestionada e interpretada sobre la base de un discurso de posterior nivel, reiterándose el proceso indefinidamente. En efecto, el mismo autor reconoce que “al principio podría parecer que la regresión infinita de la interpretación invalida uno a uno cada ‘detrás’, de tal manera que ‘la explicación es imposible’”.¹¹

Finalmente, en su teoría crítica, Kennedy hace referencia a la clásica doctrina del *imperio de la ley* (*rule of law*), a la que peyorativamente califica de fábula ingenua y, por lo tanto, también a aquellas versiones de la filosofía del derecho que se dedican a su análisis. Esto conduce al autor a la conclusión de que, en lo que atañe a la negación de la imparcialidad de las decisiones jurisdiccionales, “hay un motivo mucho más cósmico para la negación, a saber, el carácter contradictorio de nuestros impulsos e ideas. Esta noción de ‘fundamentalidad’ de la vivencia de [la] contradicción, es uno de los rasgos distintivos del modernismo y sus secuelas, algo así como una premisa de lo que es anhelo de coherencia como una fuerza autónoma en la vida humana”.¹² En otras palabras, lo que convierte en una fábula ingenua a la teoría del imperio de la ley, con todas sus implicancias, es la negación, en este anhelo de coherencia –entendido en términos de racionalidad u objetividad– de las contradicciones que inevitablemente ha dejado la modernidad. De este modo, la teoría del imperio del derecho ha devenido en un intento de justificar teóricamente la ideología dominante que inspira e informa a las instituciones jurídicas, en general, y al ejercicio de la judicatura en particular, que, según Kennedy, es el liberalismo o conservadurismo.

⁹ *Ibid.*, p. 30.

¹⁰ *Ibid.*, pp. 50-51.

¹¹ *Ibid.*, p. 50.

¹² *Ibid.*, pp. 76-77.

Ahora bien, este breve y escueto recorrido por las principales tesis de Duncan Kennedy merece ser objeto de una serie de consideraciones en el plano teórico, antes de pasar a su análisis en el plano empírico. Por un lado, es acertada aquella objeción que pesa sobre las teorías críticas del derecho en general, en virtud de la cual pareciera que el objeto principal de estas solo se limita a un mero cuestionamiento y condena de las instituciones jurídicas y sociales vigentes. En sus denuncias, sólo es posible vislumbrar la pretensión de presentarse a sí mismas como la opción “emancipadora y progresista”, única capaz de develar el complejo entramado de intereses que, en el fondo, movilizan el engranaje institucional. Sin embargo, en este esfuerzo teórico por desenmascarar estos intereses, parece quedar a mitad de camino, puesto que –como señala acertadamente Guillermo Moro– “es hostil a todo proyecto reconstructivo. No propone la realización de una nueva estructura en lugar de aquella sobre la que deposita su ácido filo”.¹³ Así, las teorías críticas, y en particular la teoría de Kennedy, devienen en simples diagnósticos de lo que se supone es una enfermedad del derecho moderno y de su pretensión de objetividad, pero sin ofrecer la medicina para tal enfermedad. En rigor, la propuesta del profesor de Harvard se circunscribe a ser solo denuncia de una “total pérdida de fe, respecto de las afirmaciones y aspiraciones racionalizadoras y universalizantes de las élites modernas, ya sean de izquierda o de derecha”,¹⁴ pero sin proporcionar una propuesta superadora del *statu quo* que denuncia.

En este sentido, señala acertadamente Massini Correas que “el problema central de esta postura nihilista es que una hermenéutica meramente crítica, sin referencia en principios o en realidades, a bienes o dimensiones del perfeccionamiento humano queda desprovista de criterios de crítica justificados racionalmente y abocada por tanto a un sinsentido racional”.¹⁵ De ello se sigue que la *critical legal studies*, y en particular, el aporte teórico de Duncan Kennedy, carece de todo otro propósito que no sea la crítica, por la crítica misma, quedando desprovista de toda posibilidad de justificación de sus propias tesis y afirmaciones. En efecto, las teorías críticas tienen en común la pretensión de erigirse en meros develadores de aquellas situaciones o estados de cosas que aspiran a poner al descubierto, pero sin ofrecer alternativas de superación de índole racional u objetivo que sean capaces de sanear los vicios de que adolece el estado de cosas que denuncia. Todo su esfuerzo teórico y argumentativo se agota en esta pretensión.

Asimismo, las teorías críticas tampoco pueden evitar caer en la falacia en la que incurren la inmensa mayoría de las corrientes relativistas y nihilistas. En efecto, la lógica de estas corrientes puede resumirse en la afirmación categórica de lo subjetivo y lo contingente. Su visión de la realidad dependerá siempre de la óptica desde la cual

¹³ Guillermo Moro, “Introducción”, en Kennedy, *op. cit.*, p. 24.

¹⁴ Duncan Kennedy, *A Critique of Adjudication. Fin de siècle*, Cambridge/Massachusetts, Harvard University Press, 1997, pp. 7-8.

¹⁵ Massini Correas, *op. cit.*

sea observada. Por tanto, carece de sentido toda referencia a realidades dotadas de valor intrínseco u objetivo. No obstante, en este esfuerzo cuasidogmático por negar la existencia de estas realidades, terminan universalizando la regla de la subjetividad y de la contingencia. En esta absolutización de lo relativo reside la inexorable refutación de sus propias afirmaciones.

2. La realidad detrás de la teoría

Luego de este brevísimo recorrido por las principales tesis de Kennedy, el presente trabajo se propone reflexionar sobre la forma en que han influido en la praxis de la judicatura en algunos países latinoamericanos.

Antes que nada, es menester reconocer que no todo es cuestionable en la teoría del profesor de Harvard. En efecto, no se puede soslayar que el ejercicio de la función judicial nunca transcurre por cauces completamente independientes y autónomos del ejercicio de la actividad política; antes bien, el condicionamiento que esta produce sobre aquel es un dato evidente, cuya negación deviene inexorablemente en necesidad.

La realidad ha demostrado acabadamente que el ejercicio de la judicatura está impregnado, como señala Kennedy, de elementos de carácter ideológico, y sobre todo políticos. Los jueces a menudo se desplazan dentro de los procesos judiciales, como conviene a sus propios intereses, o bien a los intereses de ciertos sectores dominantes. Tampoco es menos cierto el dato que sustenta la denuncia de Kennedy, de que el material jurídico vigente es manipulado estratégicamente junto con el material fáctico de cada caso en concreto, “produciendo” muchas veces soluciones jurídicas que “aparecen” como ajustadas a derecho.

Sin embargo, la traducción de esta propuesta al plano fáctico no parece haber sido exitosa en cuanto a alternativa de superación.

A modo de ejemplo, con carácter relativamente reciente surgió en Argentina una agrupación, en el seno del Poder Judicial, caracterizada por esta impronta fuertemente crítica en cuanto a institución, con la pretensión de llevar adelante un proceso de depuración de su ejercicio.¹⁶ Esta surgió en el contexto de la segunda presidencia de la doctora Cristina Fernández de Kirchner, por iniciativa del Poder Ejecutivo y fue liderada por la procuradora general de la nación, la doctora Alejandra Gils Carbó, cuya militancia en el oficialismo era de público conocimiento.

La principal denuncia que hace esta agrupación es que el Poder Judicial es la única institución que reproduce un discurso hermético, endogámico y corporativo, inflexible a los procesos de modificación de las estructuras institucionales que se han operado con la recuperación de la democracia, luego de los procesos dictatoriales que tuvieron lugar en la región durante las décadas de los sesenta y setenta.

¹⁶ Cfr. sitio web de Justicia Legítima. Disponible en: <http://www.justicialegitima.org/>.

En su declaración de principios se advierte aquella denuncia primera con la que Kennedy expone su tesis: la absoluta ficción de la imparcialidad judicial. Por el contrario, y según esta agrupación, lo que caracteriza al Poder Judicial es la manipulación del derecho vigente con miras a disimular, ocultar o enmascarar su funcionalidad a sectores de poder económico concentrado, que integran un *establishment* ideológico –que el profesor de Harvard refiere como liberal conservador–, y que serían los que, en definitiva, inciden en los procesos jurisdiccionales y determinan las resoluciones de los magistrados. Así, sus integrantes vienen a asumir el rol de aquellos “observadores informados”, que son quienes practican la “hermenéutica de la sospecha”, erigiéndose en la voz que viene a poner al descubierto lo que verdaderamente ocurre en los estrados judiciales y la ideología que se esconde detrás del discurso.

De esta manera, este organismo proclama el logro de la “democratización de la justicia” como principal misión. Para conseguir este objetivo se propone una serie de tópicos, a saber: (i) la “promoción de un sistema de justicia más plural e independiente, tanto de los otros poderes del Estado como de los poderes fácticos”, (ii) el fomento del “debate” de las distintas problemáticas que afectan la administración de justicia, (iii) la transparencia en los procesos de selección de magistrados, y (iv) la mejora institucional de todo el aparato judicial.¹⁷ A esta enumeración de objetivos se le puede objetar la carencia de precisión, limitándose a expresarse a través de una formulación genérica y abstracta, que en el fondo torna ininteligible su objeto, puesto que no explicita lo que ha de entenderse por “democratización”, o con qué valores o bienes se vincula el modelo de justicia que aspira a conquistar.

Sin dejar de reconocer la necesidad de mejora y depuración de la judicatura, la aparente nobleza de estos propósitos, como también la circunstancia de que muchos de los hechos que denuncian son verídicos, la realidad ha demostrado que, en el aspecto fáctico, este organismo no ha logrado mantenerse impermeable a las injerencias del poder ideológico y político. No ha podido evitar reproducir otro discurso, que no es menos ideológico que aquel que denuncia. En el fondo, no se trata de mejorar la justicia desde una perspectiva sustancial, sino que sólo se limita a sustituir un discurso ideológico –aquel que afirma que el Poder Judicial reproduce– por otro discurso, igualmente ideológico, fuertemente vinculado al modelo populista al cual responde. Sin embargo, en el mismo no se evidencia la aspiración de lograr que la operación de interpretar y aplicar el derecho que realiza el magistrado consista en producir la máxima concreción del derecho vigente, dentro de un marco de imparcialidad, objetividad, racionalidad y equidad.

La consecuencia lógica de la carencia propositiva de una alternativa superadora ha sido que esta agrupación ha devenido finalmente en agrupación de carácter militante, persiguiendo a funcionarios judiciales que “osaban” proceder contra el

¹⁷ *Idem.*

líder populista o su proyecto; u obstaculizando investigaciones en las que pudiera quedar de alguna manera implicado el poder político.¹⁸

Ernesto Laclau, en su “*razón populista*”¹⁹ define al populismo como una “lógica política”, consistente en la construcción de un discurso hegemónico a partir de la identificación de un “otro antagónico”. En efecto, este autor sostiene que el aspecto dinámico de esta lógica política consiste en el despliegue de un mecanismo de “construcción de fronteras internas y en la identificación de un ‘otro’ institucionalizado”,²⁰ al cual se lo concibe siempre como “enemigo”. En este sentido, es posible apreciar la reproducción de este esquema de polarización y antagonismo, en el seno del Poder Judicial, entre magistrados y funcionarios judiciales que fueron funcionales a los intereses del gobierno de turno, y aquellos otros a quienes se los percibió como enemigos internos, toda vez que procedían a investigar a funcionarios del Poder Ejecutivo Nacional.

Por lo expuesto, en las teorías críticas no resulta posible vislumbrar una alternativa de superación a los vicios de que adolece el ejercicio de la judicatura.

3. El ideal del imperio del derecho

¿Qué conclusión cabe sacar luego de este breve recorrido por las tesis centrales de Duncan Kennedy y de esta, aún más breve, referencia a la experiencia mencionada? ¿Se debe renunciar definitivamente al ideal de justicia imparcial e independiente, propuesto por los esquemas constitucionales de la mayoría de los países occidentales, por tratarse de un ideal, no solo ficticio, sino también inasequible? ¿Conviene proponer su desaparición? O, por el contrario, ¿conviene no claudicar a la aspiración de mejorar constantemente –y a nivel institucional– el modelo real de poder judicial con la finalidad de adecuarlo al modelo ideal?

Para responder a estos interrogantes resulta conveniente retomar la consideración de la fórmula del *rule of law*, o “gobierno normativo del derecho”, que en los últimos años ha sido tan objetada por las teorías críticas de corte netamente izquierdista. Por un lado, se ha considerado que este esquema ha sido funcional a los intereses de los sistemas liberales y que, por esa misma razón, ha terminado degenerando en

¹⁸ A modo de ejemplo, en el año 2013, el fiscal nacional José María Campagnoli fue suspendido por un jurado de enjuiciamiento a pedido de la procuradora general de la nación Alejandra Gils Carbó. Esta suspensión fue motivada en que el fiscal en cuestión inició una investigación contra el empresario Lázaro Báez, socio de la expresidenta Cristina Fernández de Kirchner, en el marco de una denuncia por lavado de activos, que involucraba al matrimonio Kirchner. Actualmente, la doctora Gils Carbó es vocal titular de la comisión directiva de la organización en cuestión.

¹⁹ Ernesto Laclau, *La razón populista*, Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica, 2011, pp. 150-151.

²⁰ *Ibid.*, p. 151.

herramienta al servicio de los sectores de poder concentrado. Como consecuencia, las mayorías han sido desterradas de los asuntos públicos. Esta idea, a su turno, ha tenido especial adhesión en las llamadas democracias populistas que se han instalado en América Latina. Esta impugnación tiene algo de verídica, y en las páginas que siguen se intentará explicar por qué.

Es menester recordar que el ideal *rule of law* se traduce como *imperio del derecho*, y tradicionalmente se vincula con la idea de limitación del poder y de sujeción de quienes lo detentan a normas que regulan su ejercicio. En efecto, suele reconocerse su origen remoto en aquella consideración de Aristóteles acerca de si “conviene más ser gobernado por el mejor hombre o por las mejores leyes”.²¹ En concreto, esta noción encontró una formulación precisa en la conocida obra de Lon Fuller, *The Morality of Law*,²² quien intenta explicar la relación entre el derecho y la moral fundamentalmente a través de ocho *desiderátums*, a saber: (i) que las reglas de derecho deben ser de carácter prospectivo, no retroactivo; (ii) que no deben ser de cumplimiento imposible; (iii) deben tener promulgación pública; (iv) deben ser claras e inteligibles; (v) deben guardar coherencia unas con otras; (vi) deben ser estables de modo tal que permita a sus destinatarios orientar su conducta; (vii) deben ser generales; y, finalmente, (viii) que quienes tengan autoridad para crear y aplicar las reglas deben cumplirlas y aplicar el derecho coherentemente y según su tenor. La satisfacción de estas exigencias por parte de un ordenamiento jurídico constituyen, según Fuller, la garantía de su propia moralidad interna.

No obstante, es innegable que, en no pocas ocasiones, a los referidos enunciados se les ha adscrito un carácter meramente instrumental, degenerando en un medio que puede ser utilizado tanto para fines buenos como para fines moralmente inicuos. Por tanto, la fórmula del *rule of law* en sus ocho *desiderátums* es en sí misma insuficiente para garantizar la sujeción de funcionarios públicos a las normas del derecho positivo. Es preciso reconocer que este ideal, para cumplir la finalidad que le es propia, no puede limitarse a una formulación de carácter meramente formal, sino que debe tener una dimensión de carácter sustancial o axiológica, que se condiga con las exigencias de la justicia y el bien común.

En este sentido, no puede dejarse de lado –y esto es lo que en la praxis jurídica ciertamente ha ocurrido– cuál es la finalidad propia del *rule of law* dentro del sistema jurídico, que no puede ser otra que la de resolver con justicia los problemas de coordinación dentro de una comunidad, tanto en el nivel de elaboración de las normas (o legislativo) como en el de su interpretación y aplicación (judicial). Esta afirmación equivale finalmente a adscribir un carácter ético a su fundamento. Al analizar los límites del *rule of law*, Maris Köpcke Tinturé señala acertadamente que “cumplir con él no garantiza un sistema justo en todos los aspectos. Puede darse, al menos en teoría, un respeto riguroso del *rule of law* en la creación y aplicación de

²¹ Aristóteles, *Política*, libro III, 1286 a 8-19.

²² Lon Luvois Fuller, *The morality of Law*, New Haven, Yale University Press, 1964.

normas de contenido perverso”.²³ Y más adelante agrega el interrogante de “si puede darse una injusticia a causa del mismo: es decir, si hay algo en el *rule of law* que hace que un sistema jurídico que lo cumple sea especialmente proclive o propenso a determinados tipos de injusticia”.²⁴

Ello implica que, dada su excesiva generalidad y abstracción, el ideal del *rule of law* nunca podrá darse acabadamente, sino que siempre estará condicionado al logro de una adecuada concreción normativa. No obstante es –o debiera ser– una aspiración irrenunciable de todo sistema jurídico, aunque ello obligue constantemente a revisar, precisar y concretar su alcance, a fin de evitar injusticias.

4. Dimensiones del *rule of law*

Siguiendo al iusfilósofo australiano John Finnis, es posible señalar tres dimensiones que el ideal del *rule of law* debe abarcar para cumplir aquella finalidad con que originariamente fue pensado. La primera de ellas es la dimensión propiamente jurídica formal, antes tratada y resumida en la enumeración fulleriana de los ocho desiderata. Sin embargo, si bien Finnis efectúa su análisis partiendo de estos enunciados, agrega otros, vinculados al aspecto institucional de esta dimensión jurídica formal, a saber: “(i) la independencia de la judicatura; (ii) la publicidad de los procedimientos judiciales; (iii) la potestad de los tribunales para revisar los procedimientos y acciones de otros tribunales y de los funcionarios en general; y (iv) la accesibilidad de los tribunales para todos, incluidos los pobres”.²⁵ Como es evidente, estos cuatro presupuestos que el profesor oxoniense propone agregar, hacen a la calidad institucional del ejercicio de la función judicial propiamente dicha.

La segunda dimensión del *rule of law* reviste carácter político. En este sentido, sostiene Finnis que el ideal en cuestión se justifica en tanto que el mismo constituye un valor o virtud de la interacción jurídica de la convivencia humana, puesto que “los individuos solo pueden ser personas (*selves*) –i.e. poseer la ‘dignidad’ de ser ‘agentes responsables’– si no se les hace vivir sus vidas para la [mera] utilidad de otros, sino que se les permite y se les ayuda a crear una identidad que perdura a lo largo de ‘toda la vida’”.²⁶ En otras palabras, en esta dimensión, la fórmula en cuestión se justifica en tanto y en cuanto se constituye en medio para que quienes se encuentran sujetos

²³ Maris Köpcke Tinturé, “Desafíos del *rule of law*”, en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, vol. 20, Bogotá, Fundación Konrad Adenauer, 2014, pp. 591-610.

²⁴ *Ibid.*, p. 600.

²⁵ John Finnis, *Natural Law and Natural Rights* (en adelante, NLNR), 2ª ed., Oxford, Oxford University Press, 2011, pp. 270-271.

²⁶ *Ibid.*, p. 260.

al poder político puedan autodeterminarse en cuanto miembros de la comunidad de la que forman parte.

El sentido de la autodeterminación en Finnis se encuentra estrechamente vinculado a las posibilidades de realización (*fulfilment*) individual y social de las personas. Un individuo se encuentra en condiciones de autodeterminarse toda vez que sus elecciones suponen la participación anticipada en un bien que se espera obtener a través de la acción, tanto en la esfera individual como en la social. Esta participación en el bien que se persigue no equivale a su consecución acabada, e incluso puede ocurrir que nunca se alcance plenamente, pero para su búsqueda tiene como presupuesto indispensable la libertad de elección y acción, en grado tal que se excluya toda forma de manipulación, tanto en la esfera individual como ciudadana. Así, la autoridad política ideal debiera erigirse en garante de estas condiciones de desarrollo de sus súbditos, a través de mandatos de carácter racional dirigidos al bien común. De ahí que sea esta dimensión la que se encuentra más expuesta a pervertirse, puesto que generalmente quienes detentan el poder político “buscan resultados determinados, no ayudan a las personas a constituirse *a sí mismas* en la comunidad”,²⁷ como ocurre con los gobiernos tiránicos o autoritarios.

Algo similar sucede en los regímenes populistas. En efecto, es característica perenne de estos gobiernos autoritarios la utilización de cierta retórica, el manejo de un discurso de corte netamente ideológico, empapado de mensajes emancipadores y, en cierto sentido, mesiánicos. Pero la realidad indica que, detrás de este discurso, sólo parece subyacer la intención de encubrir los intereses partidarios de las clases dirigentes, erosionando lentamente la capacidad de autodeterminación de sus súbditos mediante mecanismos sutiles, pero no por ello menos reales (i. e., el deterioro progresivo de la educación), a los que finalmente se los reduce a sujeto colectivo susceptible de ser manipulado. Este estado de cosas no dista mucho de aquel que describía hace casi un siglo el pensador argentino Juan Bautista Alberdi, al exponer su peculiar teoría de la tiranía, cuyo origen sitúa en el modo de ser del pueblo que padece la enfermedad de no gobernarse a sí mismo. Esta tiranía, que califica de democrática y moderna, se caracteriza porque el tirano se elige a sí mismo, pero cuidando de hacerlo por medio del sufragio inconsciente del país, a quien hace sufragar como un autómatas.²⁸

Este problema también es tratado por Finnis, cuya versión del *rule of law* afirma que “en cualquier teoría sólida (*sound*) del derecho natural, la autoridad del Gobierno se explica y justifica como una autoridad limitada por el derecho positivo (especialmente, aunque no sólo, por el derecho constitucional), por los principios morales y normas de justicia que se aplican a toda acción humana [...], y por el

²⁷ *Ibid.*, p. 274.

²⁸ Juan Bautista Alberdi, *Peregrinación de luz de día o viaje y aventuras de la verdad en el Nuevo Mundo*, Buenos Aires, La Cultura Argentina, 1916, p. 109.

bien común de las comunidades políticas”.²⁹ Al tratar la cuestión, Finnis hace eco del análisis que Tomás de Aquino realiza de Aristóteles, señalando que un Gobierno limitado por las reglas del derecho positivo (gobierno de las leyes) es condición indispensable para evitar que degenera en tiranía (o gobierno en interés de los gobernantes), puesto que “son sus *pasiones* humanas, que los inclinan a atribuirse a ellos mismos más cantidad de las cosas buenas y menos de las malas, de lo que vendría a ser su justa participación”.³⁰

Asimismo, en otra de sus obras, el profesor de Oxford recurre nuevamente a la analogía para explicar que “el caso central de gobierno [político] es el del gobierno de un pueblo libre, y el caso central de derecho es el de la coordinación de sujetos voluntarios por un derecho que, por su completo carácter público (promulgación), su claridad, generalidad, estabilidad y practicabilidad, trata a esos sujetos como participantes en la razón pública”,³¹ reservando la calificación de casos periféricos o marginales para los supuestos de degeneración del poder político.

Por último, cabe adscribirle una última dimensión al ideal del *rule of law* para ser eficaz; esta no puede ser otra que una dimensión ética-racional o moral. Cabe recordar que teóricos del derecho –como Herbert Hart y Joseph Raz– han sostenido enfáticamente que, dado el carácter formal con que son expuestos los ocho desiderata constitutivos de la fórmula, la misma es éticamente neutral, puesto que los referidos presupuestos pueden ser susceptibles de observancia tanto en un gobierno de derecho como en una forma de gobierno desviada. Este argumento es refutado por el profesor oxoniense recurriendo a la lógica interna –o, como él la llama, razón práctica interna–, ya que “si los gobernantes [...] no respetan los derechos e intereses de alguno de sus gobernados en relación con cuestiones sustanciales (la vida, la seguridad física, la libertad, la propiedad y demás), por qué deberían los gobernantes –qué razón tienen para– respetar derechos e intereses de sus gobernados en cuestiones de procedimiento envueltas en el *rule of law*”.³²

Al analizar la necesidad de esta dimensión, Finnis señala que “más profundos y demandantes que cualquier límite legal o constitucional sobre los gobiernos son los principios morales y las normas que la teoría del derecho natural considera como principios y normas de la razón y que son límites y constricciones reconocidas en las deliberaciones sensatas de cualquier persona decente. Las responsabilidades públicas y la autoridad de los gobernantes no son excepciones de estos límites”.³³ De modo que, en el desarrollo del profesor de Oxford, el carácter moral del *rule of*

²⁹ John Finnis, “Limited Government”, en *Collected Essays III. Human Rights & Common Good*, Oxford, Oxford University Press, 2011, pp. 83-106.

³⁰ *Ibid.*, p. 84.

³¹ John Finnis, *Aquinas. Moral, Political, and Legal Theory*, Oxford, Oxford University Press, 1998, p. 250. (Traducción propia).

³² John Finnis, “Natural Law Theories”, *Stanford Encyclopedia of Philosophy (Winter 2015 Edition)*, p. 7. Disponible en: <http://plato.stanford.edu/entries/natural-law-theories>.

