

**Anuario de Derecho
Constitucional Latinoamericano**

23° año

Anuario 2017



**Konrad
Adenauer
Stiftung**

Programa Estado de Derecho para Latinoamérica

Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano
2017

Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano 2017

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.

© 2017 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

Coordinación editorial

Daniel Alejandro Pinilla

Coordinación académica

Diana Dajer (español)
Anne Ilinca (español)
Mônia Henning (portugués)
Ginna Rivera (portugués)

Corrección de estilo

Emma Ariza, María José Díaz Granados (español)
Paulo Baptista (portugués)

Traducción

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

Diagramación

Marta Rojas

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. Lecturas de las constituciones económicas de América Latina	
1.1. Derechos fundamentales, economía y derecho privado: alcances, tensiones y límites	
• Carlos R. Asúnsolo Morales (México) <i>Los derechos humanos como límites al poder económico en el contexto de globalización</i>	21
• Francisco J. Campos Zamora (Costa Rica) <i>Constitución, derechos fundamentales y autonomía de la voluntad. Una aproximación desde la teoría de la eficacia de los derechos fundamentales frente a terceros</i>	39
• Emerson Affonso da Costa Moura (Brasil) <i>Estado regulador, direito humano-fundamental ao desenvolvimento e agências reguladoras</i>	57
• Bruno Adriano Delgado Taboada (Perú) <i>El rol de los principios de subsidiariedad y solidaridad en la Constitución económica: el caso de la Constitución económica peruana de 1993</i>	85
• Fernando B. Escobar Pacheco (Bolivia) <i>La Constitución económica olvidada en el debate sobre la estabilidad laboral en Bolivia</i>	109
• César Landa Arroyo (Perú) <i>Constitucionalización del derecho mercantil en el Perú</i>	127
• Matías Pedernera Allende (Argentina) <i>Los compromisos internacionales sobre derechos fundamentales y su influencia en la política económica. Reflexiones a partir del caso argentino</i>	149

- Carlos Ramón Salcedo Camacho (República Dominicana)
Economía, planificación y desarrollo en la Constitución dominicana165
- Eduardo Turell (Uruguay)
Derechos fundamentales, constituciones y economía 183

1.2. Garantía de los derechos económicos, sociales y culturales: entre la progresividad y la sostenibilidad fiscal

- Víctor Bazán (Argentina)
La protección del derecho a la seguridad social en el Estado constitucional y convencional argentino197
- Rubén Cardoza Zúñiga (México)
Los derechos de los pueblos indígenas y el derecho a un medio ambiente sano: derechos humanos considerados parcialmente en la reforma constitucional en materia energética en México.....243
- Maurício Gentil Monteiro (Brasil)
Clara Cardoso Machado Jaborandy (Brasil)
Democratização dos meios de comunicação como pressuposto do desenvolvimento econômico brasileiro: o caso da dívida pública263
- Mônia Clarissa Hennig Leal (Brasil)
Felipe Dalenogare Alves (Brasil)
A efetivação dos direitos econômicos, sociais e culturais (DESC) pelo Estado brasileiro e a necessária observância do minimum core obligation em “tempos de crise”285
- Lígia Mori Madeira (Brasil)
Leonardo Geliski (Brasil)
Políticas Sociais nos Tribunais Intermediários: Tribunais Regionais Federais em evidência305
- Rodrigo Andrés Poyanco Buguéño (Chile)
Derechos sociales y políticas públicas. El principio de progresividad 327

1.3. Debates sobre el control judicial de las constituciones económicas

- Paúl Córdova Vinuesa (Ecuador)
Justicia ambiental: los derechos a un ambiente sano y equilibrado y de la naturaleza frente a las implicaciones de la política constitucional socioeconómica en Ecuador349

- Hernán Correa Cardozo (Colombia)
Los efectos inequitativos de la jurisprudencia constitucional colombiana sobre habeas data financiero.....373
- Magdalena Correa Henao (Colombia)
La jurisprudencia constitucional reciente en torno a las libertades económicas401
- Alexander Espinoza (Venezuela)
Jhenny Rivas Alberti (Venezuela)
El efecto en espiral del modelo de economía socialista y el control judicial de la intervención del Estado en la economía.....433
- Jorge Ernesto Roa Roa (Colombia)
Activismo judicial, legitimidad democrática de la protección judicial de los derechos e incidente de impacto fiscal453

1.4. Sistema interamericano de derechos humanos y constituciones económicas: diálogos entre el derecho nacional y regional

- Jânia Maria Lopes Saldanha (Brasil)
Clara Rossatto Bohr (Brasil)
A vulnerabilidade nas decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH): impacto nas políticas públicas e no modelo econômico dos Estados481
- Adán Maldonado Sánchez (México)
El capítulo económico de la Constitución y el bloque de constitucionalidad en México503
- Marcela Rita Ortiz Torricos (Bolivia)
El derecho a la libertad de expresión e información en Perú, Bolivia y Colombia desde la perspectiva de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.....533
- Nelson Pozo Silva (Chile)
Constitución y economía en el contexto de los derechos fundamentales555

II. Perspectivas del Estado de Derecho y de la democracia en América Latina

- Jesús M. Casal (Venezuela)
La convocatoria a una supuesta Asamblea Nacional Constituyente y los límites del poder constituyente.....573
- Sibylle Kessal-Wulf (Alemania)
El papel de la justicia constitucional en el Estado democrático de derecho593

- Alejandro Morales Bustamante (Guatemala)
*La odisea del estatuto especial y la identidad cultural
de los pueblos originarios en el constitucionalismo guatemalteco*.....607
 - Danilo Rojas Betancourth (Colombia)
*El ideal ético del juez: dos preguntas
sobre comportamiento y percepción*.....625
- Instrucciones para la presentación de artículos*633

Presentación

Conscientes del permanente debate y las intensas discusiones que cobijan a la región respecto al nivel de regulación de modelos y sistemas económicos en la Carta magna, y el papel del juez constitucional en materia económica, en el marco del Estado de derecho, se propuso que el *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, en su edición número veintitrés, reuniera algunas de estas reflexiones bajo el tema de la relación entre derechos fundamentales, constituciones y modelos económicos.

Ejes temáticos

Sin querer provocar un debate ideológico sobre el tema, muchas ideas tienen su inicio y su fundamento en el universo de opiniones sobre cómo la función del Estado económico se dinamiza entre dos polos, principalmente. Uno de ellos defiende un modelo de abstención total de la mano ordenante del Estado, incluso en la constitución de procesos económicos, con la convicción de la fuerza de autorregulación del mercado libre. El otro, basado en el principio de la planificación estatal centralizada, sostiene que el Estado es el agente relevante del mercado, por lo que la producción de bienes y servicios es un monopolio público que suprime cada fuerza del libre mercado. En busca de un camino intermedio entre aquellos dos extremos del liberalismo “radical-clásico” y la economía central planificada, en la primera mitad del siglo pasado emergieron propuestas sobre las bases constitucionales que debía tener una economía libre para desarrollarse de manera sana en una sociedad democrática.

Guiados por la idea de que la única manera de combinar el principio de libertad de mercado y un nivel justo de equidad social es la organización de la primera por la ley, dándole prioridad al nivel constitucional, se vislumbró al Estado como un mediador, un proveedor de condiciones institucionales, éticas y sociales para una operación eficiente y equitativa de la economía. Según la teoría de la economía social de mercado, el orden jurídico de un Estado, encabezado por su Carta magna, obtiene una función compensatoria y equilibradora capaz de corregir los posibles excesos y desbalances que puede presentar el sistema económico basado en mercados libres.

Como se puede percibir en los artículos en este Anuario, en Latinoamérica, en reacción a los problemas fundamentales del continente como la pobreza, la inseguridad social y la creciente brecha entre ricos y pobres, la discusión sobre la interdependencia entre constitución y economía se ha traducido en una gradual presión social por la introducción de derechos económicos, sociales, culturales y ambientales (Desca) en la carta. Se ha mostrado que, en muchos casos, las reformas y políticas públicas han sido insuficientes para modificar radicalmente la realidad de exclusión y marginación de la región y para garantizar de manera efectiva aquellos derechos. Por eso, en varios países latinoamericanos se puede identificar una tendencia a la “hiperconstitucionalización” para prever cada vez más garantías económicas y sociales al nivel normativo más alto del Estado. Adicionalmente, en respuesta a la “paralización política” de los órdenes legislativos, también en los órdenes nacionales se ha tratado de establecer una economía social por medio de la “judicialización” de los Desca, usando la fuerza vinculante de las sentencias de las altas cortes.

Estos procesos –algunas veces paralelos, otras veces diferenciados– suponen que el reconocimiento creciente de los Desca y los derechos colectivos en las constituciones latinoamericanas pueden influir “desde arriba” en el orden económico y laboral, en tanto prescriben un nivel mínimo de seguridad social del ciudadano, al que tal vez pueda 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 estatal a través de la ley ordinaria frente a la libre economía, o medidas de retribución financieras.

Sin embargo, este efecto tiene varios contraargumentos, si se tiene en cuenta que las sentencias constitucionales más importantes son relevantes para casos concretos los cuales, teóricamente, tienen un efecto solo interpartes. Por ello, se plantea la pregunta del alcance del poder “cuasi-legislativo” del juez constitucional o, por el contrario, de su posición deferente con el legislador o con el Gobierno que muchas veces tiene la iniciativa legislativa en materia económica. ¿Depende entonces de la voluntad política del primer y segundo poder que el Estado social de derecho no quede en una consigna que busca aplicar el juez constitucional, sin políticas públicas consistentes y sin presupuestos? ¿O tienen estas sentencias una fuerza vinculante, no solo moral, la cual hace cumplir la política y al empresario?

Presentación del contenido de los artículos

Con la idea de que los textos pueden convertirse en materia de generación de propuestas sólidas para la transferencia efectiva de valores constitucionales, sobre todo de derechos humanos, a la ley, la política pública, los tratados económicos suscritos y las sentencias judiciales, el Programa Estado de Derecho para Latinoamérica de la Fundación Konrad Adenauer, en su *Anuario* para 2017, presenta complacido treinta artículos de diversos autores, de más de diez países de la región.

En sus textos los autores reflexionan sobre preguntas complejas, como: ¿deben las constituciones establecer parámetros sobre el sistema económico de los países y qué tan restrictiva y reguladora debe ser la constitución? O ¿debe la constitución abstenerse de regular y valorar el modelo económico de un Estado? ¿Deben los derechos humanos, sobre todo los Desca, servir de guía y limitar la decisión política en materia económica? ¿Qué papel juega la constitución frente a una distribución presupuestal destinada a la protección de los Desca? ¿Debería haber un dinero asegurado para esta causa? ¿Es posible compatibilizar las garantías de los derechos humanos con las exigencias de la economía, y qué riesgo hay si no se logra?

La obra ha compilado las contribuciones en dos grandes secciones: lecturas de las constituciones económicas y perspectivas del Estado de derecho y de la democracia en América Latina. Al respecto se resaltan cuatro temas en común de los diversos artículos que integran la mencionada sección. Primero, una tensión en diversos países del continente entre política económica y derechos fundamentales, como es el caso de la estabilidad laboral. También reúne interesantes planteamientos de esta relación como un enfoque de los derechos humanos en tanto límites al poder económico en un contexto de globalización, el papel de los principios de subsidiariedad y solidaridad en el marco constitucional, y la constitucionalización del derecho mercantil presente en algunos países latinoamericanos.

Segundo, la creciente preocupación en la región frente a los debates generados entre las libertades económicas y el principio del libre mercado, por un lado, y la garantía de diversos derechos económicos, sociales y culturales en conflicto con los límites presupuestales del Estado, tales como la seguridad social, los derechos de los pueblos indígenas y el derecho a un medio ambiente sano, por otro.

Tercero, la publicación agrupa un maduro diálogo, que ya había sido objeto de una sección especial en la edición anterior del *Anuario*, sobre justicia y política, en particular frente a la intervención judicial en aspectos propios de políticas públicas económicas de los Estados. Se presentan textos que abordan los efectos de la jurisprudencia constitucional sobre el *habeas data* financiero, el control judicial de la intervención del Estado en la economía y el impacto de la jurisprudencia constitucional en torno a las libertades económicas.

Por último, hay un cuarto tema que recopila el estudio progresivo sobre la influencia mutua entre el derecho nacional e internacional en materia de regulación económica, particularmente en cuanto a los alcances y límites de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos a nivel interno, con textos sobre el impacto de estas decisiones en las políticas públicas y en los modelos económicos de los Estados, así como compromisos a nivel internacional frente al goce y cumplimiento de los derechos fundamentales y su influencia en la política económica de un país.

De otro lado, en la segunda sección del *Anuario* se abordan las perspectivas del Estado de derecho y la democracia en América Latina. Esta sección contiene análisis de actualidad frente a acontecimientos recientes en diversos países, como la convocatoria de una Asamblea Nacional Constituyente y los límites del poder constituyente

en Venezuela, el estatuto especial de los pueblos originarios en el constitucionalismo guatemalteco, y un agudo análisis –particularmente pertinente de cara a acontecimientos como los citados– en materia del ideal ético judicial.