³³ Finnis, “Limited Government”, *op. cit.*, p. 85. (Traducción propia).

law equivale a carácter racional, en tanto que a todo ordenamiento jurídico le es inherente la pretensión de erigirse en guía razonable de la conducta humana. Ciertamente, Finnis toma la definición de ley propuesta por el Aquinate, según la cual, las leyes son “proposiciones prácticas universales [...] concebidas en la razón del gobernante(s) y comunicadas a la razón de los gobernados de modo que estos traten esas proposiciones, al menos presuntivamente, como razones para la acción –razones tan decisivas para cada uno de ellos como si cada uno las hubiera concebido y adoptado por su propio pensamiento y elección personal–”.³⁴

En otras palabras, afirmar que el ideal del *rule of law* posee una dimensión moral equivale a sostener una concepción antropológica, en virtud de la cual el sujeto de derecho es concebido como sujeto dotado de una dignidad propia e inherente a su condición de individuo racional. En consecuencia, las normas que integran un sistema jurídico deben necesariamente presentarse a sus destinatarios como imperativos inteligibles de índole objetiva, de modo que estos puedan entrever la necesidad de su observancia. Solo así el derecho podrá cumplir su función de ser guía racional de la conducta humana.

5. Lo que queda

Luego de haber analizado las más recientes impugnaciones a la concepción moderna de Estado de derecho, y, según ese esquema, a la concepción del ejercicio de la judicatura, solo resta interrogarse acerca de la veracidad de las mismas, por un lado, y sobre una propuesta superadora de este estado de cosas, por otro.

En las páginas precedentes se analizó la postura de la escuela crítica del derecho, particularmente en su versión más extremista: la del profesor de Harvard Duncan Kennedy. Al respecto, es innegable que las falencias constantes en los sistemas jurídicos y en particular en el ejercicio de la función jurisdiccional es lo que ha conducido a que surjan propuestas como esta, que nacen con la finalidad de denunciar un *statu quo* de irregularidades en el ejercicio de la magistratura. Por otro lado, no es menos cierto que la característica de la “imparcialidad” de la figura del juez ha quedado relegada a una mera formulación escrita en los manuales de derecho, una expresión de deseo, una característica abstracta, que no se condice con un ejercicio de la función judicial constantemente expuesto a las injerencias del poder político.

A menudo son los mismos jueces quienes demuestran su impotencia para resolver casos sometidos a su jurisdicción, cuyas resoluciones puedan afectar a funcionarios del poder político. Ante este panorama, cabe preguntarse: ¿Debe abandonarse la figura del juez como árbitro imparcial e independiente que interviene en los problemas de coordinación, por ser esta ficticia e irrealizable? ¿Debemos acaso conformarnos con la idea de que los jueces son simples manipuladores del mate-

³⁴ Finnis, “Natural Law Theories”, *op. cit.*, p. 7. (Traducción propia).

rial jurídico, que solo dirimen los conflictos sujetos a su jurisdicción en función de sus concepciones ideológicas preconcebidas? ¿De qué le sirve al ciudadano común sostener, con sus impuestos, una justicia politizada a la que, en definitiva, no puede acudir en caso de que se vulneren sus derechos? Más aún, ante la ausencia de una propuesta superadora del actual estado de cosas, ¿solo queda sincerar la situación y proponer la desaparición del poder judicial?

Ciertamente, por muy verídicas que resulten las objeciones que se formulan a la actual forma de ejercer la judicatura, pareciera inviable el logro de la paz social a través de otro mecanismo que no sea el de acudir a un tercero imparcial que detente las facultades institucionalizadas para dirimir conflictos de intereses.

Es por eso que aun cuando el actual sistema demuestre estar viciado en muchos aspectos y se encuentre lejos de adecuarse al esquema de división de poderes propuesto por el modelo del Estado de derecho, la aspiración de lograr tal adecuación no puede abandonarse, si se pretende, en algún momento, el logro de una justicia independiente.

Asimismo, es necesario identificar las causas de la enfermedad para poder aplicar correctamente la medicina. La crisis del poder judicial se evidencia en dos extremos: (i) la concurrencia de ciertos problemas comunes a los sistemas jurídicos latinoamericanos, tales como la excesiva lentitud en el modo de operar y en los pronunciamientos judiciales, lo que puede perjudicar o tornar inciertos los derechos sujetos al litigio en cuestión; (ii) la corrupción de los jueces, que, en países como Argentina o Venezuela, se dejan presionar o comprar por el poder político. Esta crisis no es más que uno de los costados de una crisis institucional integral, que afecta todas las órbitas del poder estatal y que tiene su raíz en otra crisis aún más profunda: la pérdida de valores tanto individuales como sociales. Este panorama torna impotente al derecho para cumplir la finalidad que le es propia: regular la convivencia humana con miras al logro del bien común.

No obstante, hay que cuidarse de no caer en el equívoco de responsabilizar únicamente al funcionario (sea juez, legislador, ministro, etc.), porque la responsabilidad primera tiene un recorrido “de abajo hacia arriba”, comienza en el ciudadano común, tanto en lo que hace al cumplimiento de las normas estatales cuanto en lo que se refiere a la facultad de elegir a sus representantes. Solo una sociedad decente puede generar y exigir decencia en sus funcionarios. Así se da esta interacción y reciprocidad de la que hablaba Finnis, como componente esencial de todo régimen constitucional, y que se materializa en que “las exigencias de la autoridad solo serán respetadas a condición de que la autoridad respete las exigencias del bien común”.³⁵

Ello obliga a reconducir una vez más la mirada hacia el modelo de poder y función judicial propuesto por el ideal del *rule of law*, sin dejar de reconocer que no basta, para este fin, la mera adecuación a la dimensión formal. Es menester avanzar sobre una adecuación a la dimensión política, mediante un sistema que exija, tanto

³⁵ Cfr. Finnis, *Natural Law and Natural Rights*, op. cit., p. 273. (Traducción propia).

a jueces como a los demás agentes estatales, la sujeción a las reglas del sistema. Y, finalmente, resulta aún más imperioso exigir, y que la sociedad exija a quienes delega su soberanía o a quienes inviste de la facultad para la resolución de conflictos de coordinación, una talla ética, un porte austero, constante y uniforme, que suponga la plena conciencia de la responsabilidad delegada.

Este es un ideal al que no se puede renunciar, si se quiere mejorar desde adentro a las instituciones y al sistema republicano.

Bibliografía

- ALBERDI, Juan Bautista, *Peregrinación de luz de día o viaje y aventuras de la verdad en el Nuevo Mundo*, Buenos Aires, La Cultura Argentina, 1916.
- ARISTÓTELES, *Política*, edición bilingüe y trad. de Julián Marías y María Araujo, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1983.
- FINNIS, John, *Aquinas. Moral, Political, and Legal Theory*, Oxford, Oxford University Press, 1998.
- _____, “Limited Government”, en *Collected Essays III. Human Rights & Common Good*, Oxford, Oxford University Press, 2011.
- _____, *Natural Law and Natural Rights*, 2ª ed., Oxford, Oxford University Press, 2011.
- _____, “Natural Law Theories”, *Stanford Encyclopedia of Philosophy (Winter 2015 Edition)*. Disponible en: <http://plato.stanford.edu/entries/natural-law-theories>.
- FULLER, Lon Luvois, *The morality of Law*, New Haven, Yale University Press, 1964.
- KENNEDY, Duncan, *A Critique of Adjudication. Fin de siècle*, Cambridge/Massachusetts, Harvard University Press, 1997.
- _____, *Izquierda y derecho. Ensayos sobre teoría jurídica crítica*, trad. de Guillermo Moro, Buenos Aires, Siglo Veintiuno, 2010.
- KÖPCKE TINTURÉ, Maris, “Desafíos del rule of law”, en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, vol. 20, Bogotá, Fundación Konrad Adenauer, 2014.
- LACLAU, Ernesto, *La razón populista*, Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica, 2011.
- UNGER, Roberto, Mangabeira, *The Critical Legal Studies Movement*, Harvard University Press, 1986.
- MASSINI CORREAS, Carlos Ignacio, *Facticidad y razón en el derecho. Análisis crítico de la iusfilosofía contemporánea*, Buenos Aires/Madrid/Barcelona/São Pablo, Marcial Pons, 2015.
- MORO, Guillermo, “Introducción”, en Duncan KENNEDY, *Izquierda y derecho. Ensayo sobre teoría jurídica crítica*, trad. de Guillermo Moro, Buenos Aires, Siglo Veintiuno, 2010.
- PÉREZ LLEDÓ, Juan Antonio, “Teorías críticas del derecho”, en E. GARZÓN VALDÉS y F. J. LAPORTA (eds.), *El derecho y la justicia*, Madrid, Trotta, 1996.

VOLVER A LA TABLA DE CONTENIDO

Enrique Navarro Beltrán* (Chile)

45 años del Tribunal Constitucional de Chile (1971-2016)

RESUMEN

En el presente artículo se revisan los antecedentes históricos del Tribunal Constitucional, desde su establecimiento en 1970, su incorporación en la Carta de 1980 y su fortalecimiento en 2005. En especial, los mecanismos de control constitucional de las leyes que son de su competencia: el control preventivo (obligatorio y facultativo) y el control *a posteriori* (inaplicabilidad e inconstitucionalidad de las leyes).

Palabras clave: Tribunal Constitucional, carta fundamental, control constitucional de las leyes.

ZUSAMMENFASSUNG

Der Artikel stellt die Geschichte des chilenischen Verfassungsgerichts dar: Von der Gründung im Jahr 1970, über die Verankerung in der Verfassung von 1980, bis hin zu Stärkung seiner Stellung im Jahr 2005. Dabei geht der Beitrag insbesondere auf die Normenkontrollverfahren ein, die zu den Kompetenzen des Verfassungsgerichts zählen: die (obligatorische und fakultative) Kontrolle sowie die nachträgliche Kontrolle (Unanwendbarkeit und Verfassungswidrigkeit von Gesetzen).

Schlagwörter: Verfassungsgericht, Verfassungsgesetz, Normenkontrolle.

ABSTRACT

This article reviews the history of the Constitutional Court, from its establishment in 1970, through its incorporation in the Constitution of 1980, and its strengthening in 2005. In particular, it discusses the mechanisms within its jurisdiction for the consti-

* Profesor titular de Derecho Constitucional en la Universidad de Chile y en la Universidad Finis Terrae. Exdirector de estudio de la Corte Suprema (2002-2006) y exministro del Tribunal Constitucional (2006-2012). enriquenavarrobelttran@gmail.com.

tutional review of laws: preventive review (mandatory and optional), and *a posteriori* review (inapplicability and unconstitutionality of laws).

Keywords: Constitutional Court, constitution, constitutional review of laws.

Introducción

La justicia constitucional en Chile y, en especial, el control constitucional de las leyes, se remonta a principios del siglo XX.

En la Constitución de 1925 se le otorgó a la Corte Suprema la competencia para declarar la inaplicabilidad de las leyes en un caso concreto, atribución que se mantuvo hasta el año 2005.

A su vez, el Tribunal Constitucional (TC) fue creado en la reforma constitucional de 1970, siguiendo los modelos francés y alemán. Esencialmente, le corresponderá el control constitucional previo de las leyes. En 1973, al producirse el golpe de Estado, fue disuelto por la junta militar.

La nueva Constitución de 1980 restableció su funcionamiento, otorgándole el control previo de las leyes, antes aludido, a lo que se agrega la revisión obligatoria de las leyes orgánicas constitucionales, como ocurre en España y Francia.

La reforma constitucional de 2005 le añadió además la acción de inaplicabilidad de las leyes, que desde el año 1925 conocía la Corte Suprema y, adicionalmente, la inconstitucionalidad de las leyes, derogándolas a futuro.

Para revisar la evolución de la judicatura constitucional se recordarán, en primer lugar, sus antecedentes históricos en Chile. En segundo lugar, se resumirá el establecimiento de los tribunales constitucionales en Europa y su expansión en América. En tercer lugar, se abordarán los antecedentes del primer Tribunal Constitucional chileno, a partir de 1970. En cuarto lugar, se aludirá al rol que le correspondió en la transición política chilena, especialmente, en relación con el control de las leyes políticas. En quinto lugar, se resaltaré el papel que ha cumplido a partir del restablecimiento del régimen democrático. En sexto lugar, se analizará el fortalecimiento de sus atribuciones, con motivo de las reformas constitucionales de 2005. Finalmente, se incluirán las conclusiones.

1. Antecedentes de la justicia constitucional

Como se sabe, los inicios de la justicia constitucional¹ se remontan a principios del siglo XIX, con el clásico fallo *Marbury vs. Madison*, en 1803, en la recordada afirmación del juez Marshall, en cuanto a que “una ley contraria a la Constitución

¹ Una visión histórica del mundo anglosajón en Antonio-Carlos Pereira Menaut, *Teoría constitucional*, 2ª. ed., Santiago, S. A. Colex Editorial, 2006, pp. 216 y ss. Para una perspectiva europea continental, ver Mauro Cappelletti, *La justicia constitucional*, México, Porrúa

es nula”.² Ciertamente que pueden encontrarse antecedentes más remotos en el propio mundo anglosajón³ y en el derecho hispano e indiano, en que se desobedecían las normativas contrarias a la razón y justicia.⁴

En Chile, durante la vigencia de la carta de 1833,⁵ tanto la doctrina como la jurisprudencia estuvieron de acuerdo en cuanto a que los tribunales carecían de atribuciones para declarar la inconstitucionalidad de las leyes, puesto que sólo el Congreso Nacional podía resolver las dudas acerca de la inteligencia de las disposiciones, tal como en las anteriores leyes fundamentales.⁶ Por lo mismo, la doctrina iuspublicista hacía presente que los tribunales no podían dejar la ley sin aplicación “aun cuando a juicio de ellos fuera inconstitucional”.⁷

- UNAM, Facultad de Derecho, 2007. Sobre el sistema alemán, Klaus Stern, *Jurisdicción constitucional y legislador*, Madrid, Dykinson, 2009.

² El texto completo en Miguel Beltrán de Felipe y Julio González García, *Las sentencias básicas del Tribunal Supremo de los Estados Unidos de América*, 2ª. ed., Madrid, CEPC, 2006, pp. 93-121. Sobre la materia, ver Patricio Zapata L., *Justicia constitucional: teoría y práctica en el derecho chileno y comparado*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2008.

³ A principios del siglo XVII, el juez Edward Coke sostuvo la doctrina de que si “una ley del Parlamento está contra la razón o el *Common Law*, o repugna o es imposible su realización, el *Common Law* lo debe controlar y considerar como sin vigencia” (Miguel González Oropeza, *Constitución y derechos humanos. Orígenes del control jurisdiccional*, México, Porrúa - Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 2009, p. 20).

⁴ Así, existía el derecho a suspender la ley injusta, ya sea por vicios en la dictación (obrepción y subrepción) o por sus efectos (daño irreparable o escándalo). Sobre la materia, ver Bernardino Bravo Lira, *Historia de las instituciones políticas de Chile e Hispanoamérica*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1986, pp. 48 y ss.

⁵ Dicho texto constitucional, que rigió durante gran parte del siglo XIX, precisa que “sólo el Congreso, conforme a lo dispuesto en los artículos 40 y siguientes, podrá resolver las dudas que ocurran sobre la inteligencia de algunos de sus artículos”.

⁶ El Reglamento para el arreglo de la autoridad provisoria de Chile, de 1811, que fuera calificado como el primer bosquejo de Constitución, no contenía referencia alguna a la materia, sin perjuicio de que en su introducción se precisa que uno de sus propósitos es “la necesidad de dividir los poderes” y, a la vez, “fijar los límites de cada uno”. Por su parte, el Reglamento constitucional provisorio de 1812, para algunos la primera Constitución chilena, comienza a esbozar la separación entre los poderes, remarcando el principio de soberanía popular (art. 6) y el respeto de los derechos fundamentales. Posteriormente, la Constitución Provisoria de 1818 le autorizará al Senado velar por la “puntual observancia de esta Constitución” (cap. III, art. 1º). Similar disposición incluye la Constitución de 1822 respecto de la Corte de Representantes, en tanto debe “cuidar el cumplimiento de la Constitución y de las leyes” (art. 67, 1ª). La carta de 1823 confiere al Senado conservador y legislador “cuidar de la observancia de las leyes” y, a la vez, “proteger y defender las garantías individuales” (art. 38, 1). Por último, la Constitución de 1828 le entrega al Congreso la “protección de todos los derechos individuales” (art. 46, 2) y, a la vez, la Comisión Permanente, que sesiona cuando está en receso el Congreso, le atribuye especialmente “velar por la observancia de la Constitución y de las leyes” (art. 92, 1). Una visión panorámica histórica en Enrique Navarro Beltrán, “Notas sobre la evolución histórica del control de constitucionalidad de las leyes en Chile”, Libro homenaje a Bernardino Bravo Lira, *Revista Chilena de Historia del Derecho*, t. II, núm. 22, 2010, pp. 1231-1255.

⁷ Jorge Huneeus Z., *La Constitución ante el Congreso*, t. II, Santiago, Impr. Cervantes, 1880, p. 252.

La Corte Suprema, en 1848, reiteraba que ninguna magistratura gozaba de prerrogativas para declarar la inconstitucionalidad de las leyes.⁸ Sin embargo, en un oficio de 1867, recuerda a las autoridades encargadas de aplicar las leyes dar preferencia en el asunto a la Constitución “si estuvieren en clara y abierta pugna con ellas”.⁹ En tal sentido, una sentencia de 1875 desconoció el carácter de una ley al no haber sido aprobada por el Congreso Nacional.¹⁰

La Constitución de 1925, siguiendo el modelo norteamericano, otorgó a la Corte Suprema la atribución de declarar inaplicable un precepto legal por ser contrario a la Constitución, teniendo efecto la sentencia sólo entre las partes del juicio. Se señaló que se trataba de “un correctivo contra los posibles desvaríos del Poder Legislativo y una apreciable garantía para los habitantes de la República”.¹¹ Durante 80 años, esta facultad residió exclusivamente en dicho órgano jurisdiccional.¹²

2. Los tribunales constitucionales y su establecimiento en Europa

Los tribunales constitucionales surgieron en Europa en 1920. Fueron creados por el notable jurista austríaco Hans Kelsen, quien en su famosa controversia con Carl Schmitt –acerca de la defensa de la Constitución– insiste en la necesidad de crear una “jurisdicción constitucional, por la cual la función de garantía de la Constitu-

⁸ *Ibid.*, p. 253.

⁹ Oficio dirigido a las Cortes de Apelaciones, 2 de enero de 1867. Ver también Horacio Carvajal R., quien señala que “la práctica de nuestros tribunales, siguió una línea jurisprudencial variada en la materia y asilándose en la idea de que ante la pugna de la Constitución con una ley cualquiera, era deber dar preferencia a la carta fundamental de la Nación, hubo mayor número de resoluciones que en el hecho expresaban la inconstitucionalidad de la ley citada que se discutía” (*La Corte Suprema*, Santiago, Imprenta El Esfuerzo, 1940).

¹⁰ Señala la Corte Suprema, en Sentencia de 1° de marzo de 1876, que habida cuenta que “los dos últimos incisos del núm. 3.° del art. 95 de la ley de Organización i Atribuciones de los Tribunales no han sido aprobados por el Congreso Nacional i por consiguiente no tienen el carácter de una verdadera ley, el Tribunal, de unánime acuerdo, resuelve que la sentencia en la presente causa se pronuncie en conformidad al mencionado art. 95 i sin tomar en cuenta los dos últimos incisos del núm. 3.° del predicho artículo” (Corte Suprema, 1° de marzo de 1876). Sobre la materia, ver Enrique Navarro Beltrán, “La Corte Suprema de Justicia y don Manuel Montt”, en Bernardino Bravo Lira y Felipe Vicencio (eds.), *Manuel Montt: Educador, legislador, gobernante y magistrado*, t. I, Santiago de Chile, Fundación Manuel Montt, 2009, pp. 427 y ss.

¹¹ José Guillermo Guerra, *La Constitución de 1925*, Santiago de Chile, 1929, Establecimientos Gráficos Balcels & Co., p. 458.

¹² Una visión en Enrique Navarro Beltrán, “El control de constitucionalidad de las leyes en Chile 1811-2011”, *Cuadernos del Tribunal Constitucional*, núm. 43, 2011. En México existe una versión resumida disponible en la página web de la Suprema Corte de Justicia.

ción sea transferida a un tribunal independiente”¹³ Luego, agrega que dicho tribunal “funciona como jurisdicción constitucional en la medida en que deba decidir, a través de un procedimiento contencioso de partes, sobre la constitucionalidad de actos del Parlamento (en especial de las leyes), así como también del Gobierno (especialmente de los decretos), cuando hayan sido cuestionados, anulando tales actos en el caso de inconstitucionalidad y eventualmente juzgando a determinados organismos imputados, acerca de la responsabilidad probada”¹⁴ Explicando su funcionamiento, Kelsen señala que dicho tribunal “aplicando la Constitución a un hecho concreto de producción legislativa y llegando a anular leyes anticonstitucionales no genera sino destruye una norma general, es decir, pone el *actus contrarius* correspondiente a la producción jurídica, o sea, que –tal como lo he señalado– oficia de ‘legislador negativo’”¹⁵

A partir de la Constitución de Austria de 1920,¹⁶ en particular después de la Segunda Guerra, los tribunales constitucionales se expanden por el continente: Italia (1947),¹⁷ Alemania (1949),¹⁸ Francia (1958)¹⁹ y España (1978),²⁰ por mencionar algunos.²¹ En Hispanoamérica también se establecen, siguiendo el modelo español. Hoy, además, se aprecia su presencia en la Europa Oriental, Asia y África. Su papel fundamental es resolver las controversias de constitucionalidad entre los diversos órganos del Estado.

Sin embargo, el control de la constitucionalidad en el derecho comparado tiene características disímiles.²² En algunos casos existen controles de carácter preven-

¹³ Hans Kelsen, *¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?*, Madrid, Tecnos, 1995, p. 14.

¹⁴ *Ibid.*, pp. 14-15.

¹⁵ *Ibid.*, pp. 36-37.

¹⁶ En 1885, Jellinek había señalado la necesidad de un Tribunal Constitucional. Sobre la materia, ver Pedro Cruz Villalón, *La formación del sistema europeo de control de constitucionalidad 1919-1939*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1987.

¹⁷ Alessandro Pizzorusso, *Justicia, constitución y pluralismo*, Lima, Palestra Editores, 2005. En cuanto a la jurisprudencia, Tania Groppi, *Las grandes decisiones de la Corte Constitucional Italiana*, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2008.

¹⁸ Ver el reciente estudio colectivo, *La ley fundamental alemana y la Constitución Política Chilena*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2010. Acerca de la labor jurisdiccional, Jürgen Schwabe, *Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán*, México, Fundación Konrad Adenauer, 2009.

¹⁹ Javier Pardo Falcón, *El Consejo Constitucional francés*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1990.

²⁰ En España, el Tribunal de Garantías Constitucionales de 1931 ya conoció de las acciones de inconstitucionalidad.

²¹ Dominique Rousseau, *La justicia constitucional en Europa*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.

²² Una obra clásica sobre la materia, Louis Favoreau, *Los tribunales constitucionales*, Barcelona, Ariel, 1994. Una visión como juez, Gustavo Zagrebelsky, *Principios y votos. El Tribunal Constitucional y la política*, Madrid, Trotta, 2008.

tivo (Consejo Constitucional de Francia, aunque modificado en 2008)²³ y en otros *a posteriori* (Alemania y España). Ciertamente también los hay mixtos (Tribunal Constitucional de Italia).

En cuanto a su forma, el control puede ser concentrado o radicado en un órgano (modelo constitucional kelseniano de Tribunal Constitucional) o entregado a diversos entes (modelo constitucional de Estados Unidos).

Respecto a los efectos del control, ellos también pueden ser diversos. Así, en algunos sistemas, la sentencia tiene efectos de carácter general, como es el caso típico de las sentencias de los tribunales constitucionales (España, Alemania o Italia) o sólo en el caso concreto (Corte Suprema en Chile desde 1925 a 2005).

Por su lado, en Suramérica existen variadas experiencias en materia de control. Así, ciertos países les entregan su conocimiento a los tribunales de justicia en general (Argentina) o específicamente a la Corte Suprema (Uruguay) o al Tribunal Constitucional (Bolivia) o a los tribunales ordinarios y al Tribunal Constitucional (Perú y Ecuador).²⁴ En los últimos años se han establecido nuevas judicaturas constitucionales en Hispanoamérica.²⁵

3. El Tribunal Constitucional y su establecimiento en Chile (1971-1973)

A mediados de la década del sesenta se había discutido a nivel académico acerca de la necesidad de contar con un Tribunal Constitucional que dirimiera los conflictos entre el Presidente de la República y el Congreso Nacional. Específicamente, en un seminario efectuado en 1963 en la Biblioteca Nacional, bajo la dirección del profesor de Derecho Constitucional de la Universidad de Chile, Jorge Guzmán Dinator,²⁶ el destacado jurista Alejandro Silva Bascañán propuso crear una Corte Constitucional.²⁷

²³ La reforma constitucional francesa de 2008 incorpora un control *a posteriori*, aunque a requerimiento del Consejo de Estado o del Tribunal de Casación (art. 61.1). Sobre la materia, ver Marc Carrillo, “La cuestión prejudicial y otras garantías de los derechos, en la reforma de la Constitución francesa, según la Ley Constitucional de 23 de julio de 2008”, *Estudios Constitucionales*, año 8, núm. 2, 2010, pp. 587-600.