Esperamos que esta nueva edición del *Anuario* promueva análisis comparativos, críticos y, sobre todo, reflexiones propositivas frente a los diversos aspectos económicos tratados en los artículos publicados, que deriven en diálogos académicos y políticos con soluciones que mejoren la calidad de vida en la región. Los textos publicados son el resultado de un riguroso proceso de selección y curaduría efectuado por el comité editorial del *Anuario*. A su vez, la edición incluye varias ponencias presentadas por diferentes magistrados que asistieron al XXIII Encuentro de Presidentes y Magistrados de Tribunales, Salas y Cortes Constitucionales de América Latina, organizado por el Programa Estado de Derecho para Latinoamérica de la Fundación Konrad Adenauer en Brasilia, del 1 al 3 de junio de 2017.

Ejes temáticos del Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano en el año 2018

Con el ánimo de incentivar y motivar a una nueva discusión para la edición del *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano* del siguiente año reflexionamos sobre dos de los aspectos y desafíos centrales para las constituciones latinoamericanas y el Estado de derecho en nuestra región: 1) el papel protagónico que ejerce la ciudadanía en su creación, implementación, supervigilancia y reforma, y 2) la ejecución y el nivel de cumplimiento e implementación de las sentencias de las altas cortes, sobre todo de los tribunales constitucionales en la región.

1. Desde el poder constituyente como fuente creadora de la constitución, pasando por mecanismos de participación ciudadana como plebiscitos, referendos y consultas populares, constituidos en las cartas magnas latinoamericanas como instrumentos para cambiarlas a través de convocatorias al sentir popular, los ciudadanos tienen un papel transversal en la formación y transformación de los ordenamientos jurídicos del continente, lo que ya genera un tema de debate.

El concepto de participación ciudadana en la región ha generado una discusión teórica, jurídica y política entre los dos polos de democracia directa, que en su forma más rígida de gobernanza del pueblo es casi inexistente en la actualidad constitucional, y la democracia indirecta no participativa a través de representantes, en la que el pueblo interviene solo por medio del sufragio y la militancia en partidos políticos. Mediando entre estos dos extremos, y con un llamado por más participación, en las teorías contemporáneas de la democracia latinoamericana se han desarrollado formas de democracia indirecta en donde la ciudadanía puede participar de forma efectiva en la toma de decisiones incorporando la idea de que la participación ciudadana y sus nuevas formas son un eje del funcionamiento democrático.

Recientemente, América Latina ha sido testigo de primera mano de los alcances, los límites, los retos y las perspectivas de la relación entre participación ciudadana, constitución y gobernanza por representantes. Hechos como el plebiscito sobre el Acuerdo de Paz en Colombia; el llamado a una Asamblea Nacional Constituyente en Venezuela hecho por el Gobierno, y la consulta popular simbólica convocada por la oposición; el referendo que se debate en Ecuador para reformar varios aspectos de la Constitución; el plebiscito no vinculante en Chile sobre el sistema de pensiones, y diversas consultas mineras en Bolivia, Perú y Colombia así lo demuestran.

Pese a los cambios, en la región continúa la desconfianza de sus ciudadanos hacia el Estado y el instituto de la democracia, lo que provoca una baja credibilidad en sus instituciones, parlamentos y partidos políticos. Esta tendencia ha estimulado el fortalecimiento, en aumento, de una participación no institucionalizada y no regulada, y de la acción colectiva bajo movimientos estudiantiles, grupos de lucha contra la corrupción electoral, masiva oposición política, brotes de periodismo investigativo, portales de control ciudadano en internet, entre otros ejemplos, que se consolidan como mecanismos alternativos, y muchas veces efectivos, para incidir en la toma de decisiones. Además, existen corrientes inclinadas a un diseño institucional en las constituciones que sea flexible y que genere inclusión de las comunidades más vulnerables, una vinculación real en la toma de decisiones, así como modelos con más y mejores políticas de acceso a la información y uso de nuevas tecnologías, con mecanismos de transparencia que contribuyan al naciente concepto de “Estado abierto”.

Al tiempo que surgen mecanismos para la promoción y garantía de la participación ciudadana, se generan posturas políticas que limitan los espacios y se mutan en dificultades. Aunque la expansión de la voluntad ciudadana y el empoderamiento popular es “sombrija” de la mayoría de las campañas electorales, la construcción de una institucionalidad nacional vinculada y nutrida con participación todavía supone un tema de discusión. ¿Son los partidos políticos colectivos de expresión de la voluntad popular, o fungen solo como vehículos para lograr las ambiciones políticas de una persona o de un círculo de personas restringido?

Al otro lado se despiertan preguntas, oportunas para varios sectores, producto de fenómenos actuales generados por lo que se ha denominado “excesos de participación” o sistemas donde los espacios participativos pueden liderar fines perversos que afectan, por ejemplo, derechos de las minorías. Lo anterior ha llevado a pensar que “demasiada” participación ciudadana puede demorar los procesos de toma de decisiones a nivel legislativo y, en casos extremos, ha llevado a un bloqueo completo del funcionamiento del parlamento como representante del pueblo.

Para tal efecto se puede reflexionar sobre ¿qué tantos espacios de participación ciudadana deben tener los procesos democráticos de un Estado, y qué retos y beneficios presenta la utilización de mecanismos de participación ciudadana en la toma de decisiones trascendentales para un país? ¿Cuál es el rol actual de las tecnologías de la información y la comunicación en la implementación de mecanismos de participación ciudadana? ¿Qué expectativas genera la convocatoria a la ciudadanía para pronunciarse sobre aspectos sustanciales de política pública, cómo cumplirlas y qué sucede si estas son defraudadas? ¿Cuál es el efecto de la participación ciudadana en la administración de recursos naturales? ¿Qué implicaciones tiene para la garantía efectiva de los derechos fundamentales el fortalecimiento de la participación ciudadana?

2. Otro tema de importancia trascendental para la realización y consolidación del Estado de derecho en la región es el cumplimiento y la implementación de las sentencias de las altas cortes, sobre todo de los tribunales y las cortes constitucionales en materia de derechos humanos, tanto a nivel nacional como regional, y los mecanismos de ejecución de aquellas sentencias.

Durante generaciones, defensores de derechos humanos han luchado para que las cortes nacionales e internacionales reconozcan la justiciabilidad de los derechos fundamentales, principalmente de los Desca, y del principio de igualdad y no discriminación. Esta lucha ha tenido éxito en varios países, cuyas constituciones hoy en día consagran estos derechos y su justiciabilidad, y, hasta cierto punto, en los sistemas internacionales y regionales de derechos humanos. Como consecuencia de este proceso de constitucionalización y convencionalización de estos derechos fundamentales, muchos tribunales constitucionales han desarrollado una jurisprudencia ampliamente progresista y garantista en los últimos años, no solo respecto a un mínimo de seguridad social, sino también en tanto a la moral pública.

Sin embargo, por una mezcla de falta de voluntad política, restricciones presupuestales y conceptos morales y sociales tradicionales que todavía prevalecen en Latinoamérica, en muchos casos el legislador o el Gobierno no cumplen con el orden jurisprudencial de las altas cortes, lo hacen solo parcialmente o incluso cumplen pero con mucha dilación. Estamos constataando un recrudecimiento de la brecha de implementación ocasionada en el desbalance entre los avances normativos y jurisprudenciales en materia de derechos humanos en la teoría, y la poca garantía efectiva de los mismos en la realidad legislativa y administrativa de la mayoría de nuestros países. El desafío que ellos enfrentan ahora es asegurar que se implementen las decisiones sobre derechos fundamentales. Lamentablemente, hasta el día de hoy muchas sentencias se quedan en el papel, y la falta de implementación implica que las violaciones de estos derechos continúen. Este problema no

solamente restringe el goce efectivo de dichos derechos, sino que también amenaza la legitimidad del sistema judicial cuyas sentencias se ignoran.

En relación con el cumplimiento de las sentencias de los tribunales regionales de derechos humanos, sobre todo de la Corte IDH, se han identificado resistencias estatales frente al cumplimiento, tanto políticas como judiciales. Mientras que el grado o la naturaleza de la renuencia tiene mucho que ver con el tipo de medida de reparación otorgada –si se trata solo de un caso de *restitutio in integrum* o más bien de medidas estructurales–, en la mayoría de los casos las resistencias políticas ocurren cuando el incumplimiento de una sentencia se debe a factores políticos o institucionales, tales como el reparto de competencias entre los diferentes niveles administrativos del Estado, la intención de proteger a funcionarios o representantes estatales, el grado de institucionalidad o, simplemente, la voluntad política gubernamental. Por otro lado, las resistencias judiciales se producen cuando es un alto tribunal de un Estado el que estipula que este no se encuentra vinculado por las decisiones del tribunal de derechos humanos, o bien declara, como en el caso venezolano, que una sentencia es “inejecutable”.

Ahora bien, con el objetivo de mejorar el nivel de cumplimiento de estas sentencias cabe reflexionar sobre medidas adecuadas y mecanismos idóneos de implementación. Una estrategia que hemos podido observar en la Corte Interamericana de Derechos Humanos y en cortes constitucionales nacionales, como la colombiana, es la introducción de mecanismos de supervisión o monitoreo de cumplimiento solicitando información de las instituciones estatales respecto a la implementación de las sentencias u ordenando medidas especiales. A veces también se ha trabajado con la aplicación de indicadores o la instalación de comisiones o expertos externos que cuentan con capacidades, conocimientos o procedimientos que la respectiva corte no tiene. En ocasiones, también se logró una especie de “intercambio sustantivo” al iniciar un diálogo entre los peticionarios y el Estado con la intención de contrarrestar el desequilibrio de poderes entre los partidos involucrados que existe en la mayoría de los casos.

Pese a estos esfuerzos, sobre todo en materia de Desca o derechos de las minorías, el nivel de cumplimiento de las sentencias de las cortes constitucionales resulta preocupante. En consecuencia cabe preguntarse ¿cuáles son los antecedentes y motivos principales para el incumplimiento de sentencias ligadas a los derechos humanos por parte de los actores estatales? y ¿cómo se puede combatir este fenómeno o contrarrestarlo de una manera más efectiva? ¿Cuál es la solución para superar las resistencias políticas y judiciales mencionadas? ¿Hay que buscar el diálogo o son más efectivos los instrumentos coercitivos? ¿Las preguntas son pertinentes de igual manera a nivel nacional respecto a la ejecución de la jurisprudencia regional en materia de derechos fundamentales, o hay diferencias?

Conclusión

Para abrir un espacio de reflexión sobre: 1) las relaciones entre la participación ciudadana y el desarrollo constitucional y legislativo en la región, y 2) el desafío de la implementación y el cumplimiento de sentencias relacionadas con derechos humanos, la edición de 2018 del *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano* convoca para dos secciones especiales sobre estos temas. Para ello, el Programa Estado de Derecho para Latinoamérica hace un llamado a las personas que quieran participar en esta nueva publicación, a enviar artículos sobre estos dos ejes temáticos conforme a los requerimientos del comité editorial.

El *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano* se ha consolidado hasta su vigesimotercera edición como una plataforma especializada de debate, una publicación de diálogo de derechos humanos, donde cada vez tienen espacio nuevas voces y más países. Este proyecto editorial nos ha permitido constatar con complacencia su evolución y la estrecha cercanía de abogados, litigantes, estudiantes y funcionarios judiciales de distintos países de la región. Seguimos firmes y esperamos que la narrativa y los escenarios técnicos y temáticos que nos propone cada año continúen sirviendo como radar de las discusiones más relevantes de la región.

Por último, una vez más el Programa Estado de Derecho extiende su gratitud y admiración a los autores, por la calidad de sus trabajos y la disposición constante en la responsabilidad de compartir conocimientos, un sentimiento que esperamos sea replicado por los lectores a lo largo del hemisferio.