²⁴ Humberto Nogueira A., *La justicia y los tribunales constitucionales de Indoiberoamérica del Sur*, Santiago de Chile, Lexis Nexis, 2005.

²⁵ Por ejemplo, en la República Dominicana en 2010. En otros países se ha discutido la necesidad de su establecimiento (El Salvador).

²⁶ Entre las conclusiones que formula el profesor Jorge Guzmán se incluye una relativa al “establecimiento de órganos moderadores del poder, especialmente en la forma de una Corte Constitucional para los siguientes casos, ninguno de los casos afecta a la actual facultad de la Corte Suprema de declarar *a posteriori* la inaplicabilidad de la ley por causa de inconstitucionalidad en el caso particular” (Jorge Guzmán Dinator, *Nueva sociedad, vieja constitución*, Santiago, Editorial Orbe, 1964, p. 242).

²⁷ En tal sentido, el profesor Alejandro Silva B. expresa: “[F]alta un organismo –que puede ser una Corte Constitucional– que prevenga las discrepancias que se produzcan entre el

Luego, ello se profundiza en las III Jornadas Chilenas de Derecho Público,²⁸ realizadas en Concepción en 1964, en una ponencia del profesor Francisco Cumplido,²⁹ quien resalta la necesidad de un control preventivo de la constitucionalidad de las leyes, lo que ya había advertido en su tesis de grado,³⁰ y en la Comisión de Derecho Constitucional se acuerda recomendar su instauración.³¹

La reforma constitucional de 1970³² incorpora, por primera vez en Chile, un Tribunal Constitucional para resolver las cuestiones sobre constitucionalidad suscitadas durante la tramitación de los proyectos de ley, que lamentablemente tuvo una efímera existencia y no alcanzó a lograr una jurisprudencia numerosa.³³ Sobre la importancia de esta nueva institución, el expresidente Eduardo Frei Montalva resaltó la necesidad de contar con un órgano que dirimiera los conflictos entre los colegisladores.³⁴

Presidente de la República y el Parlamento, y dictamine si la ley que está en vía de tramitación cabe o no en la Constitución [...]. Se debería organizar un cuerpo como Corte Constitucional muy independiente del Parlamento, del Poder Judicial, etc., tal como ha sido trazado en la Constitución italiana o en la francesa” (en *ibid.*, p. 226).

²⁸ Ver *Revista de Derecho y Ciencias Sociales*, año 32, núm. 128, abril-junio de 1964.

²⁹ Francisco Cumplido Cereceda, Ponencia en III Jornadas de Derecho Público, *Revista de Derecho Público*, núm. 3, 1965. Señala el profesor Cumplido: “a) es indispensable que se establezca un sistema que permita el control de la constitucionalidad de todas las leyes, tanto respecto de su contenido (inconstitucionalidad de fondo), cuanto en el procedimiento de formación de la ley (inconstitucionalidad de forma); b) es necesario consagrar el control preventivo de la constitucionalidad de los proyectos de ley, a petición del Presidente de la República o de cualquiera de las Cámaras” (*Revista de Derecho y Ciencias Sociales*, año 32, núm. 128, abril-junio de 1964, p. 71).

³⁰ Efectivamente, su tesis de grado se refiere a la temática. Al efecto, señala la conveniencia de un “tribunal de interpretación constitucional”, compuesto “por representantes de los llamados poderes políticos (Legislativo y Ejecutivo) y de los organismos jurídicos autónomos (Poder Judicial y Contraloría General de la República)”, todo lo cual “daría plenas garantías a los ciudadanos y obligaría a los poderes públicos a respetar sus acuerdos” (Francisco Cumplido Cereceda, *Teoría de la constitución*, Santiago, Editorial Universitaria, 1958, p. 113).

³¹ Como consecuencia de dicha proposición, la Comisión de Derecho Constitucional acuerda recomendar que se modifique la CPR en el sentido de otorgarle un tribunal especial: “a) el control preventivo de la constitucionalidad de los proyectos de ley o indicaciones formulados a dichos proyectos, a petición del Presidente de la República o de cualquiera de las Cámaras y b) el control con efectos absolutos de la constitucionalidad de todas las leyes, tanto respecto de su contenido (inconstitucionalidad de fondo), cuanto en el procedimiento de formación de la ley (inconstitucionalidad de forma)” (*Revista de Derecho Público*, núm. 3, 1965, pp. 113-114).

³² Con anterioridad, el presidente Frei había enviado en 1965 un proyecto de reforma constitucional que incluía, entre otras materias, la creación de un Tribunal Constitucional, idea de legislar que tampoco prosperó.

³³ Primeros cinco fallos dictados por el Tribunal Constitucional de la República de Chile (1972).

³⁴ Señaló, al efecto, en su mensaje: “[T]odo ordenamiento jurídico requiere la existencia de un Tribunal que vele por la constitucionalidad de las leyes aprobadas por el Poder Legislativo, ya que de otra manera el imperio de la Constitución queda sin resguardo ante los posibles

Dicha normativa establece que al Tribunal Constitucional, entre otras materias, le corresponderá resolver “las cuestiones sobre constitucionalidad que se susciten durante la tramitación de los proyectos de ley y de los tratados sometidos a la aprobación del Congreso”, como también aquellas “que se susciten sobre la constitucionalidad de un decreto con fuerza de ley” y “de los reclamos en caso de que el Presidente de la República no promulgue una ley cuando deba hacerlo, o promulgue un texto diverso del que constitucionalmente corresponda”.³⁵ Dicho Tribunal,³⁶ que sesionó por cerca de dos años y que fuera presidido por el profesor de Derecho Administrativo Enrique Silva Cimma, dictó 17 sentencias, y fue disuelto en 1973 por la Junta Militar por estimar que su existencia era “innecesaria”, lo que sólo puede entenderse en un contexto institucional en el que el Congreso Nacional había sido clausurado.³⁷

Sin perjuicio de lo anteriormente señalado, los antecedentes remotos de la justificación de la jurisdicción constitucional en Chile son encontrados en las palabras pronunciadas por el expresidente Balmaceda, el 20 de abril de 1891. Esto es, iniciada la cruenta guerra civil –motivada formalmente por la negativa del Congreso Nacional de aprobar el presupuesto anual enviado por el Presidente– y tres décadas antes de Kelsen. Sostuvo dicho gobernante que, teniendo en consideración las cuestiones de competencia entre los poderes y los conflictos de constitucionalidad de las leyes, debería crearse una jurisdicción especial.³⁸

excesos de leyes que violan las garantías constitucionales o cualquiera otra disposición fundamental de la Constitución Política”.

³⁵ Ley 17.284, publicada en el *Diario Oficial* del 23 de enero de 1970. Los requerimientos sobre constitucionalidad de las leyes podían ser interpuestos por el Presidente de la República, las cámaras o más de un tercio de sus miembros en ejercicio, siempre que fueren formulados antes de la promulgación de la ley.

³⁶ Sobre los antecedentes históricos, ver Enrique Silva Cimma, “El Tribunal Constitucional 1971-1973”, *Cuadernos del Tribunal Constitucional*, núm. 38, 2008.

³⁷ Al efecto, el Decreto Ley 119, publicado en el *Diario Oficial* de 10 de noviembre de 1973, disuelve el Tribunal Constitucional, señalando entre sus fundamentos: “[L]a disolución del Congreso Nacional dispuesta por el Decreto Ley N° 27, de fecha 21 de septiembre en curso”; la circunstancia de que el Tribunal Constitucional “tiene por función primordial resolver conflictos entre el Poder Ejecutivo y el Poder Legislativo, que no pueden presentarse por estar disuelto el Congreso Nacional”, de modo que “todo lo anterior demuestra que la existencia del mencionado Tribunal Constitucional es innecesaria”.

³⁸ Expresaba: “[S]ería conveniente crear un tribunal especial compuesto de 3 personas nombradas por el Presidente de la República, de 3 nombrados por el Congreso y de otras 3 nombradas por la Corte Suprema, para dirimir sin ulterior recurso los conflictos entre poderes en los casos y forma que la Constitución establezca”, puesto que “no es natural, ni justo, que en los conflictos de poderes sea alguno de éstos el que se pronuncie y resuelva, porque se establece una supremacía de autoridad con menoscabo de las otras, ni habría jamás conveniencia en que uno sólo de los poderes públicos sea únicamente juez, siendo al mismo tiempo parte” (Discurso del Presidente José Manuel Balmaceda, ante el Congreso Nacional, 20 de abril de 1891, en José Manuel Balmaceda, *Discursos de José Manuel Balmaceda: Iconografía*, vol. II, Santiago, Dirección de Bibliotecas, Archivos y Museos, 1991-1992, p. 369).

4. Rol del Tribunal Constitucional en la transición política (1981-1989)

Como se ha señalado, el texto primitivo de la Constitución de 1980 establecía un mecanismo de control compartido. El Tribunal Constitucional revisaba preventivamente las leyes y la Corte Suprema lo efectuaba *ex post*, a través del recurso de inaplicabilidad, que le correspondía desde 1925.³⁹

En la transición política chilena debe destacarse sin duda el papel jugado por el Tribunal Constitucional –a través de su jurisprudencia– en cuanto a incrementar la institucionalidad democrática, particularmente la participación ciudadana y los mecanismos de control jurídico.⁴⁰ En efecto, al Tribunal Constitucional le correspondió un rol fundamental en relación con el control de constitucionalidad de las denominadas “leyes políticas” promulgadas durante la década de los ochenta.⁴¹

Así, en primer lugar, en 1985, debió pronunciarse sobre la sujeción a la carta fundamental de Ley Orgánica Constitucional del Tribunal Calificador de Elecciones (TRICEL). El proyecto de ley en cuestión supeditaba la entrada en funciones del TRICEL a la realización de la primera elección parlamentaria. Sin embargo, el Tribunal Constitucional, tomando en consideración una interpretación sistemática de la Constitución –esto es, como un todo armónico–, concluye que dichos órganos jurisdiccionales electorales debían encontrarse en vigencia antes de la realización de la referida elección parlamentaria, específicamente con ocasión de los plebiscitos, relativos a la proposición de candidato en 1988 y de reformas constitucionales de 1989. Lo anterior permitió legitimar dichos actos, iniciando la transición pacífica a la democracia.⁴²

Por su parte, en 1987, se envía a control de constitucionalidad el proyecto de ley orgánica de partidos políticos. Se trataba de una ley fundamental para el régimen político y respecto de la cual existía una solicitud de ciudadanos abogados relativa a la inconstitucionalidad de determinadas disposiciones. El Tribunal Constitucional declaró la inconstitucionalidad de diversas normas del proyecto, en atención a que importaban restricciones al derecho de asociación política y adicionalmente una invasión a la autonomía de los partidos políticos y una infracción al debido proceso.

³⁹ Gastón Gómez B., *La jurisdicción constitucional chilena*, Santiago, Cuadernos de Análisis Jurídicos de la Universidad Diego Portales, 1999.

⁴⁰ Ver Enrique Navarro B., “El papel del Tribunal Constitucional chileno en contextos de justicia transicional”, en Jessica Almqvist y Carlos Espósito (coords.), *Justicia transicional en Iberoamérica*, Madrid, CEPC, 2009, pp. 141 y ss. Desde el punto de vista político, ver Ascanio Cavallo C., *La historia oculta de la transición: memoria de una época 1990-1998*, Santiago, Uqbar, 2012. También, Edgardo Boeninger, *Democracia en Chile. Lecciones para la gobernabilidad*, Santiago, Editorial Andrés Bello, 1997.

⁴¹ Las leyes políticas correspondieron a aquellas relativas al Tribunal Calificador de Elecciones, partidos políticos, votaciones populares y escrutinios, servicio electoral y estados de excepción.

⁴² TC, Rol 33/1985.

Del mismo modo, se hace referencia a la necesidad de que se respete el principio de tipicidad en materia sancionatoria. Finalmente, la exigencia de un mínimo de afiliados para constituir un partido político se estimó ajustada a la carta fundamental.⁴³

Por su lado, en 1988, dicho órgano revisó la constitucionalidad de la Ley Orgánica de Votaciones Populares y Escrutinios.⁴⁴ En tal sentido, destacó la relevancia del asunto, teniendo presente su importancia en el régimen democrático. Finalmente, previno en la necesidad de legislar respecto de la propaganda y publicidad, igualdad entre los candidatos –independientes y miembros de partidos políticos– y las fechas de elecciones presidenciales y de parlamentarios, materias que fueron acogidas por la Junta Militar de la época.⁴⁵

La importancia de las decisiones del Tribunal Constitucional justifica la ausencia de reformas a su estatuto en 1989, salvo excepcionalmente en lo relativo a su integración.⁴⁶ Con posterioridad a 1990, se estudiaron algunos proyectos para modificar también sus atribuciones,⁴⁷ algunos de los cuales se discutieron y rechazaron en el Congreso Nacional.⁴⁸

5. El Tribunal Constitucional y el restablecimiento del régimen democrático (1990-2005)

5.1. Leyes orgánicas constitucionales

Producido el restablecimiento del régimen democrático chileno, en 1990, el Tribunal continuó su labor esencialmente en la revisión de la constitucionalidad de

⁴³ TC, Rol 43/1987.

⁴⁴ TC, Rol 53/1988.

⁴⁵ En virtud de lo señalado por el Tribunal Constitucional, la Junta de Gobierno envió, con fecha 3 de agosto de 1988, el proyecto de ley que modifica diversos aspectos de la aludida Ley de Votaciones Populares y Escrutinios.

⁴⁶ Ver Carlos Andrade Geywitz, *Reforma de la Constitución Política de la República de Chile de 1980*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2002. Incluso en las bases programáticas de la concertación de partidos por la democracia se proponía modificar “las normas sobre composición del Tribunal Constitucional”, para “velar por su autonomía e independencia”.

⁴⁷ Una Comisión asesora formada por el Ejecutivo a principios de los noventa propuso aumentar su competencia para conocer recursos de inconstitucionalidad contra leyes e incluso amparos de derechos, “de manera que este cumpla con su encargo principal, cual es ser intérprete de la Constitución, velar por la supremacía de los preceptos constitucionales y por la protección y respeto de los derechos fundamentales” (Carlos Andrade Geywitz, “Proyectos de reformas constitucionales en tramitación y estudio y comentarios de las proposiciones del Ministerio Secretaría General de la Presidencia de la República”, *Temas Constitucionales*, CAJ 20, 1992, p. 193).

⁴⁸ Ver Boletín núm. 1454-07, que le otorga al Tribunal Constitucional la facultad de ejercer control *a posteriori* de las normas legales vigentes. También Boletín núm. 1455-07, que establece la derogación de aquellos preceptos legales declarados inaplicables por la Corte Suprema en tres sentencias firmes.

las leyes orgánicas constitucionales –siguiendo el modelo francés y español primitivo–, destacando entre ella, por cierto, la relativa a organización y atribuciones de los tribunales de justicia.

Como lo ha señalado dicha magistratura, el concepto ‘atribución’ está tomado como sinónimo de competencia; esto es, como la facultad que tiene cada juez o tribunal para conocer de las materias que la ley ha colocado dentro de la esfera de sus atribuciones, sea esta absoluta o relativa, o si se quiere, en términos más amplios y genéricos con la jurisdicción.⁴⁹ Así, por ejemplo, la facultad del pleno de la Corte de Apelaciones para acordar el funcionamiento de sus salas⁵⁰ o las que otorgan competencia a un ministro de Corte de Apelaciones.⁵¹

La aludida exigencia constitucional “tiene su razón de ser en el hecho de que resulta conveniente y necesario que el Tribunal Superior del Poder Judicial, atendida su calificación y experiencia en la materia, pueda dar a conocer a los órganos colegisladores su parecer acerca de un proyecto de ley en el cual se contienen reformas que se considera necesario introducir a dicho cuerpo normativo, con el objeto de contribuir, así, a que éstas sean las más adecuadas”.⁵²

En relación con el momento en que debe efectuarse el requerimiento de opinión, el TC ha estimado que es necesario que “se efectúe la consulta durante la discusión de la ley en el Congreso Nacional”.⁵³ Por lo mismo, se ha sentenciado que se trata de un trámite esencial para la validez constitucional de esta ley orgánica, para lo cual debe tenerse presente que, al señalar la Constitución Política de la República que la Corte Suprema debe ser oída previamente, ello supone que se efectúe la consulta durante la discusión de la ley en el Congreso Nacional, si el mensaje o moción se hubiere presentado sin su opinión y con anterioridad a su aprobación.⁵⁴ Como consecuencia de lo anterior, el TC ha estimado que se ha vulnerado la carta fundamental al solicitar la opinión de la Corte Suprema respecto de un proyecto que ya había sido aprobado por ambas cámaras, razón por la cual “no puede considerarse cabalmente cumplida la exigencia establecida”.⁵⁵

⁴⁹ TC, roles 271 y 273. Las leyes sobre organización y atribuciones de los tribunales deben ser siempre revisadas por el TC y escucharse previamente la opinión de la Corte Suprema.

⁵⁰ TC, Rol 431/2004.

⁵¹ TC, Rol 398/2003.

⁵² TC, Rol 1316/2009. En el mismo sentido, Rol 2074/2011.

⁵³ TC, Rol 2036/2011.

⁵⁴ TC, Rol 1316/2009.

⁵⁵ TC, Rol 1651/2010. Cabe señalar que la Corte Suprema, mediante oficio de fecha 19 de abril de 1995, hizo presente que “la voluntad del constituyente fue que ‘la ley Orgánica Constitucional relativa a la organización y atribuciones de los tribunales sólo podrá ser modificada oyendo previamente a la Corte Suprema’, de lo cual se infiere que constitucionalmente, no es posible prescindir, en caso alguno del informe, y si lo hiciera el Tribunal Constitucional podría rechazarlo”.

5.2. Requerimientos de parlamentarios

Del mismo modo, le correspondió resolver ciertos requerimientos presentados por minorías parlamentarias, tanto respecto de decretos como de proyectos de ley.

Así, por ejemplo, en relación con la potestad reglamentaria presidencial, se efectuaron requerimientos sobre materias tan disímiles como decretos vinculados a vivienda,⁵⁶ publicidad caminera,⁵⁷ texto aprobatorio de la ley,⁵⁸ tarifas y peajes,⁵⁹ planos reguladores de una ciudad,⁶⁰ cancelación de personalidad jurídica,⁶¹ acceso a playas,⁶² transporte,⁶³ restricción vehicular,⁶⁴ procedimiento de fijación de líneas de alta mar,⁶⁵ acuerdo complementario con Bolivia⁶⁶ o ejecución presupuestaria.⁶⁷

En cuanto a proyectos de ley, los requerimientos presentados se refirieron a diversas materias, como, por ejemplo, Ley de Pesca,⁶⁸ Ley de Bancos,⁶⁹ estado empresario,⁷⁰ plantas de la Contraloría General de la República,⁷¹ plantas municipales,⁷² juntas de vecinos,⁷³ rentas municipales,⁷⁴ municipios,⁷⁵ libertad de información y ejercicio del periodismo,⁷⁶ donación de órganos,⁷⁷ capitalización de dividendos,⁷⁸ remuneraciones de la judicatura,⁷⁹ sede del Congreso,⁸⁰ primarias

⁵⁶ TC, roles 116/1990, 253/1997, 370/2003, 373/2003 y 450/2005.

⁵⁷ TC, roles 146/1992 y 167/1993.

⁵⁸ TC, Rol 209/1995.

⁵⁹ TC, Rol 183/1994.

⁶⁰ TC, Rol 153/1993 (acogido por vicios de forma).

⁶¹ TC, Rol 124/1991.

⁶² TC, Rol 245/1996.

⁶³ TC, roles 362/2003 y 388/2003.

⁶⁴ TC, Rol 325/2002.

⁶⁵ TC, Rol 305/2000.

⁶⁶ TC, Rol 282/1998.

⁶⁷ TC, Rol 245/1997.

⁶⁸ TC, Rol 115/1990.

⁶⁹ TC, Rol 259/1997.

⁷⁰ TC, roles 134/1991, 246/1996 y 427/2004.

⁷¹ TC, Rol 160/1992.

⁷² TC, Rol 159/1992.

⁷³ TC, roles 126/1991 y 200/1994.

⁷⁴ TC, roles 203/1994 y 215/1995.

⁷⁵ TC, roles 141/1992 y 228/1995.

⁷⁶ TC, Rol 226/1995.

⁷⁷ TC, Rol 220/1995.

⁷⁸ TC, Rol 207/1995.

⁷⁹ TC, Rol 147/1992.

⁸⁰ TC, Rol 242/1996.

presidenciales,⁸¹ Código de Aguas,⁸² jornada escolar,⁸³ traspaso de liceo,⁸⁴ urbanismo⁸⁵ o pensiones.⁸⁶

En materia de decretos con fuerza de ley debe destacarse una presentación respecto de plantas y remuneraciones del sector público.⁸⁷

También los hubo respecto de tratados internacionales, como es el caso de rebajas arancelarias,⁸⁸ acuerdos con Argentina (tanto limítrofes⁸⁹ como de integración),⁹⁰ pueblos indígenas,⁹¹ Corte Penal internacional⁹² y desaparición forzada.⁹³

6. La reforma constitucional de 2005 y las nuevas atribuciones del Tribunal Constitucional

La reforma constitucional de 2005 tuvo por propósito eliminar todos los denominados “enclaves autoritarios”, de forma tal que se consagrara finalmente un verdadero texto democrático, como lo recordó el expresidente Ricardo Lagos al aprobarla. En dicho contexto se modificó la composición y atribuciones del TC.

6.1. Nueva integración

La reforma constitucional de 2005 modificó la composición y atribuciones de este Tribunal. Así, sus integrantes ahora son designados por el Presidente de la República, el Congreso Nacional y la Corte Suprema, en un modelo similar al establecido en la carta italiana de 1947. Ahora, dicho órgano jurisdiccional está conformado por diez miembros: tres designados por el presidente, dos por el Senado (libremente), dos por el Senado (previa proposición de la Cámara) y tres por la Corte Suprema.⁹⁴ Se ha establecido de manera expresa el funcionamiento en sala

⁸¹ TC, Rol 297/1998.

⁸² TC, Rol 260/1997.

⁸³ TC, roles 410/2004, 413/2004 y 423/2004.

⁸⁴ TC, Rol 352/2002.

⁸⁵ TC, Rol 437/2005.

⁸⁶ TC, Rol 334/2001.

⁸⁷ TC, Rol 394/2003.

⁸⁸ TC, Rol 280/2098.

⁸⁹ TC, Rol 288/1999.

⁹⁰ TC, Rol 312/2000.

⁹¹ TC, Rol 309/2000.

⁹² TC, Rol 346/2002.

⁹³ TC, Rol 383/2003.

⁹⁴ Hasta antes de 2005 estaba integrado por tres ministros de la Corte Suprema, dos abogados designados por el Consejo de Seguridad, un abogado designado por el Senado y un abogado designado por el Presidente. Sabido es que las soluciones en el derecho comparado son disímiles. Así, en Alemania está integrado por jueces federales y otros miembros, elegidos

o en pleno. La regla general en todo caso es el pleno. Sin embargo, corresponderá a la sala conocer de determinadas materias, según lo exprese la ley orgánica constitucional del tribunal.⁹⁵

6.2. Tratados internacionales que contienen normas orgánicas

Entre las nuevas atribuciones que se le otorgan al Tribunal Constitucional⁹⁶ chileno nos parece importante destacar el control preventivo obligatorio de ciertos tratados internacionales. En Chile, los tratados internacionales no están sujetos a control obligatorio de constitucionalidad por parte del TC. Sólo lo serán ciertas disposiciones referidas a aspectos definidos por el constituyente como orgánicas constitucionales (por ejemplo, en el ámbito de la jurisdicción o atribuciones de ciertos órganos).

En efecto, ahora le corresponde conocer del control de constitucionalidad de los tratados internacionales cuando versen sobre materias orgánicas constitucionales. Esta reforma viene a consolidar lo que había venido sosteniendo el propio Tribunal Constitucional en algunos fallos anteriores.⁹⁷ A la fecha, al Tribunal ya le ha correspondido –entre otros– conocer del control de constitucionalidad respecto de un tratado internacional que contenía normas especiales en materia de atribuciones

por mitades por la Dieta Federal y por el Consejo Federal (total 16). En España está compuesto por 12 magistrados nombrados por el Rey: cuatro a propuesta del Congreso, cuatro a propuesta del Senado, dos a propuesta del Gobierno y dos a propuesta del Consejo General del Poder Judicial. En Francia está formado por nueve miembros: tres designados por el Presidente de la República, tres por el Presidente del Senado y tres por el Presidente de la Asamblea Nacional. En Italia está integrado por 15 miembros: cinco designados por el Presidente de la República, cinco por el Parlamento y cinco por las supremas magistraturas ordinarias y administrativas. En Hispanoamérica también existen tribunales constitucionales en Perú (7 miembros), Bolivia (5 ministros), Colombia (9) y Ecuador (9). El Tribunal Constitucional chileno establecido en 1970 estaba integrado por cinco miembros, tres elegidos por el Presidente, con acuerdo del Senado, y dos por la Corte Suprema. Fueron aumentados a siete por la carta de 1980: tres ministros de la Corte Suprema, dos abogados designados por el Consejo de Seguridad, uno por el Senado y uno por el Presidente.

⁹⁵ La ley orgánica constitucional 17.997 fue modificada por la Ley 20.381, de 28 de octubre de 2009, cuyo texto refundido se encuentra en el Decreto con Fuerza de Ley 5, de 2010, publicado a su vez en el *Diario Oficial* de 10 de agosto de 2010.

⁹⁶ Enrique Navarro B., “El Tribunal Constitucional y las reformas constitucionales de 2005”, *Revista de Derecho Público*, núm. 68, 2005, pp. 11 y ss.

⁹⁷ TC, Rol 346, 8 de abril de 2002.

del Banco Central⁹⁸ y el Convenio 169 de la OIT sobre pueblos indígenas.⁹⁹ En ciertos casos, sin embargo, se ha señalado que las convenciones internacionales no contemplan normas orgánicas, razón por la cual no se ha revisado su texto.¹⁰⁰

6.3. Control preventivo de las leyes orgánicas

En esta materia ha continuado su competencia para conocer del control preventivo de las leyes, ya sea por tratarse de leyes orgánicas constitucionales, ya sea porque se ha interpuesto un requerimiento respecto de un proyecto de ley durante su tramitación. Ha habido un número importante de revisión de leyes orgánicas¹⁰¹ y menores casos de requerimientos de parlamentarios.¹⁰²

En diversos requerimientos se ha planteado el rol que le cabe al Congreso Nacional en ciertos proyectos de ley. Desde ya, cabe señalar que la circunstancia de haber concurrido a aprobar una norma no inhabilita a los parlamentarios para deducir un requerimiento.¹⁰³ Las cuestiones de constitucionalidad pueden ser formuladas durante la tramitación de un proyecto de ley, “lo que implica que dicho plazo se inicia al dar cuenta del respectivo proyecto en la Cámara de origen y se extiende hasta la promulgación del mismo”.¹⁰⁴

Por lo pronto, el Tribunal ha declarado inconstitucional un proyecto de ley por decir relación con ciertas materias referidas a “seguridad social o que inciden en ella” y que, por tanto, han debido iniciarse por mensaje y no por moción.¹⁰⁵

Del mismo modo, la aprobación de un proyecto debe realizarse cumpliendo ciertas formalidades. Así, por ejemplo, en relación con la Ley de Presupuesto, se discutió la posibilidad de que se agregara una disposición propuesta por parlamen-

⁹⁸ TC, roles 1898/2011, de 1 de marzo de 2011 (Quincuagésimo Tercer Protocolo Adicional al Acuerdo de Complementación Económica núm. 35, sobre el comercio de servicios, celebrado entre los Gobiernos de los Estados partes del MERCOSUR y el Gobierno de la República de Chile); 1891/2011, de 3 de marzo de 2011 (Convenio entre el Gobierno de la República de Chile y la Corporación Andina de Fomento para el desarrollo de las actividades de la CAF en Chile); 1818/2010, de 9 de noviembre de 2010 (Acuerdo Marco de Cooperación Financiera entre la República de Chile y el Banco Europeo de Inversión); 1315/2009, de 29 de enero de 2009 (tratado de libre comercio entre los Gobiernos de la República de Chile y de Australia); 830/2007, de 1 de agosto de 2007 (Acuerdo entre la República de Chile y Japón); y 553/2006, de 30 de agosto de 2006 (Acuerdo Estratégico Transpacífico de Asociación Económica).

⁹⁹ TC, Rol 1050/2008.

¹⁰⁰ TC, Rol 1483/2009, de 29 de enero de 2009, en relación con la Convención Internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas.

¹⁰¹ Durante los últimos años se han revisado un número importante de leyes: 28 (2005), 13 (2006), 22 (2007), 29 (2008), 28 (2009), 23 (2010), 25 (2011), 20 (2012), 17 (2013), 18 (2014) y 25 (2015). Información disponible en página web (Memoria Anual del TC 2015).

¹⁰² Corresponde a 30 casos en los últimos 10 años.

¹⁰³ TC, Rol 1005/2007, de 24 de diciembre de 2007.

¹⁰⁴ TC, Rol 1655/2010, de 1° de abril de 2010, considerando 3°.

¹⁰⁵ TC, Rol 534/2006, de 21 de agosto de 2006, considerando 10.

tarios respecto de la probidad administrativa, indicando al efecto que la disposición no decía relación con las ideas matrices o fundamentales, “que no son otras que el cálculo de ingresos y la autorización de gastos”.¹⁰⁶

En materia de beneficios *posnatales*, se declaró como contraria a la carta fundamental una norma que alteró un proyecto presentado por el Presidente de la República, introduciendo un aumento de beneficios al personal en servicio de la administración pública como también a trabajadores del sector privado. Del mismo modo, se modificaron normas sobre seguridad social o que inciden en ella, materias todas en que, conforme a lo dispuesto en el inciso final del artículo 65 de la Constitución Política, el Congreso Nacional sólo puede aceptar, disminuir o rechazar los beneficios y gastos propuestos por el Presidente de la República, pero no aumentarlos.¹⁰⁷

También se declaró inconstitucional una glosa presupuestaria –referida a la forma en que han de distribuirse los fondos de seguridad ciudadana previstos para la realización de la Encuesta Nacional Urbana de Seguridad Ciudadana–, pues, al corresponder a una materia de iniciativa exclusiva del Presidente de la República, no podía ser incorporada al proyecto de ley respectivo mediante una indicación parlamentaria.¹⁰⁸

Finalmente, pueden mencionarse casos más recientes, vinculados a cierta normativa sobre televisión digital¹⁰⁹ y en materia de gratuidad de educación superior.¹¹⁰

6.4. Control concentrado de constitucionalidad de las leyes

La reforma constitucional de 2005 radicó el control de constitucionalidad de las leyes exclusivamente en el Tribunal Constitucional. De este modo, no sólo revisará eventualmente la constitucionalidad de las leyes durante su tramitación previa (leyes orgánicas e interpretativas y requerimientos de parlamentarios) sino que además conocerá de la acción de inaplicabilidad de las leyes ya vigentes en el ordenamiento jurídico.

6.4.1. Acción de inaplicabilidad

La nueva acción no es en todo caso idéntica a la que anteriormente conocía la Corte Suprema,¹¹¹ desde que ahora corresponde declarar la inaplicabilidad de un precepto legal cuya aplicación resulte contraria a la Constitución Política, por lo

¹⁰⁶ TC, Rol 1005/207, de 24 de diciembre de 2007, considerando 12.

¹⁰⁷ TC, Rol 2025/2011.

¹⁰⁸ TC, Rol 1867/2010.

¹⁰⁹ TC, roles 2358/2012, 2509/2013 y 2541/2013.

¹¹⁰ TC, Rol 2935/2015.

¹¹¹ Ver Enrique Navarro Beltrán, “El recurso de inaplicabilidad, revisión de 20 años de jurisprudencia”, *Gaceta Jurídica*, núm. 267, 2002, pp. 7-26.

que se trata de un control concreto.¹¹² Además, la inaplicabilidad no sólo la pueden solicitar las partes de una gestión sino el propio juez de la causa.¹¹³

Para dimensionar la expansión de esta acción constitucional, debe tenerse presente que en los diez primeros años de funcionamiento del nuevo Tribunal Constitucional han ingresado un poco más de dos mil, lo que equivale a cerca del 85% de las causas ingresadas.¹¹⁴

Son muy diversas las materias que han motivado los pronunciamientos del TC. Piénsese solamente en las resoluciones que han ido configurando el debido proceso, que no sólo resulta aplicable en los procesos jurisdiccionales sino también en los de carácter administrativo y sancionatorio; el derecho a revisar lo resuelto por un órgano jurisdiccional superior; la motivación de las decisiones, y la tutela judicial efectiva.¹¹⁵ En relación con la igualdad ante la ley se ha declarado que determinados preceptos legales carecen de razonabilidad.¹¹⁶ Del mismo modo, en el ámbito penal se han ido configurando los límites del principio de tipicidad, de manera que se determine de qué forma debe encontrarse configurada la conducta sancionada.¹¹⁷

Respecto del principio de legalidad tributaria,¹¹⁸ se estimó inconstitucional la remisión a un reglamento en materia de exención de impuesto territorial para los estadios. También pueden citarse decisiones en relación con el derecho a la honra,¹¹⁹ en particular como consecuencia de la falta de adecuada indemnización del daño moral,¹²⁰ e igualmente inaplicabilidades fundadas en la infracción al derecho de

¹¹² Enrique Navarro Beltrán, “El control de constitucionalidad de las leyes en Chile”, *op. cit.*

¹¹³ Enrique Navarro Beltrán, “Notas sobre requerimiento de inaplicabilidad de jueces”, *Revista de Derecho de la Universidad Católica de Chile*, 2010.

¹¹⁴ ver Memorias del TC 2006 a 2015. Disponibles en: www.tcchile.cl. Así, 208 (2006), 280 (2007), 235 (2008), 242 (2009), 259 (2010), 229 (2011), 198 (2012), 192 (2013), 107 (2014) y 150 (2015).

¹¹⁵ Enrique Navarro Beltrán, “Debido proceso y jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, en Jaime Arancibia M. (ed.) *Litigación pública*, Buenos Aires, Ed. Abeledo Perrot, 2011.

¹¹⁶ Así, por ejemplo, la inadecuada asimilación del sistema tributario respecto de un trabajador independiente (TC, Rol 1399-09) o la presunción de trabajo a honorarios (Rol 767-07) o la exclusión injustificada de beneficios (TC, Rol 1615-10).

¹¹⁷ En el caso de incumplimiento de deberes militares (TC, Rol 781-07). Un análisis sobre tipicidad, en Enrique Navarro Beltrán, “Principios que rigen en materia de derecho administrativo sancionador reconocidos por la jurisprudencia chilena”, en Miguel Schweitzer Walters (coord.), *Nullum crimen, nulla poena sine lege. Homenaje a grandes penalistas chilenos*, Santiago, Ediciones Universidad Finis Terrae, 2010, pp. 241-265.

¹¹⁸ TC, roles 718, 759 y 773, todas de 2009. Ver Enrique Navarro Beltrán, “Notas sobre principios de Derecho Constitucional Tributario”, *Revista de Derecho Público*, núm. 70, 2008, pp. 77-87.

¹¹⁹ Ver Enrique Navarro Beltrán, “Derecho a la privacidad y libertad de información”, *Revista de Derecho Público*, núm. 61, 1998-1999, pp. 205-210.

¹²⁰ TC, Rol 943/2007, de 10 de junio de 2008.

propiedad,¹²¹ al privarse a quien ha depositado dinero en una cuenta de ahorro del derecho a recuperarlo, por una disposición legal que extinguió al sujeto obligado, disponiendo que el fisco sucediera en los bienes al extinguido y asumiera sus deudas, pero esto último sujeto a una condición meramente potestativa que ha decidido no cumplir.¹²² Por último, cabe destacar que en algunas sentencias se han reconocido derechos que derivan de otros constitucionalmente tutelados, como el “acceso a la información”¹²³ y el “derecho a la identidad”.¹²⁴

6.4.2. *Acción de inconstitucionalidad*

Adicionalmente, la reforma de 2005 facultó al mismo Tribunal Constitucional para resolver la inconstitucionalidad de la ley, esto es, con efectos generales y derogatorios, para lo cual es menester que previamente se haya declarado su inaplicabilidad. Dicha resolución debe ser adoptada por los 4/5 de los miembros, y dicha acción puede iniciarse de oficio o por acción pública.¹²⁵

Se trata de un instrumento excepcional que a la fecha sólo ha motivado cuatro decisiones relativas a la delegación de jurisdicción en materia tributaria,¹²⁶ la consignación previa para reclamar sanciones sanitarias,¹²⁷ la gratuidad del turno de los abogados¹²⁸ y, posteriormente, las facultades de la Superintendencia de Salud referentes a las tablas de factores de sexo y edad en los contratos de salud previsual.¹²⁹

6.5. Otras atribuciones del Tribunal Constitucional

Asimismo, se le ha entregado también la revisión de la constitucionalidad de los autos acordados de ciertos tribunales superiores para determinar si se ajustan o

¹²¹ Ver Enrique Navarro Beltrán, “Constitucionalización del derecho civil: la protección sobre las cosas incorporales”, en Mauricio Tapia (ed.), *150 años del Código Civil* (en cursivas), Santiago de Chile, Editorial Lexis Nexis, 2005, pp. 517-531.

¹²² TC, Rol 944/2007, de 13 de mayo de 2008.

¹²³ TC, Rol 634/2006, de 9 de agosto de 2007. Sobre la materia, ver Enrique Navarro Beltrán, “Bases constitucionales del principio de transparencia”, *Revista de Derecho Público*, núm. 73, 2010.

¹²⁴ TC, Rol 1340/2008, de 29 de septiembre de 2009.

¹²⁵ Enrique Navarro Beltrán, “Notas sobre inconstitucionalidad de las leyes en Chile”, en Asociación Chilena de Derecho Constitucional (ed.), *Estudios sobre justicia constitucional. Libro en homenaje a la profesora Luz Bulnes Aldunate*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2012.

¹²⁶ TC, Rol 681/2006.

¹²⁷ TC, Rol 1173/2008.

¹²⁸ TC, Rol 1254/2008.

¹²⁹ TC, Rol 1710/2010.

no a la carta fundamental, por ejemplo, en un caso que se infringe el principio de publicidad en materia de reserva de investigaciones disciplinarias.¹³⁰

Cabe tener presente que en el sistema constitucional chileno, les corresponde a los tribunales de justicia el conocimiento de los recursos de amparo, de modo que las sentencias de los tribunales de justicia sólo pueden ser revisadas –en su caso– por la Corte Suprema, a través de diversas vías impugnatorias, pero en modo alguno por el Tribunal Constitucional.¹³¹

Finalmente, también le corresponde al Tribunal Constitucional conocer de las cuestiones de competencia o conflictos de atribuciones entre las autoridades administrativas y los tribunales inferiores de justicia.¹³²

7. Consideraciones finales y desafíos futuros de la justicia constitucional chilena

En suma, se trata de una institución fundamental, establecida para resolver los conflictos de constitucionalidad entre los diversos órganos del Estado, con una vida ya casi centenaria en Occidente, y algo menos de la mitad en Chile, en donde su rol se ha centrado en el control de constitucionalidad de las leyes. Su surgimiento se remonta a 1970, encomendándosele el control previo de las leyes. La Carta de 1980 le otorga competencia para revisar la constitucionalidad de las leyes orgánicas y tuvo un rol trascendental en el restablecimiento de la democracia chilena, al exigir la existencia de órganos y tribunales electorales. La reforma constitucional de 1970, en atención a su notable trabajo institucional, reforzó sus atribuciones, entregándole la acción de inaplicabilidad de las leyes, que desde 1925 conocía la Corte Suprema, a lo que se agrega la posibilidad de derogar leyes inconstitucionales.

Este año se celebra el 45.º aniversario de su establecimiento en Chile. Como ha dicho un autor, el mejor instrumento para medir la existencia vigorosa de un verdadero Estado de derecho es la respetabilidad y estabilidad de que gozan los tribunales constitucionales de un país. Como nos lo recuerda el tratadista francés

¹³⁰ TC, Rol 783/2007. Ver Enrique Navarro Beltrán, “Autos acordados y control constitucional”, en Humberto Nogueira A. (coord.), *Reflexiones acerca del Tribunal Constitucional y sus competencias a ocho años de la reforma de 2005*, Santiago, Centro de Estudios Constitucionales - Librotecnia, 2013, pp. 143-166.

¹³¹ Una visión panorámica en Enrique Navarro Beltrán, “La justicia constitucional chilena, después de la reforma de 2005”, en *Libro Homenaje al Dr. Héctor Fix Zamudio*, t. III, Ciudad de México, Ed. Porrúa, 2008, pp. 327-349.

¹³² La contienda de competencia se trata de una disputa acerca de la atribución de un juez o autoridad administrativa, en este caso, para el conocimiento de un determinado asunto. Por lo mismo, en estricto rigor, se trata de un conflicto de funciones. Adicionalmente, la doctrina ha sostenido que en este tipo de contiendas de competencia no se verifica si un órgano realiza con su actuar u omisión un errado ejercicio de sus competencias, sino sólo cuando ello lesiona la titularidad de las competencias de otro (TC, Rol 1531-09).

Louis Favoreu,¹³³ el tribunal constitucional es una jurisdicción creada para conocer especial y exclusivamente en materia de lo contencioso constitucional, particularmente de la sujeción a la carta fundamental de las leyes, y debe velar por el derecho fundamental a la integridad y primacía de la Constitución Política, lo que también forma parte sustancial de todo régimen democrático.

Por lo mismo, la jurisdicción constitucional tiene un significado esencial para el perfeccionamiento y la vigencia del Estado constitucional de derecho, la división y adecuado equilibrio de los diversos órganos públicos y, por sobre todo, el respeto de los derechos fundamentales de la persona humana. Como ha dicho el propio TC en uno de sus recientes pronunciamientos, su “jurisdicción debe asegurar que, efectivamente, todas las autoridades públicas sujeten sus actos a las normas, valores y principios constitucionales, de modo que cada una de las funciones estatales se desarrolle dentro de un ámbito correcto y de legítimo ejercicio de la función constitucional que les compete”.

Sin perjuicio de lo anterior, en el marco del inicio de un proceso constituyente en Chile, nos parece importante estudiar algunos de los siguientes aspectos tendientes a perfeccionar la justicia constitucional.

En primer lugar, el control de constitucionalidad debe incluir otros actos de autoridades políticas y administrativas, por ejemplo, los reglamentos de las cámaras. En efecto, la reforma de 2005 sólo se circunscribió a ciertos autos acordados,¹³⁴ excluyéndose, entre otras, las instrucciones del Ministerio Público¹³⁵ y los propios reglamentos de las cámaras.¹³⁶ Parece fundamental que todos los actos administrativos relevantes se encuentren sujetos al control de constitucionalidad del Tribunal Constitucional.

En segundo lugar, deben radicarse en dicho tribunal todas las contiendas de competencia. La reforma de 2005 diferenció según el tipo de conflicto y tribunal. Así, las controversias entre tribunales superiores y autoridades políticas o administrativas fueron entregadas a la Corte Suprema. Mientras que aquellas producidas entre dichas autoridades y tribunales inferiores fueron radicadas en el Tribunal Constitucional. Ciertamente, parece más conveniente que todas las contiendas de competencia suscitadas entre las autoridades políticas y administrativas y los tribunales sean entregadas al conocimiento del Tribunal Constitucional.¹³⁷ Así, por lo demás, se observa en el derecho comparado.

¹³³ Favoreau, *op. cit.*

¹³⁴ Navarro Beltrán, “Autos acordados y control constitucional”, *op. cit.*, pp. 143-166.

¹³⁵ Ver Enrique Navarro Beltrán, “Acción indemnizatoria por error judicial”, en *Libro Homenaje al Profesor Francisco Cumplido*, Asociación Chilena de Derecho Constitucional, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2011.

¹³⁶ Sobre esta materia, ver TC, Rol 1216/2008.

¹³⁷ El artículo 53, numeral 3, le otorga competencia al Senado para conocer de las contiendas de competencia que se susciten entre las autoridades políticas o administrativas y los tribunales superiores de justicia. Por su lado, el artículo 93, numeral 12, le confiere la competencia residual

Finalmente, podría estudiarse la revisión del restringido mecanismo de acción popular que establece la actual normativa y que sólo lo permite cuando se trata de denunciar movimientos o partidos que sean contrarios al régimen democrático y constitucional,¹³⁸ y en el caso de resolver sobre las inhabilidades constitucionales o legales que afecten la designación como ministro, la permanencia en dicho cargo o el desempeño simultáneo de otras funciones.¹³⁹ Nos parece que cualquier ciudadano podría solicitar la inconstitucionalidad de reglamentos o decretos, y la inhabilidad de parlamentarios, materias que en la actualidad están limitadas en cuanto a quienes pueden recurrir al Tribunal Constitucional.

Bibliografía

- ANDRADE GEYWITZ, Carlos, *Reforma de la Constitución Política de la República de Chile de 1980*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2002.
- BELTRÁN DE FELIPE, Miguel y Julio GONZÁLEZ GARCÍA, *Las sentencias básicas del Tribunal Supremo de los Estados Unidos de América*, 2ª. ed., Madrid, CEPC, 2006.
- BOENINGER, Edgardo, *Democracia en Chile. Lecciones para la gobernabilidad*, Santiago, Editorial Andrés Bello, 1997.
- BRAVO LIRA, Bernardino, *Historia de las instituciones políticas de Chile e Hispanoamérica*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1986.
- CAPPELLETTI, MAURO, *La justicia constitucional*, México, Porrúa - UNAM, Facultad de Derecho, 2007.
- CARVAJAL R., Horacio, *La Corte Suprema*, Santiago, Imprenta El Esfuerzo, 1940.
- CARRILLO, Marc, “La cuestión prejudicial y otras garantías de los derechos, en la reforma de la Constitución francesa, según la Ley Constitucional de 23 de julio de 2008”, *Estudios Constitucionales*, año 8, núm. 2, 2010.
- CAVALLO C., Ascanio, *La historia oculta de la transición: memoria de una época 1990-1998*, Santiago, Uqbar, 2012.
- CUMPLIDO CERECEDA, FRANCISCO, *Teoría de la constitución*, Santiago, Editorial Universitaria, 1958.
- CRUZ VILLALÓN, Pedro, *La formación del sistema europeo de control de constitucionalidad 1919-1939*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1987.
- FAVOREAU, Louis, *Los tribunales constitucionales*, Barcelona, Ariel, 1994.

al Tribunal Constitucional. Ya el propio presidente Allende proponía entregarle la “facultad para conocer de las contiendas de competencia entre las autoridades políticas y administrativas y los tribunales de justicia” (Salvador Allende, *Un Estado democrático y soberano. Mi propuesta a los chilenos* [texto póstumo], España, Centro de Estudios Políticos Simón Bolívar y Fundación Salvador Allende, 1993, p. 29).

¹³⁸ CPR, artículo 93, numeral 10.

¹³⁹ CPR, artículo 93, numeral 13.