Marie-Christine Fuchs y Daniel Alejandro Pinilla
Programa Estado de Derecho para Latinoamérica
Konrad-Adenauer-Stiftung

I. Lecturas de las constituciones económicas de América Latina

1.1. Derechos fundamentales, economía y derecho privado: alcances, tensiones y límites

- Carlos R. Asúnsolo Morales (México)
Los derechos humanos como límites al poder económico en el contexto de globalización
- Francisco J. Campos Zamora (Costa Rica)
Constitución, derechos fundamentales y autonomía de la voluntad.
Una aproximación desde la teoría de la eficacia de los derechos fundamentales frente a terceros
- Emerson Affonso da Costa Moura (Brasil)
Estado regulador, direito humano-fundamental ao desenvolvimento e agências reguladoras
- Bruno Adriano Delgado Taboada (Perú)
El rol de los principios de subsidiariedad y solidaridad en la Constitución económica: el caso de la Constitución económica peruana de 1993
- Fernando B. Escobar Pacheco (Bolivia)
La Constitución económica olvidada en el debate sobre la estabilidad laboral en Bolivia
- César Landa Arroyo (Perú)
Constitucionalización del derecho mercantil en el Perú
- Matías Pedernera Allende (Argentina)
Los compromisos internacionales sobre derechos fundamentales y su influencia en la política económica.
Reflexiones a partir del caso argentino
- Carlos Ramón Salcedo Camacho (República Dominicana)
Economía, planificación y desarrollo en la Constitución dominicana
- Eduardo Turell (Uruguay)
Derechos fundamentales, constituciones y economía

1.2. Garantía de los derechos económicos, sociales y culturales: entre la progresividad y la sostenibilidad fiscal

- Víctor Bazán (Argentina)
La protección del derecho a la seguridad social en el Estado constitucional y convencional argentino
- Rubén Cardoza Zúñiga (México)
Los derechos de los pueblos indígenas y el derecho a un medio ambiente sano: derechos humanos considerados parcialmente en la reforma constitucional en materia energética en México
- Maurício Gentil Monteiro (Brasil)
Clara Cardoso Machado Jaborandy (Brasil)
Democratização dos meios de comunicação como pressuposto do desenvolvimento econômico brasileiro: o caso da dívida pública
- Mônia Clarissa Hennig Leal (Brasil)
Felipe Dalenogare Alves (Brasil)
A efetivação dos direitos econômicos, sociais e culturais (DESC) pelo Estado brasileiro e a necessária observância do *minimum core obligation* em “tempos de crise”
- Lígia Mori Madeira (Brasil)
Leonardo Geliski (Brasil)
Políticas Sociais nos Tribunais Intermediários: Tribunais Regionais Federais em evidência
- Rodrigo Andrés Poyanco Bugueño (Chile)
Derechos sociales y políticas públicas.
El principio de progresividad

1.3. Debates sobre el control judicial de las constituciones económicas

- Paúl Córdova Vinuesa (Ecuador)
Justicia ambiental: los derechos a un ambiente sano y equilibrado y de la naturaleza frente a las implicaciones de la política constitucional socioeconómica en Ecuador
- Hernán Correa Cardozo (Colombia)
Los efectos inequitativos de la jurisprudencia constitucional colombiana sobre *habeas data* financiero

- Magdalena Correa Henao (Colombia)
La jurisprudencia constitucional reciente en torno a las libertades económicas
- Alexander Espinoza (Venezuela)
Jhenny Rivas Alberti (Venezuela)
El efecto en espiral del modelo de economía socialista y el control judicial de la intervención del Estado en la economía
- Jorge Ernesto Roa Roa (Colombia)
Activismo judicial, legitimidad democrática de la protección judicial de los derechos e incidente de impacto fiscal

1.4. Sistema interamericano de derechos humanos y constituciones económicas: diálogos entre el derecho nacional y regional

- Jânia Maria Lopes Saldanha (Brasil)
Clara Rossatto Bohrz (Brasil)
A vulnerabilidade nas decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH): impacto nas políticas públicas e no modelo econômico dos Estados
- Adán Maldonado Sánchez (México)
El capítulo económico de la Constitución y el bloque de constitucionalidad en México
- Marcela Rita Ortiz Torricos (Bolivia)
El derecho a la libertad de expresión e información en Perú, Bolivia y Colombia desde la perspectiva de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos
- Nelson Pozo Silva (Chile)
Constitución y economía en el contexto de los derechos fundamentales

VOLVER A LA TABLA DE CONTENIDO

Carlos R. Asúnsolo Morales* (México)

Los derechos humanos como límites al poder económico en el contexto de globalización**

RESUMEN

La concepción tradicional de los derechos humanos se construye en torno a la idea de que son límites al poder público. Dicha concepción excluye las relaciones en el ámbito privado, por lo que, hasta la fecha, no se ha teorizado lo suficiente sobre la idea de los derechos humanos como límites a los poderes económicos. Las tensiones que se generan entre el proceso de globalización económica y el ejercicio de los derechos humanos en América Latina exigen buscar vías de fundamentación que nos permitan ampliar el alcance de los derechos como instrumentos para limitar el poder económico.

Palabras clave: derechos humanos, poder económico, empresas multinacionales.

ZUSAMMENFASSUNG

Der herkömmlichen Konzeption der Menschenrechte liegt die Idee der Begrenzung der staatlichen Gewalt zugrunde. Von dieser Konzeption sind die Beziehungen im privaten Bereich ausgenommen, weshalb die theoretische Auseinandersetzung mit der Vorstellung von Menschenrechten als Begrenzung wirtschaftlicher Macht bisher unzureichend ist. Aufgrund der zwischen dem wirtschaftlichen Globalisierungsprozess und der Menschenrechtspraxis in Lateinamerika bestehenden Spannungen ist es nötig, neue Begründungen zu finden, die eine Erweiterung des Geltungsbereichs der Rechte als Instrumente zur Begrenzung wirtschaftlicher Macht ermöglichen.

* Licenciado en Derecho y máster en Gestión Pública Aplicada del Instituto Tecnológico de Estudios Superiores de Monterrey; máster en Estudios Avanzados de Derechos Humanos de la Universidad Carlos III de Madrid. Actualmente es investigador del Centro de Estudios sobre la Enseñanza y el Aprendizaje del Derecho, A.C. carlosam@ceead.org.mx

** La base del artículo es el trabajo final que el autor presentó para titularse como magíster en Estudios Avanzados de Derechos Humanos en la Universidad Carlos III de Madrid.

Schlagwörter: Menschenrechte, wirtschaftliche Macht, multinationale Unternehmen.

SUMMARY

The traditional conception of human rights is built around the idea that they serve as limits on public power. This conception excludes relationships in the private sphere, and so until now the idea of human rights as limits on economic powers has not been sufficiently theorized. The tensions generated between the process of economic globalization and the exercise of human rights in Latin America necessitate the search for ways of establishing the bases for the expansion of the scope of rights as instruments for limiting economic power.

Key words: Human rights, economic power, multinational companies.

Introducción

Tengo la sensación de que, en el imaginario colectivo, la percepción que se tiene sobre las violaciones de los derechos humanos tiende a asociarse, sin más, con el poder público.¹ Ello evidentemente encuentra una serie de razones que justifican la categorización del Estado como la principal amenaza para los derechos de las personas y, por tanto, la necesidad de limitar su actuación: torturas, desapariciones y contextos de violencia generalizada son algunos de los principales problemas que agudizan la grave crisis en materia de derechos humanos vivida en los países latinoamericanos, particularmente México, y sobre los cuales el Estado tiene una enorme responsabilidad.