- GÓMEZ B., Gastón, *La jurisdicción constitucional chilena*, Santiago, Cuadernos de Análisis Jurídicos de la Universidad Diego Portales, 1999.
- GONZÁLEZ GARCÍA, Julio, *Las sentencias básicas del Tribunal Supremo de los Estados Unidos de América*, 2ª. ed., Madrid, CEPC, 2006.
- GONZÁLEZ OROPEZA, Miguel, *Constitución y derechos humanos. Orígenes del control jurisdiccional*, México, Porrúa - Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 2009.
- GUERRA, José Guillermo, *La Constitución de 1925*, Santiago de Chile, Editorial Establecimientos Gráficos Balcells & Co., 1929.
- GUZMÁN DINATOR, Jorge, *Nueva sociedad, vieja constitución*, Santiago, Editorial Orbe, 1964.
- GROPPI, Tania, *Las grandes decisiones de la Corte Constitucional Italiana*, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2008.
- HUNEUS Z., Jorge, *La Constitución ante el Congreso*, t. II, Santiago, Impr. Cervantes, 1880.
- KELSEN, Hans, *¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?*, Madrid, Tecnos, 1995.
- NAVARRO BELTRÁN, Enrique, “Derecho a la privacidad y libertad de información”, *Revista de Derecho Público*, núm. 61, 1998-1999.
- _____, “El recurso de inaplicabilidad, revisión de 20 años de jurisprudencia”, *Gaceta Jurídica*, núm. 267, 2002.
- _____, “El Tribunal Constitucional y las reformas constitucionales de 2005”, *Revista de Derecho Público*, núm. 68, 2005.
- _____, “Constitucionalización del derecho civil: la protección sobre las cosas incorporales”, en Mauricio Tapia (ed.), *150 años del Código Civil*, Santiago de Chile, Editorial Lexis Nexis, 2005.
- _____, “Notas sobre principios de derecho constitucional tributario”, *Revista de Derecho Público*, núm. 70, 2008.
- _____, “La justicia constitucional chilena, después de la reforma de 2005”, en *Libro Homenaje al Dr. Héctor Fix Zamudio*, Ciudad de México, t. III, Editorial Porrúa, 2008.
- _____, *La Corte Suprema de Justicia y don Manuel Montt*, en Bernardino Bravo Lira y Felipe Vicencio (eds.), *Manuel Montt: Educador, legislador, gobernante y magistrado*, t. I, Santiago de Chile, Fundación Manuel Montt, 2009.
- _____, “El papel del Tribunal Constitucional chileno en contextos de justicia transicional”, en Jessica ALMQVIST y Carlos ESPÓSITO (coords.), *Justicia transicional en Iberoamérica*, Madrid, CEPC, 2009.
- _____, “Notas sobre la evolución histórica del control de constitucionalidad de las leyes en Chile”, *Libro homenaje a Bernardino Bravo L.*, *Revista de Historia del Derecho*, núm. 22, 2010.
- _____, “Notas sobre sobre requerimiento de inaplicabilidad de jueces”, *RDUC*, 2010.
- _____, “Principios que rigen en materia de derecho administrativo sancionador reconocidos por la jurisprudencia chilena”, en Miguel SCHWEITZER WALTERS

- (coord.), *Nullum crimen, nulla poena sine lege. Homenaje a grandes penalistas chilenos*, Santiago, Editorial Universidad Finis Terrae, 2010.
- _____, “Bases constitucionales del principio de transparencia”, *Revista de Derecho Público*, núm. 73, 2010.
- _____, *La ley fundamental alemana y la Constitución Política Chilena*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2010.
- _____, “El control de constitucionalidad de las leyes en Chile 1811-2011”, *Cuadernos del Tribunal Constitucional*, núm. 43, 2011.
- _____, “Debido proceso y jurisprudencia del TC”, en Jaime Arancibia M. (ed.), *Litigación pública*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2011.
- _____, “Acción indemnizatoria por error judicial”, en *Libro Homenaje a Francisco Cumplido*, Asociación Chilena de Derecho Constitucional, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2011.
- _____, “Notas sobre inconstitucionalidad de las leyes en Chile”, en Asociación Chilena de Derecho Constitucional (ed.), *Estudios sobre justicia constitucional. Libro Homenaje a la profesora Luz Bulnes Aldunate*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2012.
- _____, “Autos acordados y control constitucional”, en Humberto NOGUEIRA A. (coord.), *Reflexiones acerca del Tribunal Constitucional y sus competencias a ocho años de la reforma de 2005*, Santiago, Centro de Estudios Constitucionales - Librotecnia, 2013.
- NOGUEIRA A., Humberto, *La justicia y los tribunales constitucionales de Indoiberoamérica del Sur*, Santiago de Chile, Editorial Lexis Nexis, 2005.
- PARDO FALCÓN, Javier, *El Consejo Constitucional Francés*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1990.
- PEREIRA MENAUT, Antonio-Carlos, *Teoría constitucional*, 2ª. ed., Santiago, S. A. Colex Editorial, 2006.
- PIZZORUSSO, Alessandro, *Justicia, constitución y pluralismo*, Lima, Palestra Editores, 2005.
- ROUSSEAU, Dominique, *La justicia constitucional en Europa*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.
- SCHWABE, Jürgen, *Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán*, México, Fundación Konrad Adenauer, 2009.
- SILVA CIMMA, Enrique, “El Tribunal Constitucional 1971-1973”, *Cuadernos del Tribunal Constitucional*, núm. 38, 2008.
- STERN, Klaus, *Jurisdicción constitucional y legislador*, Madrid, Dykinson, 2009.
- ZAGREBELSKY, Gustavo, *Principios y votos. El Tribunal Constitucional y la política*, Madrid, Trotta, 2008.
- ZAPATA L., Patricio, *Justicia constitucional, teoría y práctica en el derecho chileno y comparado*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2008.

VOLVER A LA TABLA DE CONTENIDO

Farit Limbert Rojas Tudela* (Bolivia)

Por una genealogía del saber jurídico**

RESUMEN

Este ensayo propone reinterpretar la relación entre derecho y justicia. Para ello, propone una lectura genealógica desde la perspectiva del pensador francés Michel Foucault. Se parte del análisis de la relación entre derecho y justicia en la Antigüedad y la Edad media. Se revisan las transformaciones del derecho en la Edad Moderna y se concluye con un examen de las actuales concepciones de la relación derecho-justicia.

Palabras clave: derecho, justicia, tradición jurídica occidental.

ZUSAMMENFASSUNG

Der Artikel schlägt eine Neuinterpretation des Verhältnisses von Recht und Gerechtigkeit und greift dafür auf eine genealogische Lektüre des französischen Denkers Michel Foucault zurück. Zunächst wird das Verhältnis von Recht und Gerechtigkeit in der Antike und im Mittelalter analysiert. Sodann werden die Rechtstransformationen in der Neuzeit untersucht, um abschließend auf die heutigen Ansätze zum Verhältnis von Recht und Gerechtigkeit einzugehen.

Schlagwörter: Recht, Gerechtigkeit, westliche Rechtstradition.

ABSTRACT

This article proposes an interpretation of the relationship between Law and Justice, for which it proposes a genealogical reading from the perspective of the French

* Constitucionalista con especialidad en Historia y Filosofía, máster en Investigación Social y doctor en Ciencias del Desarrollo mención Justicia. Ha sido investigador del proceso constituyente boliviano y asesor técnico de Bolivia ante la Corte Internacional de Justicia en La Haya (Holanda). Actualmente es investigador del Centro de Investigaciones Sociales (CIS) de Bolivia. faritrojas@yahoo.com.

** Texto trabajado sobre un capítulo de la investigación “Derecho y Currículum”, presentada por el autor para obtener el grado de Magister en Investigación Social en la Universidad del Programa de Investigación Estratégica de Bolivia (U-PIEB).

thinker Michel Foucault. It begins by analyzing the relationship between Law and Justice in antiquity and the Middle Ages. It analyzes the transformation of Law in the Modern Age, and concludes with a visit to current conceptions of the Law – Justice relationship.

Keywords: Law, Justice, Western Legal Tradition.

Introducción

El presente texto ensaya una lectura genealógica, en términos de Michel Foucault,¹ de la relación justicia-derecho. Parte de cuestionar qué es el derecho y cuál su relación con la justicia. Para responder a estas preguntas se analizan los usos de los términos latinos '*jus*' y '*directum*'. En el primer caso se examina la cercanía de usos entre el '*ius*' romano y el término griego '*yugo*', cercano a la noción de justicia, también llamada *diké*. En el segundo caso –el término '*directum*'– se estudia la cercanía del *directum* con el nacimiento del cristianismo y el catolicismo (como el único camino recto). Se busca especular entre las posibles transformaciones, desplazamientos y convivencias del *ius* (o yugo griego) y el *directum* o derecho. No se pretende presentar una historia lineal entre *ius* y *directum*, sino desplazamientos, convivencias y usos.²

En este tránsito y desarrollo de acontecimientos que se refieren en el texto también se analiza especulativamente la oposición público-privado como un efecto de esta relación tensa entre el *ius* y el *directum*. La condición pública que suponía el *ius* se desplaza a una condición privada, a una reunión de privados contra el nuevo estado de lo público. El *directum*, como producción monopólica del Estado y de su ejercicio de poder, funda –en nuestra comprensión– una nueva construcción de lo público, entendido como aquello que es del Estado y que se mantendrá, con sus modificaciones, hasta el presente.

Lo contradictorio, para la tesis que sostiene este ensayo, radica en que las revoluciones de finales del siglo XVIII, específicamente la francesa de 1789 –llevadas a cabo por el llamado “tercer Estado” (burguesía emergente), que se reivindica como “los privados”–, no transforman la condición pública del derecho; en su lugar, proponen la construcción de una base legal y doctrinal para hegemonía de lo privado, que impacta en la construcción del constitucionalismo liberal y de lo que será la tradición del derecho civil en los siglos XIX y XX, y que habitará el espíritu del derecho a partir de su impregnación en la enseñanza misma de los saberes jurídicos en las universidades, hasta nuestro presente.

¹ Y también en la comprensión que tiene del mismo término Friedrich Nietzsche.

² Por ello no se presenta este texto como una historia del derecho, sino como una genealogía.

Este movimiento del *ius* al *directum*, de lo público a lo privado, del constitucionalismo a la hegemonía del derecho civil, de la manera en la que se inventa el saber jurídico que hoy en día se enseña en universidades, es justamente la intención de la genealogía en la comprensión de Foucault: dar cuenta de una variación, de una contingencia que pueda explicar una posibilidad argumentativa del presente en que vivimos.³

El texto culmina con una breve referencia al fallecido filósofo francés Jacques Derrida, quien encuentra en la idea de justicia el motor de la deconstrucción del derecho, es decir, es porque buscamos la justicia (lo cual da a entender que no la tenemos) que transformamos el derecho (lo armamos y desarmamos). Derrida parte de una falta, de una pérdida del origen, y muestra al derecho como el intento (siempre imposible) de llenar ese origen. Esa pérdida, esa falta, sería, para nuestra argumentación, la distancia que se produce, históricamente, entre *ius* y *directum*.

El texto se desarrolla en cuatro apartes y presenta al final una bibliografía de los textos consultados en su realización. Tiene la intención de ofrecer un conjunto de materiales y herramientas para hacer nuevas lecturas del derecho, la justicia, la constitución y la enseñanza de las disciplinas jurídicas.

1. El derecho

¿Qué es derecho?, ¿es una construcción de fuerzas?, ¿es la fuerza misma?, y si es la fuerza misma, es acaso ¿un mecanismo de violencia?, ¿un dispositivo por el cual discurre la dominación?

Derrida señala que el derecho “es siempre una fuerza autorizada, una fuerza que se justifica o que está justificada al aplicarse [...]. No hay derecho sin fuerza”⁴ Esa fuerza es la que se encuentra inmanente en el derecho y en la justicia que se convierte en ley, en coerción legal; es siempre una fuerza realizadora. No hay aplicación de la ley sin fuerza, “sea ésta directa o no, física o simbólica, exterior o interior, brutal o sutilmente discursiva –o incluso hermenéutica–, coercitiva o regulativa, etc.”⁵

El derecho encierra en sí, ontológicamente, la fuerza, la coerción y la violencia, pero no olvidemos que es una fuerza autorizada o justificada o legítima; tanto en lo autorizado como en lo justificado o legitimado se esconde la razón de ser de la

³ “El método genealógico es, en verdad, una tentativa de desujetar los saberes históricos, es decir de volverlos también capaces de oposición y de lucha contra el orden del discurso, que es también un orden del saber [...]. La genealogía parte así, en pos de lo que Foucault definiría –en tanto y en cuanto sea factible– como una instauración de diferencia: buscará verificar la posibilidad de una variación” (Judith Revel, *Foucault, un pensamiento de lo discontinuo*, Buenos Aires, Editorial Amorrortu, 2014, p. 79).

⁴ Jacques Derrida, *Fuerza de ley*, Madrid, Tecnos, 1997 [1994], p. 14.

⁵ *Idem*.

doctrina jurídica: justificar, autorizar, legitimando la violencia, la dominación, diría Foucault.⁶

2. Del *ius* al *directum*

Los romanos llamaban *ius* a algo parecido al derecho –*ius*, del latín *iustitia*–, que tiene una referencia (posiblemente inmediata) al término griego *yuxn*. Encontramos este último en *Edipo Rey*, de Sófocles (Creonte acusa a Edipo de haber despreciado la *yuxn*, es decir, la justicia),⁷ y en el *Juicio*, de Sócrates (los 500 jueces tenían prohibido deliberar, “cada cual actuaba según su conciencia, de acuerdo a un juramento que previamente ha realizado y por el que se comprometía a votar de acuerdo a las leyes allí donde existan leyes, y donde no existan, votar lo más justamente (*yuxn*) que podamos”).⁸ ¿Qué era este término *yuxn*? Pues parece un pariente lejano del latín *iugum*, yugo, yunta, *iungo*: unir, juntar. Según el Diccionario de don Sebastián de Covarrubias, yugo “es una cierta pértiga, acomodada para unir con ella los bueyes y las mulas para la carretería o para la labor de la tierra, para los caballos y otros animales que han de tirar las carrozas o carros triunfales”;⁹ lo que posibilita que los bueyes caminen como si fueran uno es la yunta, el yugo. Es decir, el yugo es lo que une por la cabeza a dos o más bueyes para que caminen al unísono. Una especie de relación intersubjetiva que podía inventar lo objetivo, conforme a similares condiciones de posibilidad de conocimiento. Por ello, en el juicio a Sócrates, se esperaba que sin deliberación la votación de los 500 se basara en esta relación intersubjetiva.

Sigamos con esta relación entre yugo y justicia. En una referencia realizada por Derrida a Heidegger, respecto a los usos de algo parecido a la idea de justicia en la Grecia antigua, se señala lo siguiente:

[J]usticia, traducción ésta ciertamente problemática de *Diké*. Uno de los lugares más sensibles, aunque desde luego no el único, en esta singular topología sería, quizá hoy en día, la *Sentencia de Anaximandro*. Heidegger interpreta allí *Dike* como juntura, conexión, ajuste, articulación del acorde o de la armonía, *Fug Fuge* (*Die fuge ist der fug*). En tanto se la piensa a partir del ser como presencia (*als anwesen gedacht*), *Dike* conjunta armoniosamente, de alguna manera, la juntura y el acorde. *Adikia*, lo contrario: a la vez lo que está

⁶ Para mayor referencia, ver Foucault, *Defender la sociedad*, México, Fondo de Cultura Económica, 2000 [1997] y *La verdad y las formas jurídicas*, Barcelona, Gedisa, 2001 [1978].

⁷ Para profundizar, ver Foucault, *La verdad y las formas jurídicas*, *ibid.*

⁸ Luri Medrano, *El proceso de Sócrates*, Madrid, Trotta, 1998, p. 20.

⁹ Sebastián Covarrubias Orozco, *Tesoro de la lengua española de 1611*, Madrid, RAE, 1995 [1611], p. 977.

disyunto, desencajado, torcido y fuera del derecho, en el entuerto de lo injusto, incluso en la necesidad.¹⁰

La *Sentencia de Anaximandro* es el nombre de un texto de Heidegger en el que se reflexiona sobre la justicia. Según esta referencia de Derrida (respecto a Heidegger), *diké*, o la justicia, es el acuerdo que junta y acuerda. *Diké* es la relación con el otro, es decir, el yugo, pero también la posibilidad de comprenderla como justicia.

Si Heidegger encontraba, en su trabajo filológico, esta relación entre justicia y yugo, y sin articular una referencia al *directum* o derecho, ¿en qué momento se habilita el término derecho, *directum* o *directus*, para referirse a lo jurídico? La respuesta puede encontrarse en el siglo IV d. C., en los acontecimientos entre el 313 d. C. y el 380 d. C., en el *Edicto de Milán* y el *Edicto de Tesalónica*, respectivamente.¹¹ El primero dejaba de perseguir a los nazarenos (denominativo de los cristianos) y el segundo oficializaba la religión cristiana como religión oficial del Imperio. El acontecimiento fue la batalla entre Constantino y Majencio en el puente Milvio en el año 312; Constantino había triunfado por un ardid: utilizar el símbolo de la cruz en la batalla. Como señalan el historiador de la religión Carlos Cid y Riu:

(L)a victoria de Constantino frente a su rival Majencio, obtenida gracias al símbolo de la cruz, abrió a los cristianos el paso a la libertad de acción, decidida en el llamado edicto de Milán (313). De hecho la medida adoptada por Constantino y Licinio, de común acuerdo, significaba la plena libertad de cultos en el Imperio. Era el primer eslabón de una cadena que en el año 380 llevó a Teodosio a declarar, en el edicto de Tesalónica, la religión del apóstol Pedro, religión oficial del Imperio Romano.¹²

Entonces, la religión de los nazarenos pasó de clandestina –perseguida ferozmente hasta el año 303 d. C.– a religión imperial, es decir a religión oficial y, en consecuencia, habilitaba la coerción para asegurar su culto.

El maridaje entre Iglesia e imperio produjo el denominado Cesaropapismo y así comenzaron las coerciones, los excesos y la violencia a aquellos que enseñan o sostienen cosas contrarias a la fe de Cristo –en versión de la Iglesia–, al camino verdadero, al *directus*; como lo señala el *Manual de inquisidores*, de Nicolau Eimeric (1376), el delincuente es aquel que se permite elegir cuando ya no debe elegir nada distinto de la verdad.¹³

¹⁰ Jacques Derrida, *Espectros de Marx. El estado de la deuda, el trabajo del duelo y la nueva internacional*, Madrid, Trotta, 2003 [1995], p. 37.

¹¹ Para profundizar, ver Carlos Cid y Manuel Riu, *Historia de las religiones*, Madrid, Óp-tima, 2000.

¹² *Ibid.*, p. 409.

¹³ Para profundizar, ver Nicolau Eimeric y Francisco Peña, *Manual de los inquisidores*, Madrid, Altamira, 1996 [1578].

Entonces, el derecho, herramienta de imperio, se inventa con la oficialidad de la verdad; en menos de 15 años, los romanos asistieron a una transformación, por razones de guerra, de la verdad sobre los nazarenos. Así, el derecho tendrá que afirmarse contrario al *ius*, al *iugum*, a la *dike*; ya lo señalará el diccionario de 1611, de don Sebastián de Covarrubias: “[T]odos los yugos son pesados, si no es el de nuestro redentor, especialmente que yugo dice junta de dos, y si Cristo le lleva con nosotros, muy poco será nuestro trabajo. Yugo es la observancia de la ley”.¹⁴

Este cambio, este desplazamiento de la justicia, acompañará a la invención política de la herejía.

Herejía proviene del griego *airesis*, que significa elegir, optar.¹⁵ En un inicio no tuvo un sentido estigmatizante o infamante y menos delictivo; era hereje el que elegía u optaba por una determinada escuela filosófica. Sin embargo, desde que se impuso en el Imperio Romano la interpretación de la realidad por parte de la Iglesia católica, el concepto pasó a asimilarse como error, como delito.

Entonces, el derecho es constituido en una relación dialéctica, en la alteridad con la herejía; los herejes, recordemos a Eimeric¹⁶ y su manual de inquisidores, son verdaderos delincuentes en materia de fe, por permitirse elegir cuando no debían escoger nada distinto de la verdad. Esta verdad se sostenía sobre dos núcleos de poder: el emperador y el papado, que luego pasarán a ser el rey y el papa; esta dualidad de poder explica la difusa diferenciación entre pecado y delito, y entre pena y penitencia, que terminaron por confundirse en el caso de la herejía. Cabe señalar también la relación de culpa y deuda, como deuda a la verdad, a la Iglesia y, con el paso del tiempo, al poder del rey. Friedrich Nietzsche analiza esta relación deuda-culpa en el capítulo segundo (culpa y mala conciencia) de su obra titulada *Genealogía de la moral*.¹⁷

En nuestra tesis de explicación para este texto, consideramos que este desplazamiento canceló la base pública del *ius*, de la Asamblea, de la *eklessia* griega en el caso de la *dike*, de los comicios de las curias en la República Romana.¹⁸ Lo público, antes de la arremetida política del Cristianismo, se basaba en la participación en el espacio del *populus*, de lo público en contradicción con lo privado, pues el privado era el que no poseía voz, el que era despojado de su participación en lo público, como lo señala Richard Sennett en su libro *Carne y piedra*: “[A] regresar a la ciudad, las

¹⁴ Covarrubias Orozco, *op. cit.*, p. 977.

¹⁵ Cavallero tiene un estudio sobre la Inquisición y una serie de reflexiones sobre el origen del término herejía (Juan Ricardo Cavallero, *Justicia inquisitorial: el sistema de justicia criminal de la Inquisición española*, Buenos Aires, Editorial Ariel, 2003).

¹⁶ Para profundizar, ver Eimeric y Peña, *op. cit.*

¹⁷ Ver Friedrich Nietzsche, *Genealogía de la moral*, Madrid, Alianza, 1997 [1972].

¹⁸ La base pública entendida como asamblea, *eklesia* o comicios se la encuentra en Norberto Bobbio, *Estado, Gobierno y sociedad*, México, Fondo de Cultura Económica, 2004 [1985].

mujeres volvían a las sombras. Los esclavos y residentes extranjeros tampoco tenían derecho de hablar en la ciudad, puesto que también eran cuerpos fríos”.¹⁹

El desplazamiento²⁰ que se señala supondrá que lo público será lo del Estado, lo del poder, y lo privado será aquello perteneciente a los que no participan del poder, ya el *corpus iuris* de Justiniano señalaba que derecho público es: “(Q)uod ad statum rei romanae spectat” [lo que se refiere a la condición del Estado romano].²¹

Asimismo: “[P]rivatus qui in magistratu non est” [es privado quien no ocupa magistraturas].²² Privado no significa solamente algo personal, atinente a la interioridad de tal o cual; privado significa antes que nada privo: privado de voz, privado de presencia pública.²³

Y, finalmente, el principio que señala que el derecho público no puede ser modificado por los pactos entre partes. El derecho público se levanta como derecho soberano, pues este ya no tiene su fundamento en el *ius*, en lo convencional, sino en el discurso del soberano; más adelante se observará cómo existió un desplazamiento de lo público a lo privado después del embate liberal donde se tratará de limitar lo público para la libertad de los privados, pero retornando al problema del soberano, del rey. El discurso verdadero será lógicamente el *directus* y no ya el *ius*.

El cambio del *ius* al *directus* históricamente supuso cuatro elementos:

- a) Fue el mecanismo de poder efectivo que luego usufructuaría la monarquía feudal; mecanismo de poder efectivo pues se configura como dispositivo de poder, de continuidad del poder del emperador, del soberano, del rey, como saber que impregna los cuerpos, pues “poder y saber se implican directamente el uno al otro [...] no existe relación de poder sin constitución correlativa de un campo de saber”.²⁴
- b) Fue la justificación para la constitución de las grandes monarquías administrativas, pues se podía indagar, inquirir bajo el manto de la religión, y sería entonces el manto sobre el cual caminaría la Inquisición europea.²⁵
- c) Fue un ardid de legitimidad, pues se limitaría el poder real, pero, a la vez, se lo fortalecería, se lo legitimaría; el derecho sería un juego binario de obli-

¹⁹ Richard Sennett, *Carne y piedra*, Madrid, Alianza, 2002 [1994], p. 73.

²⁰ Se ha preferido utilizar el término “desplazamiento”, entendido como un movimiento no inmediato ni violento, sino paulatino, lo cual supone que hubo coexistencias entre el *ius* y el *directum*, pero que con el tiempo uno ocupó el espacio del otro, sin que el otro hubiera desaparecido sino desplazado otro espacio de comprensión.

²¹ Justiniano, citado en Bobbio, *op. cit.*, p. 11.

²² *Idem.*

²³ Paolo Virno, *La gramática de la multitud*, La Paz, Editorial Malatesta, 2004 [2002], p. 8.

²⁴ Michel Foucault, *Vigilar y castigar*, Buenos Aires, Editorial Siglo XXI, 2003 [1975], p. 34.

²⁵ Para profundizar, ver Foucault, *La verdad y las formas jurídicas*, *op. cit.*

gaciones, deberes a cambio de derechos, de límites al poder, pero derechos solo bajo el reconocimiento de este poder.

- d) Serviría, con el tiempo, de modelo alternativo para construir las democracias parlamentarias, pues se trataría del rey en el centro. De sus derechos y de su función representativa (el gran Leviatán a cuya cabeza está el rey como cuerpo representativo), la que se desplaza al interior de la democracia de los siglos XVII y XVIII, pues no hay gobierno más representativo que la monarquía; allí, uno representa a muchos, a todos.²⁶

En esta construcción de lo jurídico, del saber jurídico, el sistema del derecho y el campo judicial son el vehículo permanente de relaciones de dominación, de técnicas de sometimiento polimorfos. Como lo señala Foucault, hay que ver el derecho no por el lado de una legitimidad a establecer, sino por el de los mecanismos de sometimiento que pone en acción. Por lo tanto, la cuestión es eludir o evitar el problema, central para el derecho, de la soberanía y la obediencia de los individuos sometidos a ella y poner de relieve, en lugar de una y otra, el problema de la dominación y el sometimiento, que con las transformaciones del derecho, en tanto disciplina, en tanto saberes, adquirirá matices, aparatos e instituciones distintas en la transmisión de saberes realizada por las instituciones de enseñanza.

3. De lo público a lo privado: constitución del derecho moderno

Decíamos que existió un desplazamiento de lo público a lo privado después del embate liberal donde se trataría de limitar lo público para la libertad de los privados. Este desplazamiento se desarrolló en el momento de las revoluciones burguesas, tanto la inglesa del siglo XVII como la norteamericana y la francesa del siglo XVIII.

Durante las revoluciones burguesas sucede, desde nuestro parecer, un acontecimiento interesante, que marcará la constitución del derecho moderno.²⁷ En el momento de la toma del poder por parte de los grupos y facciones burguesas no se trató de conquistar el poder de Estado y desarrollar lo público, sino, todo lo contrario, se tomaron los aparatos e instituciones estatales para limitar lo público y fortalecer lo privado, dando paso a la expresión *laissez faire, laissez passer*, que era la fórmula mediante la cual la causa de la libertad de los privados pretendía limitar lo público. El impulso del capitalismo inscribía al derecho como aparato de relevo, es decir, usaba al derecho para expandirse, para constituirse.

²⁶ *Idem.*

²⁷ Fioravanti considera que las constituciones de la Edad Moderna fundaron, obviamente, el derecho moderno (Maurizio Fioravanti, *Constitucionalismo, experiencias históricas y tendencias actuales*, Madrid, Editorial Trotta, 2014).

Sin embargo, esta invención de un gobierno burgués, un Estado de los privados, generó una aparente contradicción.²⁸ Por un lado, la aparición, en el contexto de las revoluciones, del constitucionalismo y del derecho constitucional; por otro lado, el retorno de las codificaciones romanas escritas con el establecimiento en la Francia del siglo XIX del Código Civil Napoleónico, que sirvió como modelo para todo el naciente sistema romanista (norma escrita, derecho positivo) y la tradición de derecho privado que se extenderá por todos los nacientes países sudamericanos.²⁹

La aparente contradicción se encuentra en la fuerza que desarrollarán ambas tradiciones: la del derecho constitucional (que se volverá titular de la tradición del derecho público) y la del derecho privado. Como señala el jurista Escobar Fornos, “el inicio de la codificación no partió de los valores y principios de la Constitución; para ese entonces existía una separación tajante entre el derecho público y el derecho privado [...] por ejemplo el Código Civil fue elaborado a partir de las tradiciones del derecho común burgués y no de los postulados constitucionales”.³⁰

El derecho constitucional tendrá un desarrollo eminentemente liberal durante el siglo XIX, para luego tender a un desarrollo con componentes sociales durante el siglo XX, en virtud de la influencia del pensamiento social. En esta última etapa de desarrollo del derecho constitucional se genera el Estado social de derecho, entendido como la regulación constitucional con el objetivo de desarrollar una redistribución e igualdad de sus ciudadanos, como señala el constitucionalista Álvarez Conde: “[C]on el desarrollo del Estado social de bienestar, se corrigen las contradicciones económicas y sociales”.³¹ Esta tendencia será siempre programática en lo que se refiere a las políticas públicas de su desarrollo, y siempre dogmática-filosófica en cuanto a su justificación doctrinal. Y tanto en su desarrollo como en su justificación, lo social del derecho se erigirá como una promesa, como un imaginario-destino.

Por otro lado, el Código Civil de Napoleón trató de relativizar la presencia política de la Constitución, derivándola a un plano meramente utópico, y los juristas napoleónicos trataron de presentar el Código Civil de Napoleón como un resultado práctico, de carácter universal y de concretización inmediata:

²⁸ Por una “aparente contradicción” entendemos una supuesta incompatibilidad entre el derecho constitucional y el derecho civil. Primero porque el derecho constitucional es pensado como parte del derecho público, por lo menos desde finales del siglo XIX y durante el siglo XX, y, obviamente, el derecho civil era la base del derecho privado. Sin embargo, es aparente esta contradicción porque, en ambos casos, por lo menos desde nuestra argumentación, las narrativas de ambos, tanto de las constituciones liberales del siglo XIX como de los códigos civiles, privilegiaban en sí la hegemonía privada por encima de la pública.

²⁹ Bolivia fue el primer Estado sudamericano en adoptar el Código Civil Napoleónico en 1834, y antes, en 1825, asumió una serie de saberes y organización estatal de influencia francesa y española.

³⁰ Iván Escobar Fornos, *Los derechos humanos y el control del poder privado*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2001, p. 11.

³¹ Enrique Álvarez Conde, *Curso de Derecho Constitucional*, Madrid, Tecnos, 1992, p. 105.

[D]urante varios decenios después de la promulgación del Código Napoleónico (el Código Civil francés de 1804), un grupo de juristas franceses sostuvo tercamente la ficción de que la historia era irrelevante para la interpretación y aplicación del Código. Este punto se ilustra con la declaración frecuentemente citada de un abogado francés de la época: “no sé nada del derecho civil; sólo conozco el Código Napoleónico” [...]. En esta forma, el Código Civil francés de 1804 se concebía como una especie de libro popular que podía colocarse en el librero al lado de la Biblia familiar.³²

Así, el derecho que se aplica, y no el que se promete, es el derecho de la vida cotidiana, de los negocios, de las cosas.

Ambas tradiciones, tanto la Constitucional como la del Código Civil, despertaron gran interés en países europeos y latinoamericanos durante la primera parte del siglo XIX; sin embargo, el Código Civil, en virtud de su discursiva omnipresencia en la vida de los privados, tomó con mayor fuerza su estriamiento y su desarrollo en el currículum de enseñanza en derecho. Era el derecho práctico, el derecho de todos los días, y, en consecuencia, el derecho que permitía ingresos más fácilmente. Saber derecho se empezó a convertir en saber un oficio de defensa de los intereses burgueses.

La enseñanza del derecho se configuró en relación con el ámbito privado trazado por una currícula, en la que las materias en Derecho Civil se constituyeron en el tronco común del Derecho (o también denominada currícula seriada). Esta tendencia parte del siglo XI, en la Universidad de Bolonia en Italia, en la que se fundó la matriz de la currícula del Derecho en el *corpus juris* de Justiniano,³³ dividido en las materias de: Personas, Cosas, Obligaciones, Contratos y Sucesiones, que pasaron a ser la base esencial del Derecho, reflejada en los cinco civiles o cinco materias de Derecho Civil que, conjuntamente con las materias de procedimientos y forenses, son el tronco de la currícula de las carreras de Derecho hasta el día de hoy en la mayoría de los países que poseen un sistema romanista.

³² John Henry Merryman, *La tradición jurídica romano canónica*, México, Fondo de Cultura Económica, 2003 [1969], pp. 63-64.

³³ Justiniano, emperador romano del siglo VI d. C. que residió en Constantinopla, “tuvo dos motivaciones principales cuando ordenó la preparación, bajo la dirección del jurista Triboniano, de lo que se llama ahora el *Corpus Juris Civilis*. Primero, era un reaccionario: consideraba decadente el derecho romano contemporáneo; trataba de rescatar el sistema legal romano de varios siglos de deterioro y devolverle su pureza y su grandeza de otros tiempos. Segundo, era un codificador: la masa de materiales autorizados y semiautorizados se había vuelto tan grande, e incluía tantos refinamientos y puntos de vista diferentes, que Justiniano estimó conveniente eliminar lo que estuviera errado o fuera oscuro o repetitivo; resolver conflictos y dudas; y organizar lo que le conviniera conservar en alguna forma sistemática. En particular le preocupaba a Justiniano el número, la extensión y la diversidad de los comentarios y tratados escritos por académicos legales (jurisconsultos). Trató de abolir la autoridad de quienes no fuesen los más grandes jurisconsultos del período clásico, y hacer innecesaria la redacción de más comentarios o tratados” (*ibid.*, pp. 25-26).

Con la fuerza discursiva del Código Civil francés de 1804, el saber jurídico del derecho privado se configuró como el núcleo del derecho. Así, Savigny (jurista alemán del siglo XIX) señalaba que “así como podían estudiarse los datos naturales en la biología, la química o la física para determinar los principios más generales de los que eran manifestaciones específicas, podrían estudiarse los datos de derecho civil a fin de identificar y extraer de ellos los principios inherentes del orden legal, de los que eran expresiones específicas”.³⁴ En Sudamérica, el ilustrado Andrés Bello sostenía algo similar: el derecho privado, el derecho civil “domina las facultades de derecho, impregna los libros de derecho y así se perpetúa a sí misma”,³⁵ a tal punto que se podría hablar de naciones de derecho civil.³⁶

En el caso de la enseñanza del Derecho Constitucional, la primera cátedra fue instituida en París el 22 de abril de 1834 y confiada al jurista Pellegrino Rossi, que estudió en la Universidad de Bolonia y tuvo una tendencia marcada hacia el Derecho Civil; su acercamiento a la disciplina del Derecho Constitucional estuvo mediada por la economía y la política.³⁷ Este dato nos lleva a considerar que si bien el Derecho Constitucional fue consignado como una rama importante en los siglos XIX y XX, su estudio se relacionó cada vez más con la ciencia política y la economía, y, con énfasis en el siglo XX,³⁸ con la vertiente liberal de los derechos humanos: “[H]oy se inicia la aplicación de los derechos humanos en las relaciones privadas, las que se desenvuelven dentro de una sociedad corporativa y globalizada”,³⁹ en tanto el currículum del saber jurídico se mantuvo y se mantiene en esta parte del mundo (América Latina) concentrado en el área privada, que parece más concreta.

En el apartado sobre América Latina del texto *Panorama de la historia universal del derecho*, de Guillermo Margadant, se señala que “en materia constitucional (en Latinoamérica), observamos generalmente cierta contradicción entre la liberal ideología formal y las estructuras sociales retrasadas; y también cierta incompatibilidad entre el frecuente individualismo de las garantías individuales, herencia del

³⁴ Savigny, citado en *ibid.*, p. 68.

³⁵ Bello, citado en *ibid.*, p. 129.

³⁶ La caracterización de naciones de derecho civil pertenece al jurista de la Universidad de Nueva York John Henry Merryman, quien señala: “[L]as naciones de derecho civil han experimentado crecimiento de campos que ponen en tela de juicio la clasificación de derecho público o derecho privado. Por ejemplo, el derecho laboral y el derecho agrario son una mezcla de elementos públicos y privados y son incompatibles con la clasificación tradicional” (Merryman, *ibid.*, p. 185).

³⁷ Para una mayor referencia, ver Pizzoruso, en Carlos Blancas Bustamante, *Derecho constitucional general*, Lima, Pontificia Universidad Católica del Perú, 1999, t. I, pp. 23 y ss.

³⁸ La constitución civilista privatista del derecho fue arremetida por juristas como Stucka y Pasukanis, de clara tendencia leninista, que consideraban el saber jurídico como saber burgués, como ideología, como parte de la superestructura. Para ambos juristas, el derecho debía transformarse y/o extinguirse ante el triunfo socialista.

³⁹ Escobar Fornos, *op. cit.*, p. 13.

siglo pasado y las necesidades del siglo XX”.⁴⁰ Esta contradicción entre los saberes del derecho público y los saberes del derecho privado, y la irrupción de este último en la esfera del primero, se ha profundizado aún más después de la Segunda Guerra Mundial, con la Declaración de los Derechos Humanos de 1948, después de la caída del muro de Berlín en 1989, con el desarrollo conflictivo del capitalismo en el siglo XXI; y si bien en la currícula de Derecho se pueden percibir las contradicciones, la preeminencia del Derecho Privado es notoria, configurándose en la discursividad liberal, en tanto los saberes que rodean al Derecho Público son cada vez más dispersos y no obedecen a una currícula seriada (es decir, una currícula con saberes escalonados, como es el Derecho Civil I, II, III, IV, V, etc.).⁴¹ El derecho público como gestión del derecho de Estado se ha visto en la imposibilidad de comprender los nuevos desarrollos del derecho, como los nuevos derechos comunes de agua y medio ambiente.

El problema no es el contenido del Derecho Privado o del Derecho Civil, sino la manera en la que su estudio y aplicación absorbe a todas las demás materias del Derecho, al punto que estos Estados devorados por la lógica positivista del derecho civil han descuidado en parte la cara social del derecho y, finalmente, han descuidado la idea misma de justicia, entendida como el *ius* romano al cual nos referíamos al comienzo de este ensayo.⁴²

Las ideas de justicia y de derecho parecen, entonces, haberse distanciado aún más.

⁴⁰ Guillermo Margadant, *Panorama de la historia universal del derecho*, México, Editorial Porrúa, 2004 [1974], p. 462.

⁴¹ Con excepción del derecho administrativo, que durante la época del capitalismo de Estado fue formalizándose con más fuerza; sin embargo, con el retorno del neoliberalismo, cedió el paso al derecho regulativo, y a una versión *soft* del derecho administrativo, en tanto normas para la gestión pública eficiente: menor gasto, menor tamaño de la burocracia.

⁴² Eric Wolf nos presenta una manera de abordar algunos problemas que trae consigo el positivismo como un método para el estudio de realidades sociales. Wolf señala que el positivismo –que surge a mediados del siglo XIX– propone una fragmentación de la realidad en busca de unidades analizables y estudiables. Sin embargo, advierte que en el momento de fragmentar la realidad, muchas relaciones no se comprenden y, en consecuencia, dejan de funcionar e incluso de existir a los ojos del positivismo. Así, señala: “El mundo de la humanidad constituye un total de procesos múltiples interconectados y que los empeños por descomponer en partes a esta totalidad, que luego no pueden rearmarla, falsean la realidad. Conceptos tales como nación, sociedad, cultura designan porciones y pueden llevarnos a convertir nombres en cosas. Sólo entendiendo estos nombres como hatos de relaciones y colocándolos de nuevo en el terreno del que fueron abstraídos, podremos esperar evitar inferencias engañosas y acrecentar nuestra comprensión” (Eric Wolf, *Europa y la gente sin historia*, México, Fondo de Cultura Económica, 1987, p. 15). “Se trata de una cuestión que no es puramente académica. Al convertir los nombres en cosas creamos falsos modelos de realidad” (p. 19). El texto de Eric Wolf del cual extraemos estas afirmaciones (*Europa y la gente sin historia*) confirma que sólo es posible negar la historia de grupos de personas a partir de concentrar los discursos de poder en las naciones hegemónicas y, en consecuencia, minar y casi destruir los discursos de las sociedades bajo dominio. Esto es lo que sucedió en el siglo XIX; paralelamente a la introducción y afirmación del paradigma positivista se construía la hegemonía histórica del

4. La justicia y el derecho hoy

Son muchas las lecturas de la relación entre derecho y justicia.⁴³ Para finalizar este breve ensayo nos referiremos a la propuesta deconstruccionista del francés Jacques Derrida. En una conversación con John D. Caputo, Derrida señala:

Existe una historia de los sistemas legales, de los derechos, de las leyes, de las leyes positivas, y esta historia es una historia de la transformación de las leyes. Esa es la razón por la cual están ahí. Es posible mejorar el derecho, se puede reemplazar una ley con otra. Existen constituciones e instituciones.

Estado moderno, un Estado claramente monoétnico y monosexual. Lamentablemente, las ciencias jurídicas adaptaron para sí el argumento positivista y de él hicieron el centro de su metodología: la dogmática jurídica; por ello, una investigación que trate no de lo que dice el derecho, sino de cómo funciona, como actividad cultural concreta en la práctica, puede ser considerado un estudio sociológico del derecho desde la idea romana del *ius*.

⁴³ Justicia es un término moral, político y jurídico que ocupa un lugar importante en las teorías sociales, jurídicas y políticas. Para muchos juristas, es el concepto central que estructura la vida pública y justifica el ejercicio del poder público, aunque los debates sobre lo que es o no la justicia han dificultado tener una teoría comprensiva y acabada sobre ella. Es posible que el libro *Teoría de la justicia*, de John Rawls, sea el que ha gozado de mayor difusión, pero también el que ha generado más discusiones y controversias, al punto que Rawls reformuló su teoría varias veces, desde las revisiones en sus ediciones y traducciones hechas por él mismo hasta las explicitadas en sus propias clases. La *Teoría de la justicia* de Rawls sostiene, dicho en un resumen muy apretado, que las instituciones de justicia de una sociedad deben ser racionales y promover los principios de libertad y de diferencia; justamente los alcances de estos dos principios han sido motivo de múltiples reformulaciones. Rawls no realiza una teoría de la decisión justa ni de la argumentación jurídica de una sentencia, sino de las instituciones justas de la sociedad (o del modelo racional del diseño de instituciones justas), desde los márgenes del liberalismo político, lo cual supone un individuo racional universal, que vive en una sociedad democrática y liberal, dispuesto a ser juzgado por una justicia procedimental perfecta. Un grupo de críticas a Rawls, mencionadas varias veces en los manuales de teoría de la justicia (por ejemplo, Tom Campbell, *La justicia. Los principales debates contemporáneos*, Barcelona, Gedisa, 2002; Roberto Gargarella, *Las teorías de la justicia después de Rawls*, Buenos Aires, Paidós, 1999), son las que sostienen los comunitaristas, que en otro resumen apretado pueden caracterizarse como las disputas respecto a la concepción del sujeto individuo racional universal en la cual se basa Rawls. La crítica comunitarista a Rawls comparte una serie de principios y postulados con el llamado giro lingüístico. Para el giro lingüístico, el ser humano no puede sustraerse a su cultura, a su mundo, que no es otro que su existir histórico y comunitario. Incluso, las ideas liberales de Rawls no son más que el resultado de su existir histórico y su pertenencia al mundo liberal en el cual Rawls no es más que uno de sus miembros. En este sentido, es la lengua del otro quien habla. La lengua nos da su palabra y, al hacerlo, nos provee de un sistema signifiante que nos permite comprender y darle sentido al mundo; sin embargo, no nos queda otra posibilidad que confiar en él, ya que no podemos acceder a un mundo prelingüístico. Por ello, siempre habitamos un lenguaje y este es el que permite un acceso al mundo. Ya sea desde el razonamiento de la crítica comunitarista o del denominado giro lingüístico, lo que llamamos justicia no es posible de concebir sin el lenguaje y la correspondiente aceptación de todos los participantes en un espacio de justicia, de yugo y comunicación.

Esta es una historia, y una historia como tal puede deconstruirse. Cada vez que reemplazamos un sistema legal por otro, una ley por otra, o que mejoramos la ley, estamos realizando una suerte de deconstrucción, una crítica y una deconstrucción. Por lo tanto, el derecho como tal puede deconstruirse y debe deconstruirse. Esa es la condición de historicidad, de revolución, de moralidad, de ética [...]. Pero la justicia no es el derecho. La justicia es lo que nos da el impulso, el empuje, o el movimiento para mejorar la ley, es decir para deconstruir el derecho.⁴⁴

Asimismo, en una conferencia en Cardozo Law School, Derrida mencionó:

[E]l derecho es esencialmente desconstruible,⁴⁵ ya sea porque está fundado, construido sobre capas textuales interpretables y transformables (y esto es la historia del derecho, la posible y necesaria transformación, o en ocasiones la mejora del derecho), ya sea porque su último fundamento por definición no está fundado. Que el derecho sea desconstruible no es una desgracia [...]. Pero la paradoja que me gustaría someter a discusión es la siguiente: es esta estructura desconstruible del derecho o, si ustedes prefieren, de la justicia como derecho, la que también asegura la posibilidad de la deconstrucción. La justicia en sí misma, si algo así existe fuera o más allá del derecho, no es desconstruible. Como no lo es la deconstrucción, si algo así existe. La deconstrucción es la justicia. Tal vez debido a que el derecho (que yo intentaría por tanto distinguir normalmente de la justicia) es construible en un sentido que desborda la oposición entre convención y naturaleza (o quizá en cuanto que desborda esa oposición), el derecho es construible, y por tanto desconstruible, y más aún, hace posible la deconstrucción.⁴⁶

Deconstruir entonces no significa destruir, ni tampoco alisar o simplificar, ni mucho menos ir en busca del verdadero significado o la verdadera intención del derecho. La multiplicidad siempre se abre, y ello es para Derrida un golpe de suerte, porque siempre es posible mejorar el derecho a partir de esta apertura a la justicia, a los acontecimientos.

Para Derrida, la justicia no es el derecho. La justicia es aquello que pretende el derecho (como pasado perdido), pero que a la vez es imposible como realidad final. La justicia es imposible, y sólo puede sentirse en su ausencia, en su imposibilidad.⁴⁷

⁴⁴ Jacques Derrida y John D. Caputo, *La deconstrucción en una cáscara de nuez*, Buenos Aires, Prometeo, 2009, pp. 27-28.

⁴⁵ Deconstrucción o desconstrucción. La grafía del término depende del traductor del texto francés al español.

⁴⁶ Derrida, *Fuerza de ley*, *op. cit.*, p. 35.

⁴⁷ La justicia como aporía supone la experiencia de una ausencia. La imposibilidad de dar un camino a la justicia mediante el derecho positivo. Esta es una posibilidad también de lectura

Derrida califica la justicia como una aporía, como algo de lo cual no puede haber experiencia:

La justicia sería, desde este punto de vista, la experiencia de aquello de lo que no se puede tener experiencia [...] pero creo que no hay justicia sin esta experiencia de aporía, por muy imposible que sea. La justicia es una experiencia de lo imposible. Una voluntad, un deseo, una exigencia de justicia cuya estructura no fuera una experiencia de la aporía, no tendría ninguna posibilidad de ser lo que es, a saber una justa apelación a la justicia.⁴⁸

La justicia, para Derrida, es la condición de la deconstrucción del derecho, pues la justicia no es decidible, no es calculable.

La deconstrucción no busca la esencia de la justicia, el significado final de aquello que podría ser la justicia, porque puede hacer del derecho algo más..., ya sea de manera flexible, dúctil, porosa, pero ante todo este algo más... es internamente amigable, modificable, en sí mismo. Un intento de decidir, de decir lo que la justicia es, pero a la vez sin cerrar su decibilidad, sino más bien reafirmando su carácter de indecible.

Lo que hace girar las ruedas del derecho es la misma deconstrucción, es el mismo carácter abierto que convoca a la justicia.

Por ello, el derecho no es la justicia, no puede ser la justicia, pero la condición de cambiar el derecho, de analizarlo, de criticarlo, de hacer una genealogía que nos lleve del *ius* al *directum*, de lo público a lo privado, no es otra que la justicia.

Bibliografía

- ÁLVAREZ CONDE, Enrique, *Curso de Derecho Constitucional*, Madrid, Tecnos, 1992.
 BOBBIO, Norberto, *Estado, Gobierno y sociedad*, México, FCE, 2004 [1985].
 BLANCAS BUSTAMANTE, Carlos, *Derecho constitucional general*, Lima, Pontificia Universidad Católica del Perú, 1999, ts. I y II.
 CAMPBELL, Tom, *La justicia. Los principales debates contemporáneos*, Barcelona, Editorial Gedisa, 2002.
 CAVALLERO, Ricardo Juan, *Justicia inquisitorial: el sistema de justicia criminal de la Inquisición española*, Buenos Aires, Editorial Ariel, 2003.

deconstruccionista a partir de lo que el constituyente ha dejado abierto, es decir a partir de aquellos indecibles que convocan a la justicia. Detrás de un indecible, en consecuencia, está lo abierto, pero no lo dicho, pero no lo cerrado. Lo abierto es aquello que comienza a ras del texto, cuando un término convoca a algo que no puede ser respondido desde el mismo texto, entonces se invoca a lo abierto.

⁴⁸ Derrida, *Fuerza de ley*, op. cit., pp. 38-39.

- CID, Carlos y Manuel RIU, *Historia de las religiones*, Madrid, Óptima, 2000.
- COVARRUBIAS OROZCO, Sebastián, *Tesoro de la lengua española de 1611*, Madrid, RAE, 1995 [1611].
- DERRIDA, Jacques, *Fuerza de ley*, Madrid, Tecnos, 1997 [1994].
- _____, *Espetros de Marx. El estado de la deuda, el trabajo del duelo y la nueva internacional*, Madrid, Trotta, 2003 [1995].
- _____ y John Caputo, *La deconstrucción en una cáscara de nuez*, Buenos Aires, Prometeo, 2009.
- EIMERIC, Nicolau y Francisco PEÑA, *Manual de los inquisidores*, Madrid, Altamira, 1996 [1578].
- ESCOBAR FORNOS, Iván, *Los derechos humanos y el control del poder privado*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2001.
- FIORAVANTI, Maurizio, *Constitucionalismo, experiencias históricas y tendencias actuales*, Madrid, Editorial Trotta, 2014.
- FOUCAULT, Michel, *Defender la sociedad*, México, Fondo de Cultura Económica, 2000 [1997].
- _____, *La verdad y las formas jurídicas*, Barcelona, Gedisa, 2001 [1978].
- _____, *Vigilar y castigar*, Buenos Aires, Siglo XXI, 2003 [1975].
- GARGARELLA, Roberto, *Las teorías de la justicia después de Rawls*, Buenos Aires, Editorial Paidós, 1999.
- MARGADANT, Guillermo, *Panorama de la historia universal del derecho*, México, Editorial Porrúa, 2004 [1974].
- MEDRANO, Luri, *El proceso de Sócrates*, Madrid, Trotta, 1998.
- MERRYMAN, John Henry, *La tradición jurídica romano canónica*, México, Fondo de Cultura Económica, 2003 [1969].
- NIETZSCHE, Friedrich, *Genealogía de la moral*, Madrid, Alianza, 1997 [1972].
- RAWLS, John, *Teoría de la justicia*, México, Fondo de Cultura Económica, 2002.
- _____, *La justicia como equidad. Una reformulación*, Buenos Aires, Editorial Paidós, 2004.
- REVEL, Judith, *Foucault, un pensamiento de lo discontinuo*, Buenos Aires, Amorrortu, 2014.
- SENNETT, Richard, *Carne y piedra*, Madrid, Alianza, 2002 [1994].
- VIRNO, Paolo, *La gramática de la multitud*, La Paz, Editorial Malatesta, 2004 [2002].
- WOLF, Eric, *Europa y la gente sin historia*, México, Fondo de Cultura Económica, 1987.

VOLVER A LA TABLA DE CONTENIDO

Pol Willan Roman Andrade* (Bolivia)

Pluralismo jurídico y deslinde jurisdiccional

RESUMEN

Este artículo pone a consideración de los lectores una propuesta de deslinde entre la jurisdicción ordinaria y la jurisdicción indígena originaria campesina, sobre la base de los parámetros establecidos por la Constitución boliviana. Para ello se parte del desarrollo teórico del pluralismo jurídico y de su convergencia en la igualdad jerárquica de ambas jurisdicciones prevista por el artículo 179.II, así como de sus implicancias. Del mismo modo, en este trabajo ha merecido especial consideración el concepto de bien jurídico, debido a que constituye un elemento de la propuesta de deslinde jurisdiccional que interrelaciona de manera dinámica los ámbitos de vigencia personal, material y territorial de la jurisdicción indígena originaria campesina.