A pesar de que sobran razones y argumentos para justificar dicha percepción en México,² hoy la realidad demanda ampliar el espectro bajo el cual se analizan las responsabilidades en materia de derechos humanos, y apartarnos de una visión tradicional del concepto que se ha construido sobre la idea de que los derechos humanos son, única y exclusivamente, límites al poder público. Limitarse a una concepción de este tipo reduce las posibilidades de exigencia, transversalidad y universalidad a la que aspiran los derechos humanos.

El presente artículo tiene como objetivo plantear algunas de las problemáticas teóricas y prácticas que enfrenta la concepción tradicional de los derechos humanos

¹ Adrián Rublí y Dinorah Vargas, “Confianza en las instituciones de seguridad pública”, en Alejandro Morano (coord.), *La Confianza en las instituciones. México en perspectiva comparada*, México, Centro de Estudios Sociales y de Opinión Pública, 2010.

² En su informe sobre la *Situación de derechos humanos en México* (2015), la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (IDH) señaló que el país vive una grave crisis de derechos humanos.

como algo que concierne exclusivamente a los poderes públicos, frente al actual proceso de globalización económica y las tensiones que se generan. Un ejemplo de dichas tensiones puede ser identificado en los impactos negativos que tiene la actividad de la industria extractiva en los derechos de las personas, pueblos y comunidades indígenas, y sobre los cuales los órganos del sistema interamericano de derechos humanos (SIDH) han venido desarrollando estándares internacionales.³

Para ello, en un primer apartado se hará un análisis histórico del surgimiento de la idea de los derechos humanos como límites al poder, que surge como consecuencia de un determinado contexto y circunstancias específicas en las que el poder político representaba la principal amenaza.

En un segundo apartado se vinculará la concepción tradicional de los derechos humanos a la evolución de los modelos de Estado de derecho para evidenciar que, tanto en su versión liberal como en la social, el poder público es el único poder frente al cual se ha justificado la existencia de los derechos humanos, excluyendo de dicha concepción el ámbito privado en el que interactúan los poderes económicos.

Posteriormente, en un tercer apartado, a la luz del fenómeno de globalización imperante, se analizarán las tensiones que se generan con el ejercicio de los derechos humanos y la necesidad de reinterpretar y ampliar el alcance de dicho concepto.

Por último, a manera de conclusión, se hará referencia a los intentos por regular a las empresas multinacionales en materia de derechos humanos, como un ejemplo de la evolución del concepto y la necesidad de imponer límites a las actividades que realizan, y de reparar las violaciones de derechos humanos cometidas por parte de los agentes económicos.

El presente trabajo no pretende ofrecer planteamientos contundentes ni definiciones cerradas, sino evidenciar una problemática y ofrecer interrogantes que sirvan como guía y puntos de referencia en el momento de discutir sobre los modelos económicos y la función de las constituciones a la luz de los derechos humanos.

1. La idea de los derechos humanos como límites al poder

Hacer un análisis histórico del concepto de derechos humanos pudiera llevarnos a antecedentes tan lejanos como inoperantes. No quiero decir que dichos sucesos no hayan contribuido a la construcción del concepto; sin embargo, atendiendo a los objetivos y el espacio del presente artículo, nos situaremos en una época específica en la que se asientan las bases de los sistemas jurídicos contemporáneos: la modernidad.

Los derechos humanos, como una idea propia de la modernidad, se fundamentan en las teorías contractualistas del siglo XVIII que justifican su función reivindicadora

³ Al respecto, ver CIDH, *Pueblos indígenas, comunidades afrodescendientes y recursos naturales: Protección de derechos humanos en el contexto de actividades de extracción, explotación y desarrollo*, OEA/Ser.L/V/II, 2015.

frente al poder público. Tampoco haremos un análisis del tránsito de la época feudal a la modernidad, tema sobre el cual existe una cantidad innumerable de trabajos.⁴ Nuestro objetivo es destacar ciertos elementos y premisas básicas sobre las que se ha venido construyendo la idea de los derechos humanos y que tienen una gran influencia en los sistemas jurídicos contemporáneos, en particular, en la manera como entendemos, interpretamos y aplicamos los derechos humanos hoy en día.

Para ello es necesario destacar dos ideas fundamentales sobre las que intentaremos desarrollar los argumentos del presente trabajo: la primera es que, desde un punto de vista histórico, los derechos humanos surgen como consecuencia de las exigencias sociales de limitar el poder.⁵ La segunda, relacionada con la idea de los límites, es que partimos de la premisa de que en la actualidad el poder público, entendido como todos los órganos que forman parte de la estructura del Estado, no es el único ni la principal amenaza para los derechos humanos.

Dicho esto, y atendiendo al contexto histórico específico al que nos hemos referido, cuando se aborda el concepto de derechos humanos desde esta perspectiva, se suele hacer referencia a dos grandes sucesos (aunque no son los únicos) sobre los cuales se sentaron las bases de los modelos de derechos fundamentales: la Revolución francesa y la lucha de independencia de los Estados Unidos.

Más allá de todas las aristas que se derivan de ambos sucesos, lo que nos interesa destacar es que la formulación de los derechos, en ambos modelos, ha sido el producto de una confluencia de circunstancias específicas de índole económica, social y política, cuyo panorama ideológico, como veremos más adelante, se sustentaba en concebir a los derechos como límites del poder político.⁶

En el movimiento francés, por ejemplo, la idea de los derechos se construye sobre determinados factores como el ascenso de la clase burguesa al poder (que no buscaba sustituir a quien ejercía el poder, sino la forma como se ejercía), la aparición del Estado como forma de organización política y un “nuevo” *derecho* producido ahora por el poder político representado por la clase dominante. Sobre estos y otros elementos se fue cristalizando la fórmula de los derechos fundamentales como límites al poder público.⁷

Ambos modelos se sustentaban en las teorías contractualistas que, básicamente, describen la vida en sociedad como el producto de un contrato en el que las personas

⁴ Para profundizar sobre el tránsito de la época feudal a la modernidad, ver Gregorio Peces Barba, “Tránsito a la modernidad y derechos fundamentales”, en Francisco Javier Ansuátegui *et al.* (coords.), *Historia de los derechos fundamentales*, España, Dykinson, 1998, pp. 15-263.

⁵ Rafael de Asís, *Las paradojas de los derechos fundamentales como límites al poder*, Madrid, Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas, Dykinson, 2000, p. 17.

⁶ Luis Prieto Sanchís, *Estudios sobre derechos fundamentales*, Madrid, Debate, 1990, p. 98.

⁷ Ángel Llamas, “Reconocimiento histórico de los derechos humanos”, en Juan José Tamayo (coord.), *10 palabras clave sobre derechos humanos*, Pamplona, Verbo Divino, 2005, p. 281.

se organizan por medio de autoridades públicas que se encargarán de garantizar sus derechos. Un contractualismo de carácter liberal ideado sobre la base de que el Estado sería todo poderoso, por lo que era necesario imponerle determinados límites al ejercicio del poder que se le estaba confiriendo.

Es importante remarcar que esto no ocurre por un “especial reconocimiento de una específica dignidad del poder político, sino por el hecho de que es precisamente eso, poder”,⁸ y por tanto es necesario encauzarlo a través de límites para que cumpla con sus fines.

Resulta evidente que en las circunstancias históricas específicas a las que hemos hecho referencia, la principal amenaza de los derechos era un Estado absoluto que no reconocía poder superior y que monopolizó el uso de la fuerza. Si el Estado era el principal y más latente peligro para las libertades de los ciudadanos, limitar su actuación constituía una tarea más que necesaria.

Bajo la concepción liberal del derecho, centrada exclusivamente en limitar el poder público, las relaciones en el ámbito privado se asumen como naturales y para llevarse a cabo solo requieren la abstención del Estado: será la propia sociedad, o, mejor dicho, el mercado, el encargado de equilibrar dichas relaciones. Al presentarse como naturales, el poder público no tiene legitimación para interferir en ellas,⁹ sino, más bien, la obligación de abstenerse: se asume que en el ámbito privado no es necesario limitar las relaciones de poder existentes.

Así, las relaciones entre particulares se han regulado a través del derecho privado, en el que no se requieren los mismos controles que en el derecho público, ya que, en teoría, no se considera la existencia de poderes excesivos y se asume un plano de igualdad regulado por la autonomía de la voluntad, similar al de la autorregulación del mercado. Hoy los ámbitos de poder son distintos. Resulta complicado sostener que las leyes del derecho privado mantienen un carácter natural y justo, y que no precisan una racionalización externa para su control: la separación entre el derecho privado y el público se diluye.

Desde esta concepción se descarta el hecho de que entre individuos también existan jerarquías de poder y que los agentes privados pudieran incluso sobrepasar a los poderes públicos, como ha venido ocurriendo. Esto no significa que no sean necesarios los límites al poder público ni mucho menos. Sin embargo, considerar que en la actualidad el Estado sigue siendo ese único poder absoluto y la amenaza para los derechos de las personas, difiere de la realidad que enfrentan las sociedades del siglo XXI.

Los avances en la evolución de los derechos humanos se han derivado de una concepción que en determinado momento se volvió insuficiente para satisfacer las

⁸ Francisco Javier Ansuátegui Roig, “Derechos humanos y empresa en el contexto de la internacionalización”, *Revista Políticas Públicas*, vol. 5, núm. 1, 2012, p. 12.

⁹ Juan Ramón Capella, *Fruta prohibida: una aproximación histórico-teórica al estudio del derecho y del Estado*, Madrid, Trotta, 1997, p. 109.

exigencias sociales.¹⁰ Hoy pareciera necesario replantear y repensar el concepto de derechos humanos para recuperar su sentido emancipador acorde a la época en la que vivimos.

Una vía es la delimitación de responsabilidades en cuanto se refiere a las obligaciones de derechos humanos. Es decir, si la realidad demanda ampliar la concepción de los derechos humanos, ¿qué grado de responsabilidad tienen los diferentes actores de garantizar su ejercicio? ¿En qué medida deben ajustarse a dicha exigencia los poderes económicos,¹¹ al menos en lo que se refiere al impacto que sus actividades tienen en los derechos humanos?

Más allá de la dificultad de responder a dichos interrogantes en el presente trabajo, lo cierto es que hoy resulta cada vez más complejo sostener una concepción tradicional de los derechos humanos como algo que solo concierne al poder público. También es cierto que dichas exigencias encuentran resistencias para articularse en los modelos de Estado de derecho y dificultades para hallar sus cauces en textos jurídicos.¹² Sobre esto nos ocuparemos en el siguiente apartado.

2. Influencia ideológica de los derechos humanos

Hasta el momento hemos hecho referencia a la raíz ideológica de los derechos humanos desde una perspectiva liberal, cuya esencia radica en su capacidad para limitar el poder de injerencias arbitrarias en el ámbito privado: el Estado, para cumplir con el pacto social, debe abstenerse de interferir en la vida de las personas. Sin embargo, la evolución de los derechos hasta la actualidad atraviesa por la transformación de las formas de organización política: el Estado de derecho.

En este sentido, vale la pena preguntarse si existe algún modelo de Estado de derecho que propicie mejores condiciones para limitar al poder económico o, mejor dicho, si es posible identificar otras vías para fundamentar los derechos humanos enfocadas a justificar su presencia en el ámbito privado.

¹⁰ Ignacio Aymerich Ojea, “Orígenes ideológicos de la distribución de responsabilidades públicas y privadas en la garantía de los derechos humanos”, en Francisco Javier Zamora Cabot y Lorena Sales Pallarés (eds.), *La responsabilidad de las multinacionales por violaciones de los derechos humanos*, Madrid, Alcalá de Henares, 2013, pp. 21-40.

¹¹ Entiéndase por poderes económicos a las instituciones financieras, las empresas multinacionales, etc., de carácter privado que controlan los medios de producción y se dedican a crear y acumular capital.

¹² No solamente las luchas de los pueblos indígenas frente a los gigantescos proyectos hidroeléctricos o la industria extractiva, ya mencionados, sino también los movimientos sindicales que buscan la protección de los derechos de los trabajadores frente a las grandes multinacionales. Para profundizar sobre el tema, ver Juan Hernández Zubizarreta *et al.* (eds.), *Empresas transnacionales en América Latina. Análisis y propuestas del movimiento social y sindical*, Bilbao, Hegoa, 2013.

Más allá de estas cuestiones, lo cierto es que si uno observa detenida y reflexivamente una constitución hoy, será capaz de identificar una mezcla de ideas, visiones y planteamientos que tienen determinado trasfondo. Como si fuesen una especie de parches que se van adhiriendo al texto constitucional, las constituciones se han venido modificando y en un mismo orden coexisten manifestaciones ideológicas de distinta índole.