Palabras clave: pluralismo jurídico, bien jurídico, deslinde jurisdiccional.

ZUSAMMENFASSUNG

Der Beitrag schlägt den Lesern eine Abgrenzung zwischen der Zuständigkeit der ordentlichen Gerichtsbarkeit und der Gerichtsbarkeit der bolivianischen indigenen Campesino-Bevölkerung auf Grundlage der von der bolivianischen Verfassung festgelegten Parameter vor. Dabei wird auf die theoretische Entwicklung des Rechtspluralismus, die normenhierarchische Gleichwertigkeit beider Gerichtsbarkeiten gemäß Artikel 179.II sowie die Auswirkungen abgestellt. Darüberhinaus setzt sich der Artikel insbesondere mit dem Begriff des Rechtsguts auseinander. Hierbei handelt es sich um eine Komponente des Vorschlags zur Abgrenzung der Zuständigkeit, über die eine dynamische Verknüpfung der persönlichen, materiellen und territorialen Geltungsbereiche der indigenen Justiz der Campesino-Bevölkerung hergestellt wird.

Schlagwörter: Rechtspluralismus, Rechtsgut, Abgrenzung von Justizzuständigkeiten.

* Abogado titulado por la Universidad Mayor de San Simón, becario de la Fundación Konrad Adenauer para cursar la Maestría en Derecho Constitucional en la Universidad Andina Simón Bolívar. polromanico@gmail.com.

ABSTRACT

This article submits to the consideration of readers a proposed delineation between the ordinary jurisdiction and the indigenous native peasant jurisdiction, based on the parameters established by the Bolivian Constitution. This begins with the theoretical development of legal pluralism and its convergence in the hierarchical equality of the two jurisdictions provided by Article 179.II, as well as its implications. Similarly, this work gives special consideration to the concept of legally protected interests, which constitutes an element of the proposed jurisdictional delineation that dynamically interrelates the personal, material and territorial spheres of the indigenous native peasant jurisdiction.

Keywords: legal pluralism, protected legal interest, jurisdictional delineation.

Introducción

Durante las últimas dos décadas, los procesos de reforma constitucional llevados adelante en algunos países de América Latina lograron la consolidación del pluralismo jurídico. En el caso boliviano,¹ el reconocimiento de la jurisdicción indígena originaria campesina comprende no solo el derecho consuetudinario, sino que, a partir del pluralismo jurídico, esta² y la jurisdicción ordinaria no existen de manera aislada, mas, por el contrario, siempre están en constante relación, que en determinadas situaciones puede ser caótica, al no existir una regulación adecuada que armonice dicha relación, por lo que surge la necesidad de hablar de deslinde jurisdiccional. Sobre el particular, la Constitución boliviana ha previsto algunos parámetros, como la igualdad jerárquica entre ambas jurisdicciones,³ lo cual resulta muy acertado porque si una jurisdicción estuviera subordinada a la otra, no podría hablarse de deslinde jurisdiccional.

De la misma manera, la Constitución boliviana ha previsto los ámbitos de vigencia⁴ de la jurisdicción indígena, el más conflictivo de los cuales es el de vigencia personal, ya que induce a plantearnos el siguiente interrogante: ¿Qué personas están sujetas a la jurisdicción indígena? Al respecto, la Constitución boliviana ofrece algunos criterios sobre este ámbito; uno de ellos es el vínculo particular entre las personas que son miembros de algún pueblo indígena,⁵ por lo que bajo este criterio

¹ El proceso de reconocimiento de la jurisdicción indígena inició con la reforma parcial de la Constitución en 1994 y se consolidó con la nueva Constitución Política del Estado (CPE) en febrero de 2009, que lleva a su máxima expresión el reconocimiento de la diversidad cultural y la jurisdicción indígena.

² En adelante, jurisdicción indígena.

³ CPE, artículo 179, parágrafo II.

⁴ CPE, artículo 191, parágrafo II.

⁵ *Idem*.

la respuesta a la pregunta planteada es que sólo los miembros del pueblo indígena están sujetos a la jurisdicción indígena. En este ámbito se está utilizando un criterio de identidad para determinar quiénes están sujetos a la jurisdicción indígena, lo cual vendría a ser una regla de aplicación.

Sin embargo, con relación al ámbito de vigencia territorial, la Constitución boliviana señala también que la jurisdicción indígena se aplica a las relaciones y los hechos jurídicos que se realicen o cuyos efectos se produzcan dentro de dicha jurisdicción.⁶ En este caso, el criterio territorial se utiliza para determinar qué personas están sujetas a la jurisdicción indígena; este criterio no es determinante, debido a que un hecho jurídico puede suscitarse fuera del territorio indígena, pero sus efectos producirse dentro de este, en cuyo caso la jurisdicción indígena sería competente para resolver el caso. Además se debe considerar que las relaciones no necesariamente se darían entre miembros de un pueblo indígena, por lo que una persona que no comparta este criterio de identidad podría también estar sujeta a la jurisdicción indígena; en ese sentido, la respuesta que se ofreció precedentemente al interrogante planteado sería sólo una respuesta parcial.

Hasta aquí, el interrogante planteado sobre *qué personas están sujetas a la jurisdicción indígena* se refuerza aún más, debido a que los parámetros brindados por la Constitución boliviana son insuficientes. Esto ha desembocado en una incertidumbre generalizada por parte de la población sobre el alcance de la jurisdicción indígena, más aún, cuando los medios de comunicación dan a entender, por supuesto de manera equivocada, que un linchamiento (como un acto de justicia por mano propia) es la aplicación de normas y sanciones propias de la jurisdicción indígena. Este trabajo trata de responder al interrogante planteado. Para lograrlo, primero, abordaremos el pluralismo jurídico desde la teoría sistémico-cibernetica del derecho, y dispondremos de algunos conceptos como el de reglas primarias y secundarias desarrolladas por la teoría general del derecho con la finalidad de describir la jurisdicción indígena; después, nos apoyaremos en el concepto de bien jurídico, como un elemento para interrelacionar los ámbitos de vigencia de la jurisdicción indígena, y así converger en una propuesta de deslinde jurisdiccional.

1. Pluralismo jurídico y jurisdicción indígena

La formulación del concepto de pluralismo jurídico ha resultado muy polémica, en primer lugar, porque existe inseguridad respecto a si el reconocimiento del derecho a la libre determinación de los pueblos indígenas implica que estos puedan formar Estados y, en consecuencia, sistemas jurídicos independientes. Sin lugar a dudas, el derecho a la libre determinación implica la autonomía y el autogobierno de los pueblos indígenas para que puedan determinar libremente su condición

⁶ *Idem.*

política, económica y jurídica en sus asuntos internos para asegurar su propio desarrollo,⁷ sin que esto se entienda como el derecho a formar nuevos Estados. En segundo lugar, porque la mayoría de los estudios e investigaciones sobre este tema son trabajos desde la sociología jurídica y la antropología jurídica, que se hicieron al margen de los conceptos jurídicos desarrollados por la teoría general del derecho (así por ejemplo, tenemos que remitirnos a conceptos como el de sistema jurídico, norma jurídica, competencia, sanción, entre otros), de los que debería disponerse previamente al trabajo sociológico o antropológico. En ese sentido, se considera que realizar un trabajo de sociología jurídica o antropología jurídica sin el auxilio de lo “jurídico”, que es proporcionado por la teoría general del derecho, es poco científico.⁸

No obstante lo señalado, la mayoría de los pluralistas han conceptualizado el pluralismo jurídico como la coexistencia de varios sistemas jurídicos dentro de un determinado espacio territorial.⁹ Esta perspectiva carece de consistencia debido a que no parte del concepto de un sistema jurídico o qué debemos entender por ello; sin embargo, lo más rescatable de los trabajos que han desarrollado este concepto es el argumento de que el Estado no es el único productor de derecho, sino, más bien, uno de los tantos productores que existen dentro del ámbito territorial.

En este trabajo tomamos como punto de partida la teoría sistémico-cibernetica del derecho para exponer una noción distinta de pluralismo jurídico, para lo cual nos apoyaremos en las nociones de Grün y Teubner. Respecto al pluralismo jurídico, Teubner sostiene que estamos viviendo un proceso de fragmentación jurídica que “depende de procesos más profundos de fragmentación dentro de la sociedad global”.¹⁰ Este proceso de fragmentación jurídica, en nuestro caso, se expresa en el reconocimiento de la jurisdicción indígena, y en Europa, en el reconocimiento de la *lex mercatoria*, aunque, para Teubner, tanto la jurisdicción indígena como la *lex mercatoria* son “régimenes privados globales [que] están creando cada vez con mayor frecuencia su propio derecho sustantivo”.¹¹

El pluralismo jurídico, como proceso de fragmentación jurídica, no deriva en la coexistencia de sistemas jurídicos independientes y autónomos. Para comprender esto hay que entender qué es un sistema; al respecto, Charles François, desde una noción sistémica, señala que es “una entidad autónoma dotada de una cierta permanencia y constituida por elementos interrelacionados que forman subsistemas estructurales y funcionales, que se transforma dentro de ciertos límites de estabili-

⁷ Ramiro Orias Arredondo, “Los pueblos indígenas en el derecho internacional: la cuestión de la libre determinación”, *Umbrales*, núm. 17, 2008, p. 292.

⁸ Oscar Correas, “¿Kelsen y el pluralismo jurídico?”, *Crítica Jurídica*, núm. 32, 2011, p. 49.

⁹ John Griffiths, “¿Qué es el pluralismo jurídico?”, en John Griffiths *et al.* (eds.), *Pluralismo jurídico*, Bogotá, Siglo del Hombre Editores, 2007, pp. 148-169.

¹⁰ Gunther Teubner, *El derecho como sistema autopoiético de la sociedad global*, Perú, ARA Editores, 2005, p. 117.

¹¹ *Ibid.*, p. 120.

dad gracias a regulaciones internas que le permiten adaptarse a las variaciones de su entorno específico”.¹² Entonces, si el sistema jurídico es una entidad autónoma, los subsistemas que lo componen gozan de una semiautonomía para la producción y aplicación de sus normas, por lo que el sistema no puede ser dividido en partes independientes¹³ que cumplan esa misma función y tengan esa cualidad; por esto, podemos concluir que el pluralismo jurídico comprende los subsistemas jurídicos que pertenecen y dependen de un sistema jurídico independiente,¹⁴ en nuestro caso expresado por el subsistema de la jurisdicción ordinaria y el subsistema de la jurisdicción indígena originaria campesina, que gozan ambos de una semiautonomía¹⁵ dotada por el sistema a través de la Constitución; a su vez, esta última ha previsto ciertos límites y regulaciones a los subsistemas, razón por la que mal podría afirmarse que la jurisdicción indígena es un sistema jurídico independiente.

Un aspecto que debemos hacer notar es que el sistema regula cada uno de los subsistemas, así como las relaciones que puedan existir entre estos. El sistema, para regular las relaciones entre los subsistemas, deberá partir por reconocer a cada uno de ellos una igualdad ante el sistema mismo, con la finalidad de que no existan relaciones de subordinación o lo que se conoce bajo la regla latina *par in parem non habet imperium*,¹⁶ que, en nuestro caso, se expresa con el reconocimiento de la igualdad jerárquica entre las jurisdicciones.¹⁷

Ahora bien, lo hasta aquí expuesto puede ser entendido como una postura alienada con el pluralismo jurídico formal de tipo unitario, para el cual “el derecho oficial se ha reservado la facultad de determinar unilateralmente la legitimidad y el ámbito de aplicación de los demás sistemas de derecho reconocidos”.¹⁸ Sin embargo, cuando nos referimos a la jurisdicción indígena como un subsistema, no lo hacemos en el sentido de que la legislación sea la que determine unilateralmente su legitimidad y ámbitos de vigencia; por el contrario, creemos que el sistema, a

¹² Ernesto Grun y Andrés Bernal Botero, “Hacia una teoría sistémico-cibernetica del derecho”, *Vniversitas*, núm. 117, 2008, p. 44.

¹³ Ernesto Grun, “La aplicación de la sistémica y la cibernetica al derecho”, *Panóptica*, núm. 7, 2007, p. 162.

¹⁴ Sergio Rodrigo Castro, “Algunos acercamientos sistémicos al concepto de derecho”, *Revista del Instituto de Estudios Internacionales*, número especial, 2012, pp. 36-45.

¹⁵ Esta visión también se encuentra respaldada por el concepto de campo social semiautónomo de Moore, quien entiende que su semiautonomía le permite producir normas y tener la capacidad de inducir a su cumplimiento o imponer una sanción en caso de desobediencia; a su vez, este campo social pertenece a uno mayor, que concentra todos estos campos (Sally Falk Moore, citada en Griffiths, *op. cit.*, pp. 199-211).

¹⁶ Entre pares no hay relación de superioridad: CPE, artículo 179, parágrafo II.

¹⁷ El sistema como ente al cual pertenecen estos subsistemas jurídicos no debe promover relaciones de subordinación entre estos; por el contrario, debe promover relaciones igualitarias entre los subsistemas.

¹⁸ André J. Hoekema, “Hacia un pluralismo jurídico formal de tipo igualitario”, *El Otro Derecho*, núm. 26-27, 2002, p. 70.

partir de la semiautonomía de que dota a cada subsistema y del reconocimiento de la igualdad jerárquica, les otorga la posibilidad de generar sus propias normas y aplicarlas e inducir a su cumplimiento a través de la sanción. En ese sentido, nuestra postura estaría más bien alineada con lo que se ha denominado pluralismo jurídico formal de tipo igualitario. Al respecto, Hoekema ha señalado que el “derecho oficial en esta perspectiva del pluralismo jurídico reconoce además la validez de normas de los diversos sistemas de derecho, su fuente en una comunidad especial que como tal conforma una parte diferenciada pero constitutiva de la sociedad entera y, por tanto, tiene capacidad para que su derecho sea reconocido como parte integral del orden legal nacional”.¹⁹ Como podemos ver, incluso para Hoekema, el subsistema de la jurisdicción indígena debe ser parte de un orden legal nacional, que, prácticamente, es el sistema jurídico.

Para el análisis de la jurisdicción indígena o el subsistema jurídico indígena, utilizaremos los conceptos de reglas primarias y secundarias, desarrollados por Hart, quien nos indica que las reglas primarias son las que “se ocupan de las acciones que los individuos deben o no hacer”;²⁰ entonces, las reglas primarias determinan –a través de normas–²¹ las conductas que deben cumplir los miembros de un determinado grupo social; a partir de esto, debemos entender que una conducta deseada por un grupo social ya no es optativa, sino obligatoria, y cualquier desobediencia a la misma tendría como consecuencia la aplicación de una sanción.

Las reglas primarias dentro de la jurisdicción indígena se determinan a partir de sus principios y valores culturales. Por ejemplo, las comunidades quechuas tienen como principal regla primaria el *ama qhilla*, *ama llulla*, *ama suwa*;²² en el momento en que una comunidad establece estos enunciados como sus reglas primarias, está decidiendo de manera conjunta lo que quiere proteger; en el caso del enunciado *ama suwa* (no seas ladrón), lo que se quiere proteger es la propiedad. Otro ejemplo interesante sobre la determinación de las reglas primarias dentro de la jurisdicción indígena lo encontramos en la Sentencia Constitucional SC 0295/2003-R, la cual relata lo sucedido en la comunidad San Juan del Rosario, donde una familia fue expulsada de la comunidad por no haber participado en los trabajos comunitarios y no haber cumplido con el acuerdo al que se llegó con las autoridades de la comunidad. De este caso, se desprenden cuatro reglas primarias: la primera es que todas las personas que viven dentro de una comunidad indígena tienen la obligación de participar en los trabajos comunitarios con la finalidad de proteger el principio de

¹⁹ *Ibid.*, p. 71.

²⁰ H. L. A. Hart, *El concepto de derecho*, Buenos Aires, Editorial Abeledo Perrot, 1963, p. 117.

²¹ En el presente trabajo entendemos como norma aquellos enunciados que correlacionan ciertas circunstancias fácticas con determinadas consecuencias jurídicas (cfr. Eugenio Bulygin, “Algunas consideraciones sobre los sistemas jurídicos”, *DOXA*, núm. 9, 1991, p. 257).

²² No seas flojo, no seas mentiroso, no seas ladrón.

la comunalidad;²³ la segunda es que las personas tienen la obligación de cumplir con los acuerdos a los que se llegan con alguna autoridad de la comunidad; la tercera, y la más importante, es que todas las personas que no se consideran indígenas e ingresan a una comunidad indígena tienen la obligación de adecuar su conducta a las normas de la comunidad, lo que también implica el cumplimiento de las decisiones de la autoridad de la comunidad;²⁴ por último, a través de la línea jurisprudencial del Tribunal Constitucional²⁵ también se ha establecido una regla primaria para todas aquellas personas que ejercen funciones jurisdiccionales dentro de alguna comunidad, y es la obligación de respetar los derechos fundamentales y garantías constitucionales; la inobservancia de esta regla primaria implicaría la nulidad de su decisión.

Por otro lado, las reglas secundarias²⁶ se ocupan de las reglas primarias, debido a que estas, por sí solas, no pueden ser verificadas en su cumplimiento; incluso, pueden resultar controvertidas en su aplicación y es ahí donde entran las reglas secundarias para resolver este problema. Una de estas es la regla de adjudicación a través de la cual se faculta a determinadas personas para que logren ejercer funciones jurisdiccionales, con la finalidad de resolver las controversias que se pueden suscitar respecto de la aplicación de alguna regla primaria dentro de una comunidad o grupo social. Dentro de la jurisdicción indígena también podemos encontrar personas que están facultadas para ejercer funciones jurisdiccionales. Un ejemplo es la comunidad quechua de Raqaypampa,²⁷ que ha adoptado como forma de organización política el sindicato, donde el secretario de justicia es el que está revestido de la facultad de administrar justicia, sin perjuicio de que, en la mayoría de los casos, la asamblea de la comunidad sea la máxima instancia de decisión.²⁸

²³ El principio de la comunalidad hace referencia a que la comunidad indígena es el centro sobre el cual giran la conducta de las personas y la dinámica de todo un grupo [Elisa Cruz Rueda, "Principios generales del derecho indígena", en Rudolf Huber (coord.), *Hacia sistemas jurídicos plurales*, Bogotá, Fundación Konrad Adenauer, 2008, pp. 29-49].

²⁴ Ver Tribunal Constitucional de Bolivia, Sentencia 0295/2003-R, 11 de marzo de 2003, parte resolutive.

²⁵ Ver sentencias constitucionales SC 0143/2003-R, SC 0273/2003-R, SC0295/2003-R, SC 1447/2005-R, SC 1017/2006-R, SC 0385/2007-R, SC 0860/2007-R, SC 0010/2010-R, SC 0243/2010-R.

²⁶ Hart, *op. cit.*, pp. 113-124.

²⁷ René Orellana Halkyer, *Interlegalidad y campos jurídicos*, Cochabamba, Huella Editores, 2004, pp. 59-208.

²⁸ El Tribunal Constitucional ha entendido esta situación en igual sentido; en su Sentencia Constitucional 0010/2010-R, de 6 de abril de 2010, indica que cuando la "constitución menciona autoridad judicial, incluye tanto al juez ordinario como a la autoridad originaria". La Constitución nos da un ejemplo más claro de una regla de adjudicación en su artículo 179, al establecer que la jurisdicción indígena es ejercida por sus propias autoridades.

2. Bien jurídico y pluralismo jurídico

El subsistema jurídico indígena, a partir de sus reglas primarias, tiende a proteger determinadas condiciones concretas para la coexistencia pacífica del individuo en la comunidad; estas condiciones concretas protegidas por las reglas primarias han sido denominadas como bienes jurídicos.

El concepto de bien jurídico ha ido evolucionando históricamente desde la tesis de Feuerbach del delito como lesión de derechos subjetivos,²⁹ en el entendido de que las normas penales protegen derechos subjetivos. Esta tesis reformulada por Birnbaum, quien sustituye el término de derechos subjetivos por el de bienes, señala que “el bien es el objeto de nuestro derecho que jurídicamente nos corresponde”.³⁰ Entonces, este objeto de nuestro derecho sufre un proceso de valoración y jerarquización, lo que implica una decisión de carácter político. Al respecto, Hormazábal nos dice que “el bien de Birnbaum no es más que un objeto valorado y que el sujeto valorante es el propio Estado”.³¹ Con esta cita, Hormazábal se refiere a que el ejercicio del *ius puniendi* se encuentra centralizado en el Estado, pero esto no significa que el Estado sea el único sujeto valorante, más aún, cuando ya referimos que no es el único productor de normas jurídicas; en ese sentido, mucho menos puede ser el único que realice la valoración y jerarquización de aquellas situaciones concretas que deben protegerse.

Así, la tendencia de Birnbaum de constituir al Estado como sujeto valorante es seguida por Binding con un concepto aún más formalista: “[L]a determinación de que cosas, personas, estados, constituyen las condiciones concretas para una vida sana en común, se realiza para Binding en un juicio de valor del legislador que les da la categoría de bienes jurídicos”.³² La posición de Binding refleja que el órgano legislativo del Estado está facultado para producir derecho y determinar qué condiciones concretas se deben proteger. Tanto la posición de Birnbaum como la de Binding resultan insuficientes frente a la teoría del pluralismo jurídico, porque el Estado no es el único que puede producir derecho ni tampoco el único que puede determinar qué condiciones concretas se deben proteger.

Von Liszt rompe con esta tendencia centralista debido a que formula su concepto de bien jurídico como “un interés jurídicamente protegido”,³³ por lo que se asigna un valor a las condiciones concretas mínimas para la convivencia de las personas en sociedad, para lo cual señala que el bien jurídico se encuentra originariamente

²⁹ Citado en Hernán Hormazábal, *Bien jurídico y Estado social y democrático de derecho*, Santiago de Chile, Conosur, 1992, pp. 13-18.

³⁰ *Ibid.*, p. 31.

³¹ *Idem.*

³² *Ibid.*, p. 42.

³³ *Ibid.*, p. 50.

en la realidad social,³⁴ refiriéndose a la realidad de la sociedad moderna. Pero no debemos olvidar que el pluralismo jurídico está acompañado de un proceso de fragmentación social;³⁵ esto parece ser una desventaja, pero, en el fondo, no lo es, porque cada sociedad (pueblo indígena) también asigna un valor a determinadas condiciones concretas, que son protegidas a través del subsistema jurídico indígena. Entonces, el concepto de Von Liszt es el más apropiado para nuestro propósito. Debido al análisis de las reglas primarias, se evidencia que las comunidades indígenas también protegen determinadas condiciones concretas para poder coexistir; de esa manera se resguardan bienes jurídicos como la familia, la propiedad y la cultura, siendo esta última uno de los que se salvaguarda con mayor intensidad.

3. Bien jurídico y deslinde jurisdiccional

A partir de este punto, empezamos a desarrollar una propuesta de deslinde jurisdiccional; para ello, utilizaremos la siguiente tabla de símbolos:

Propuesta CPE	Propuesta
<i>I</i> = indígena	<i>BJI</i> = bien jurídico indígena
<i>NI</i> = no indígena	<i>BJNI</i> = bien jurídico no indígena
<i>/DTI</i> = dentro del territorio indígena	\neq = conflicto
<i>/FTI</i> = fuera del territorio indígena	<i>/XTM</i> = tribunal mixto
<i>/JI</i> = jurisdicción indígena	\geq = afectación
<i>/JO</i> = jurisdicción ordinaria	

Fuente: Elaboración propia.

Iremos asignando un determinado valor a cada uno de estos símbolos. Primero, *I* es el indígena; esto quiere decir la persona que pertenece y se autoidentifica con aquellas instituciones, costumbres y lengua propias de los pueblos indígenas. Luego, el símbolo *NI* es la persona que no se autoidentifica y no pertenece a ningún pueblo o comunidad indígena. Hasta acá, estos dos símbolos reflejan el criterio de identidad propuesto por la Constitución³⁶ para el ámbito de vigencia personal. Después, el símbolo \neq significa conflicto, para hacer referencia al que puede suscitarse entre indígenas, o entre un indígena y una persona no indígena. Para lograr un deslinde jurisdiccional adecuado, incorporamos el símbolo *BJI*, al cual asignaremos el valor de bien jurídico indígena; refiere a si una conducta afecta a aquellas condiciones

³⁴ *Ibid.*, pp. 47-53.

³⁵ Esto se refleja a partir de que varios Estados de América Latina se reconocen a sí mismos como sociedades multiculturales (cfr. Daniel Bonilla, *La constitución multicultural*, Bogotá, Siglo del Hombre Editores, 2006, pp. 53-113).

³⁶ CPE, artículo 191, párrafo I.

concretas que algún pueblo indígena ha determinado proteger. *BJNI* viene a ser el bien jurídico no indígena, que son aquellas conductas que afectan las condiciones concretas que las normas de la jurisdicción ordinaria protegen.

El símbolo \geq significa que la vulneración se está realizando sobre algún bien jurídico indígena o no indígena. Los otros dos símbolos son */DTI*, que significa que el hecho sucedió dentro del territorio del pueblo indígena, y */FTI*, que significa que el hecho sucedió fuera del territorio indígena; este es el segundo criterio propuesto por la Constitución³⁷ con relación al ámbito de vigencia territorial. Luego, el símbolo */JI* significa que la jurisdicción indígena es competente para conocer un determinado conflicto, y el símbolo */JO* significa que la jurisdicción ordinaria es competente para conocer un determinado conflicto. Otro símbolo relacionado con la jurisdicción ordinaria es */XTM*, que se refiere a la incorporación de un tribunal mixto, como el que se tiene en materia penal,³⁸ en aquellos casos en que la jurisdicción ordinaria sea la competente para conocer y resolver un conflicto suscitado fuera del territorio y del cual sea parte una persona indígena. Sobre este particular, la Declaración de la ONU sobre los derechos de los pueblos indígenas ha referido en su artículo 40: “Los pueblos indígenas tienen derecho a procedimientos equitativos y justos para el arreglo de conflictos y controversias con los Estados u otras partes”. Este tribunal mixto sería una medida adecuada para la solución de controversias suscitadas fuera del territorio indígena, sea por vulneración de bienes jurídicos indígenas o no indígenas, debido a que en el momento de tomar una decisión deberá tener una especial consideración de las costumbres, tradiciones y normas del subsistema jurídico indígena.³⁹

Después de tener claro los valores que se han asignado a cada símbolo, se podrían presentar los siguientes casos:

³⁷ *Ibid.*

³⁸ En materia penal, los tribunales están conformados por jueces técnicos y jueces ciudadanos. En el caso que proponemos, la conformación sería con autoridades de la jurisdicción ordinaria y la indígena; en el caso de las autoridades indígenas deben ser de las comunidades aledañas, y no de la misma comunidad, con la finalidad de cuidar que las autoridades indígenas no sean juez y parte en un conflicto.

³⁹ Esto con la única finalidad de que si una persona indígena va a ser juzgada en la jurisdicción ordinaria, se consideren la lengua, las instituciones y las normas propias de su pueblo; así, la incorporación del tribunal mixto se constituye en un medio eficaz para asegurar y facilitar la participación y comprensión de las personas indígenas en los procedimientos legales de la jurisdicción ordinaria, tal como lo establece el artículo 12 del Convenio 169 de la OIT; este tribunal mixto también ha sido denominado Tribunal Intercultural [cfr. Juan Carlos Martínez, “Bases para la resolución de casos”, en Juan Carlos Martínez (coord.), *Elementos y técnicas de pluralismo jurídico*, México, D. F., Fundación Konrad Adenauer, 2012, pp. 25-42].

Tabla de casos

1. $I \neq I \geq BJI / DTI / JI$
2. $I \neq I \geq BJNI / DTI / \text{Situación inviable}$
3. $I \neq I \geq BJI / FTI / JI$
4. $I \neq I \geq BJNI / FTI / JO / XTM$
5. $I \neq NI \geq BJI / DTI / JI$
6. $I \neq NI \geq BJNI / DTI / JO / XTM$
7. $I \neq NI \geq BJI / FTI / JO / XTM$
8. $I \neq NI \geq BJNI / FTI / JO / XTM$
9. $NI \neq NI \geq BJI / DTI / JI$
10. $NI \neq NI \geq BJNI / DTI / \text{Situación inviable}$
11. $NI \neq NI \geq BJI / FTI / JO / XTM$
12. $NI \neq NI \geq BJNI / FTI / JO$

Fuente: Elaboración propia.

Como podemos ver, en los casos 1 y 12 no existe ningún tipo de conflicto jurisdiccional (ambos casos constituyen extremos), ni elementos ajenos en cada subsistema, de lo que se desprende que no hay la necesidad de un deslinde jurisdiccional. Los casos 2 y 10 son situaciones inviables, que no se pueden presentar en la realidad práctica, o no es entendible que personas que pertenecen a algún pueblo indígena se encuentren en conflicto por una condición concreta que no es protegida por las normas de la comunidad.

En el caso 3 existe un conflicto entre indígenas con afectación de un bien jurídico indígena, que ha sucedido fuera del territorio indígena; en este caso, concurren dos elementos de carácter indígena, el personal y el bien jurídico, por lo que debe ser competencia de la jurisdicción indígena, debido a que las normas del subsistema jurídico indígena son las que protegen ese bien jurídico;⁴⁰ un ejemplo de este caso es el adulterio, que mal podría ser conocido y sancionado por la jurisdicción ordinaria⁴¹ porque solo la jurisdicción indígena, a través de sus normas, sanciona este tipo de conductas para proteger el bien jurídico de la familia.

En el caso 4 existe un conflicto entre personas indígenas, con la vulneración de un bien jurídico no indígena, que ha sucedido fuera del territorio indígena y que debería ser conocido por la jurisdicción ordinaria con la incorporación de un tribunal mixto, debido a que el bien jurídico afectado solo es protegido por normas de la jurisdicción ordinaria; por ejemplo, la comisión de los delitos contra la seguridad

⁴⁰ Debemos aclarar que existen bienes jurídicos que reciben una protección compartida por ambos subsistemas, pero cuyo tratamiento en cada uno de ellos es distinto (cfr. Orellana, *op. cit.*, pp. 253-264).

⁴¹ Si algún juez de la jurisdicción ordinaria tomara conocimiento de alguna causa con estas características, debe remitirla a la jurisdicción indígena para que la resuelva o, en su defecto, el juez ordinario debe verificar si la causa ya ha sido conocida y resuelta por esa jurisdicción. En todo caso, si no se cumpliera con esta remisión, se estaría vulnerando el artículo 191, parágrafo II, inciso c), de la Constitución, debido a que los efectos del mismo se producirían dentro de la comunidad indígena.

externa e interna del Estado, en cuyo caso esta situación mal podría ser conocida y resuelta por la jurisdicción indígena. En tal sentido, ha sido entendida esta situación por la Ley de Deslinde Jurisdiccional, en su artículo 10.

En el caso 5 tenemos un conflicto entre una persona indígena y una persona no indígena con afectación de un bien jurídico indígena, y el conflicto sucedió dentro del territorio indígena, por lo que resulta evidente que la jurisdicción indígena debe conocer este conflicto, ya que del análisis de las reglas primarias se desprende que toda persona no indígena que resida en el territorio de alguna comunidad debe adecuar su conducta a las normas de la comunidad. De igual forma, lo ha entendido el tribunal constitucional en la SC 0295/2003-R, cuya parte resolutive ordena a las personas no indígenas adecuar su conducta según lo establecido por las normas de la comunidad.⁴² Esta situación se repite de igual manera en el caso 9, debido a que el criterio predominante es el territorial, acompañado del de afectación del bien jurídico indígena, donde el respeto a los derechos fundamentales es el único límite a la jurisdicción indígena.⁴³

Pasando al caso 6, tenemos un conflicto entre una persona indígena y una persona no indígena con afectación de un bien jurídico no indígena, el cual ha sucedido dentro del territorio indígena. Entre los 12 casos, este es el único en el que la jurisdicción indígena debe remitir el conocimiento del conflicto a la jurisdicción ordinaria, debido a que son las normas de esta jurisdicción las que protegen ese bien jurídico; una vez más, el artículo 10 de la Ley de Deslinde Jurisdiccional⁴⁴ establece que estos casos deben ser resueltos por la jurisdicción ordinaria a partir de la incorporación de un tribunal mixto, precautelando siempre los derechos del indígena.

En el caso 7 tenemos un conflicto entre un indígena y una persona no indígena con afectación de un bien jurídico indígena, el cual sucede fuera del territorio indígena. En este caso es competente la jurisdicción ordinaria a partir de la incorporación de un tribunal mixto, porque el criterio predominante es la afectación del bien jurídico indígena; como ejemplo se puede citar que un servidor público emita y ejecute una resolución de cualquier tipo que atropelle la diversidad cultural (bien jurídico indígena), atentando, de esa manera, contra un bien jurídico indígena; así, los efectos de la referida resolución se producirán dentro de la jurisdicción indígena, pero resultaría muy arbitrario someter a una persona a la jurisdicción indígena, donde sus autoridades serían jueces y parte; entonces, resulta muy conveniente el juzgamiento de esta persona en la jurisdicción ordinaria, a partir de la incorporación del tribunal mixto, donde conocerían la causa jueces ordinarios y autoridades de alguna

⁴² Ver Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-1022/01.

⁴³ CPE, artículo 190, parágrafo II.

⁴⁴ Con la excepción de los delitos cometidos en contra de la integridad corporal de niños, niñas y adolescentes, los delitos de violación, asesinato u homicidio deben seguir siendo conocidos y resueltos por la jurisdicción indígena.

comunidad. Esta situación se presenta de manera similar en el caso 11, en el que el único elemento que varía es que el conflicto se suscita entre personas no indígenas.

De igual manera, en el caso 8 se presenta un conflicto entre una persona indígena y una no indígena, con afectación de un bien jurídico no indígena, que ha sucedido fuera del territorio indígena. Este caso debe ser conocido por la jurisdicción ordinaria, a partir de la incorporación de un tribunal mixto, pues tanto el bien jurídico como el hecho sucedido son ajenos a la jurisdicción indígena. Un ejemplo significativo de esta situación es el *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay*,⁴⁵ resuelto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH); la comunidad, en la década de los años noventa, habría iniciado un procedimiento administrativo para recuperar parte de su propiedad comunal de territorios tradicionalmente ocupados, los cuales se encontraban en manos de empresas privadas. Tal procedimiento administrativo nunca prosperó, debido a que las autoridades estatales trataron de resolver el conflicto desde una visión occidental del derecho a la propiedad;⁴⁶ en todo caso, como lo ha entendido la Corte IDH, el Estado de Paraguay debió adoptar disposiciones de derecho interno⁴⁷ para garantizar a la comunidad indígena Sawhoyamaya el uso y goce efectivo del derecho a la propiedad comunal.⁴⁸ La OIT y la ONU, respecto de los pueblos indígenas, han entendido estas disposiciones de derecho interno como medidas eficaces⁴⁹ para garantizar el goce efectivo de los derechos reconocidos a los pueblos indígenas.

4. Conclusiones

En el momento de estudiar el pluralismo jurídico, hay que decir que es imprescindible recurrir a la teoría general del derecho, abandonando cualquier postura ideológica, porque una vez reconocido constitucionalmente, el tema no es ideoló-

⁴⁵ Ver Corte IDH, *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay*, Sentencia de 29 de marzo de 2006. Fondo, Reparaciones y Costas.

⁴⁶ La connotación que los pueblos indígenas le dan a la propiedad no es la misma que hemos heredado de la cultura occidental del uso, goce y disposición de los bienes; por el contrario, los pueblos indígenas se encuentran en estrecha relación con aquello que denominan territorio (propiedad comunal). En ese sentido, Arcos ha definido el territorio indígena “como el espacio horizontal en el que colectividades étnicas se despliegan y plasman su historia, sus anhelos de futuro, representaciones y relaciones de poder” [citado en Elisa Cruz Rueda, “Principios generales de derecho indígena”, en Rudolf Huber (coord.), *Hacia sistemas jurídicos plurales*, Colombia, Fundación Konrad Adenauer, 2008, pp. 27-50].

⁴⁷ Ver Convención Americana sobre Derechos Humanos, artículo 2.

⁴⁸ En el caso boliviano, la propiedad comunal de los pueblos indígenas es conocida como tierras comunitarias de origen (TCO), figura a través de la cual la Ley 3545 realiza la dotación de tierras a los pueblos indígenas de nuestro país.

⁴⁹ Ver Convenio 169 de la OIT, artículo 12, y Declaración de los Derechos de los Pueblos Indígenas, artículo 13.

gico ni político, sino más bien jurídico. De ahí la importancia de entender al pluralismo jurídico como los subsistemas jurídicos que componen un sistema jurídico independiente, donde el punto central es que los subsistemas jurídicos gozan de una semiautonomía que les permite la producción y aplicación de sus normas, lo que desemboca en que el Estado es uno de los tantos productores de derecho.

Por otro lado, consideramos que el concepto de bien jurídico ha permitido dinamizar y organizar las posibles formas de relación entre los ámbitos de vigencia de la jurisdicción indígena, lo cual nos ha permitido exponer una propuesta de deslinde jurisdiccional, en la que es primordial el rol del Tribunal Constitucional debido a que tendrá que ejercer regulaciones para cada uno de los subsistemas, velando especialmente por que no se atente contra los derechos fundamentales de las personas.

Bibliografía

- ALBA, Oscar (coord.), *Pluralismo jurídico e interculturalidad*, Sucre, Comisión de Justicia de la Asamblea Constituyente, 2008.
- ANDALUZ, Horacio, *Positivismo normativo y derecho internacional*, La Paz, Plural Editores, 2005.
- BONILLA MALDONADO, Daniel, *La constitución multicultural*, Bogotá, Siglo del Hombre Editores, 2006.
- BORJA JIMÉNEZ, Emiliano, *¿Existe el derecho penal indígena?*, México, D. F., Instituto Nacional de Ciencias Penales, 2005.
- CASTRO, Sergio, “Algunos acercamientos sistémicos al concepto de derecho”, *Revista del Instituto de Estudios Internacionales*, número especial, 2012, pp. 36-45.
- GRUN, Ernesto, “La aplicación de la sistémica y la cibernética al derecho”, *Panóptica*, núm. 7, 2007, pp. 156-175.
- HART, H.L.A., *El concepto de derecho*, Buenos Aires, Editorial Abeledo Perrot, 1968.
- HOEKEMA, André, “Hacia un pluralismo jurídico formal de tipo igualitario”, *El Otro Derecho*, núm. 26-27, 2002, pp. 63-98.
- HORMAZÁBAL, Hernán, *Bien jurídico y Estado social y democrático de derecho*, Santiago de Chile, Cono Sur, 1992.
- HUBER, Rudolf (coord.), *Hacia sistemas jurídicos plurales*, Bogotá, Fundación Konrad Adenauer, 2008.
- MARTÍNEZ, Juan Carlos *et al.*, *Elementos y técnicas de pluralismo jurídico*, México D. F., Fundación Konrad Adenauer, 2012.
- MERRY, Sally Engle *et al.*, *Pluralismo jurídico*, Bogotá, Siglo del Hombre Editores, 2007.
- ORELLANA HALKYER, René, *Interlegalidad y campos jurídicos*, Cochabamba, Huella Editores, 2004.
- ORIAS ARREDONDO, Ramiro, “Los pueblos indígenas en el derecho internacional”, *Umbrales*, núm. 17, 2008, pp. 279-301.

STAVENHAGEN, Rodolfo, *Tercer Informe. La justicia y los derechos indígenas*, México, UNESCO, 2004.

TEUBNER, Gunther, *El derecho como sistema autopoietico de la sociedad global*, Perú, ARA Editores, 2005.

VOLVER A LA TABLA DE CONTENIDO

Instrucciones para la presentación de artículos

1. Los artículos estarán escritos en español o portugués. En caso contrario, la posibilidad de traducirlos deberá ser discutida de manera oportuna con el equipo editorial del *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*.
2. Se acompañarán de un **resumen** de hasta 900 caracteres, espacios incluidos (150 palabras), y una sugerencia de **palabras clave**.
3. El equipo editorial del *Anuario* determinará qué material será publicado. La decisión se comunicará oportunamente a cada autor.
4. El material enviado debe ser original e inédito. Si luego de publicado en el *Anuario*, el autor desea reproducirlo en otro medio, deberá dejarse constancia de la primera publicación.
5. Los artículos se enviarán en formato electrónico (archivo de Word o compatible) a iusla@kas.de
6. La extensión de los trabajos, en principio, no superará los 40.000 caracteres (aproximadamente 25 páginas del *Anuario*). El equipo editorial considerará las situaciones excepcionales.
7. La página 1 contendrá la siguiente información:
 - a) Nombre del autor* y, entre paréntesis, el país de origen.
 - b) En la nota a pie de página correspondiente al * deberá escribir:
 - i) Referencia curricular de hasta 30 palabras.
 - ii) Dirección electrónica (que se publicará).
 - c) Título del artículo.
 - d) Los agradecimientos, aclaraciones o comentarios sobre el origen del texto se incluirán en nota a pie de página junto al título del artículo.

8. El autor deberá enviar su dirección postal para la remisión de los ejemplares del *Anuario*, una vez sea publicado.
9. Para los títulos internos se empleará la numeración decimal (1, 1.1, 1.1.1). Es aconsejable que no haya más de *tres* niveles de títulos internos.
10. No es conveniente usar la numeración automática de títulos y apartados porque puede dar lugar a errores en la etapa de diagramación. Por el mismo motivo conviene evitar las referencias cruzadas.
11. Las mayúsculas se emplearán de acuerdo con las normas ortográficas vigentes. En particular, se escribirán con minúscula los nombres de los meses y días de la semana (*noviembre, lunes*), los cargos, títulos y dignidades, excepto cuando aparezcan abreviados (*magistrado, fiscal, doctor*), así como los nombres *genéricos* de entidades de cualquier clase y jerarquía (*un juzgado de primera instancia, los tribunales constitucionales*).
12. Las **referencias bibliográficas** deben incluirse a pie de página y contener los siguientes elementos:
 - a) **Libros:** Nombre y apellido del autor, título del libro (en cursivas), ciudad, editorial, año de publicación (si la edición empleada no es la primera, conviene indicarlo).

Ejemplo:
Thomas Hobbes, *Leviatán*, Madrid, Alianza Universidad, 1993 [1651], p. 11.
 - b) **Artículos o capítulos de libros:** Nombre y apellido del autor, título del artículo o capítulo (entre comillas y redondas), en nombre y apellido del editor (ed.) o compilador (comp.), si corresponde, título del libro (en cursivas), ciudad, editorial, año de publicación, página(s).

Ejemplo:
Douglas Durán Chavarría, “Ejecución de las sanciones penales juveniles privativas de libertad”, en Mauricio González Oviedo y Carlos Tiffer Sotomayor (comps.), *De la arbitrariedad a la justicia. Adolescentes y responsabilidad penal en Costa Rica*, San José, Unicef, 2000, pp. 13-15.
 - c) **Artículos de publicaciones periódicas:** Nombre y apellido del autor, título del artículo (entre comillas), nombre de la revista (en cursivas), número, fecha, páginas.

Ejemplo:
Patricia Laurenzo Copello, “La discriminación por razón de sexo en la legislación penal”, *Jueces para la Democracia*, núm. 34, 1999, pp. 10 y 32.

- d) **Recursos de Internet:** Nombre y apellido del autor (si el texto está firmado); si se trata de una parte de una obra mayor, nombre de la parte (entre comillas), nombre del sitio web o de la obra (en cursiva). Dirección electrónica.

Ejemplo:

Ariel Dulitzky, “La censura previa en la Convención Americana sobre Derechos Humanos: el caso Martorell”, en *Equipo Nizkor, Derechos humanos en América Latina*. Disponible en: <http://www.derechos.org/koaga/vii/du-litzky.html>.

- e) Es necesario incluir una **bibliografía** al final de cada artículo. Para ello se utilizarán los mismos datos, anteponiendo el apellido al nombre del autor y eliminando el número de página, excepto en los artículos de las publicaciones periódicas.

Ejemplo:

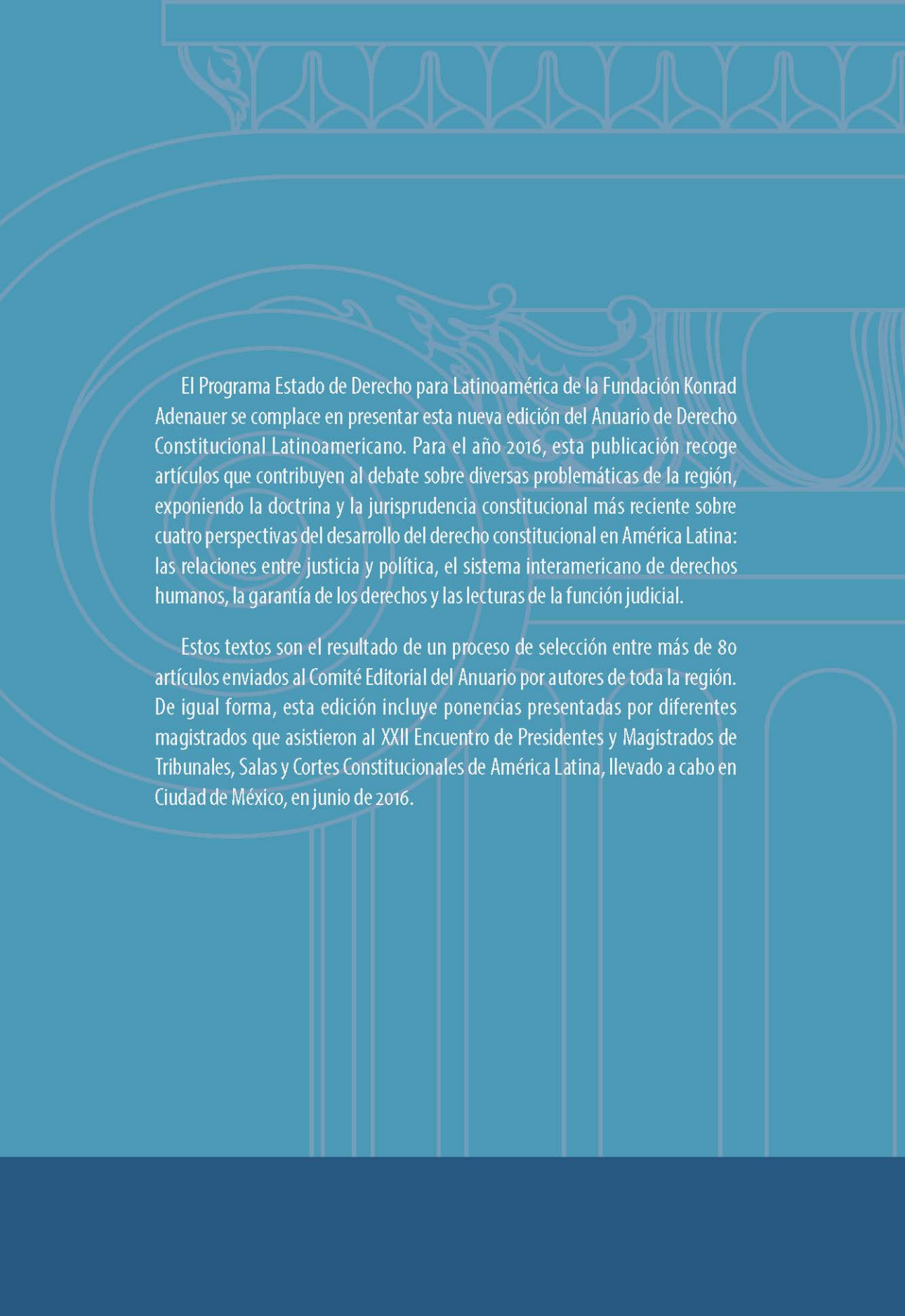
DULITZKY, Ariel, “La censura previa en la Convención Americana sobre Derechos Humanos: el caso Martorell”, en *Equipo Nizkor. Derechos humanos en América Latina*. Disponible en: <http://www.derechos.org/koaga/vii/du-litzky.html>.

MARIÑO CASTELLANOS, Ángel, Danelia CUTIÉ MUSTELIER y Josefina MÉNDEZ LÓPEZ, “Reflexiones en torno a la protección de los derechos fundamentales en Cuba. Propuestas para su perfeccionamiento”, en Lisette PÉREZ HERNÁNDEZ y Martha PRIETO VALDÉS, *Temas de derecho constitucional cubano*, La Habana, Félix Varela, 2002.

HOBBS, Thomas, *Leviatán*, Madrid, Alianza Universidad, 1993 [1651].

LAURENZO COPELLO, Patricia, “La discriminación por razón de sexo en la legislación penal”, *Jueces para la Democracia*, núm. 34, 1999.

- f) Cuando la publicación citada tenga más de tres autores se usará el nombre del que figure en primer lugar, seguido de la expresión *et al.*



El Programa Estado de Derecho para Latinoamérica de la Fundación Konrad Adenauer se complace en presentar esta nueva edición del Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano. Para el año 2016, esta publicación recoge artículos que contribuyen al debate sobre diversas problemáticas de la región, exponiendo la doctrina y la jurisprudencia constitucional más reciente sobre cuatro perspectivas del desarrollo del derecho constitucional en América Latina: las relaciones entre justicia y política, el sistema interamericano de derechos humanos, la garantía de los derechos y las lecturas de la función judicial.

Estos textos son el resultado de un proceso de selección entre más de 80 artículos enviados al Comité Editorial del Anuario por autores de toda la región. De igual forma, esta edición incluye ponencias presentadas por diferentes magistrados que asistieron al XXII Encuentro de Presidentes y Magistrados de Tribunales, Salas y Cortes Constitucionales de América Latina, llevado a cabo en Ciudad de México, en junio de 2016.