Es hasta cierto punto lógico que las constituciones no sean las mismas que en el momento en que se promulgaron. Tomemos como ejemplo la Constitución mexicana: es una de las más longevas del mundo (100 años), una de las más extensas en cuanto al número de palabras que contiene (alrededor de 59.000) y una de las más modificadas, con casi 700 reformas al texto constitucional.¹³ A pesar de las variaciones que podamos encontrar en cada constitución, la forma de organización política que se plasma en ellas no ha variado tanto, al menos de la mitad del siglo XX en adelante: el Estado democrático y constitucional de derecho.

Desde el plano teórico, la evolución del Estado de derecho se puede ligar a dos grandes formas de pensamiento: el modelo liberal y la socialdemocracia. En cada una varía la concepción respecto de los derechos humanos y su capacidad de limitar el poder.

En términos generales, la corriente del pensamiento liberal concibe los derechos fundamentales como límites y prohibiciones negativas oponibles únicamente a los poderes públicos, y ha servido como base en la construcción del modelo del Estado de derecho como “Estado mínimo”, que se fundamenta en garantizar las libertades de los individuos a través de la no interferencia en el ámbito privado de los ciudadanos.¹⁴

Por otro lado, se encuentra el modelo del Estado social, que surge a partir de los movimientos de las luchas obreras y es formulado en las constituciones de la segunda mitad del siglo XX, que previene un sistema de derechos sociales y deberes de interferencia para establecer las condiciones necesarias para garantizar el ejercicio de los derechos y satisfacer las necesidades básicas de las personas.¹⁵

La visión liberal es la versión dominante del Estado. Es una versión incompleta de los derechos humanos, que si bien incluye los derechos civiles y políticos, prescinde de los derechos sociales. Una concepción de este tipo rechaza la existencia de poderes de facto y de jerarquías de fuerza en las relaciones entre particulares.

Si bien la evolución del Estado de derecho ha ocurrido a través de reformas democráticas y de la imposición de límites y obligaciones legales a los poderes, en

¹³ Héctor Fix-Fierro, “Engordando la Constitución”, *Revista Nexos*, 2014. Disponible en: <http://www.nexos.com.mx/?p=18375>.

¹⁴ Cabe destacar que en la tradición liberal existe una lógica interna que tiene raíz en los orígenes de la misma y que se irradia en la cultura jurídica predominante: la concepción de que el poder solamente se encuentra en el ámbito público y, por tanto, únicamente corresponde al Estado someterse al derecho a través de la imposición de límites, normas y controles.

¹⁵ Norberto Bobbio, *Liberalismo y democracia*, Bogotá, Fondo de Cultura Económica, 1993, p. 7.

relación con los poderes privados hasta la mitad del siglo XX carecían de dichos límites. Pensemos en las luchas obreras de los trabajadores que lograron conquistar frente a los patrones el derecho a una jornada laboral, salarios y la prohibición del trabajo de menores, entre otros.¹⁶

Lo que interesa remarcar es que ya sea en su versión liberal o social, el único poder frente al cual se han justificado las garantías, es decir, los límites y los vínculos para tutelar los derechos humanos de sus titulares es el poder público. En este sentido, “la expresión Estado de derecho es por lo demás emblemática: solo el Estado es sujeto frente al cual se justifican reglas, prohibiciones y obligaciones dirigidas a impedir los abusos que dañan los derechos fundamentales”.¹⁷ Esta concepción restringida del poder es del todo insostenible.

De acuerdo con esta lógica, son los poderes públicos los que deben someterse al derecho, y no los poderes económicos que se desarrollan en el ámbito privado. Ante la ausencia de límites, el poder tiende a acumularse y ejercerse de manera arbitraria. Estamos ante el riesgo de que los intereses generales se subordinen a los de los más fuertes.¹⁸ En México, mientras el PIB per cápita crece a menos de 1% anual, la fortuna de los 16 mexicanos más ricos se multiplica por cinco.¹⁹ La excesiva concentración de riqueza en pocas manos, además de ser moralmente cuestionable, demanda una especial atención por parte del derecho.

2.1. Otras vías de fundamentación

De las ideas que hemos venido desarrollando se desprende una lógica operacional en cuanto a la delimitación de las responsabilidades de derechos humanos: esta se ha construido desde una concepción vertical de la relación entre Estado y persona, que excluye las relaciones que de facto existen en el ámbito privado.

En este sentido, es posible afirmar que no existe todavía una teoría de los derechos humanos pensada para limitar a los poderes privados;²⁰ al menos, no una que sea comparable con la desarrollada para los poderes públicos. Esta ha sido la premisa sobre la cual el Estado garantiza los derechos humanos como resultado del mandato constitucional. Nos encontramos atados a una concepción tradicional que nos presenta los derechos humanos como límites de los poderes públicos, pero ajenos a las relaciones de poder en el ámbito privado, vacío que demanda una mayor atención.²¹

¹⁶ Elías Díaz, “Estado de derecho y derechos humanos”, *Novos Estudos Jurídicos*, vol. 11, núm. 1, 2011, p. 16.

¹⁷ Luigi Ferrajoli, *Poderes salvajes. La crisis de la democracia constitucional*, Madrid, Trotta, 2011, p. 100.

¹⁸ Díaz, *op. cit.*, p. 15.

¹⁹ Gerardo Esquivel Hernández, *Desigualdad extrema en México. Concentración del poder económico y político*, México, Oxfam, 2015.

²⁰ Ferrajoli, *op. cit.*

²¹ Ansuátegui, *op. cit.*

No será este el espacio en el que podamos desarrollar una tarea de semejantes dimensiones; sin embargo, un punto de partida sería reconocer la existencia de relaciones verticales de poder en el ámbito privado y no solo en la relación Estado-sociedad, ya que –como hemos señalado– la carencia de normas jurídicas que limiten y encaucen el poder da lugar a formas de opresión propias de un mercado sin restricciones, donde el más fuerte, en este caso los poderes económicos, somete a los más débiles; opresiones de tipo económico que generan desigualdades.²²

Basta con observar la concentración de capital y el poder que ostentan las instituciones financieras como el Banco Mundial, o las mismas empresas multinacionales, capaces de imponer políticas públicas a los Estados que, en muchas ocasiones, agudizan las desigualdades existentes y privatizan derechos.

Existe una necesidad latente de encauzar las actividades de los poderes económicos dentro de ciertos límites. Dichos límites son los derechos humanos, con la capacidad y fuerza coactiva para sancionar y reparar violaciones. El problema es que la regulación de los poderes privados se ha dejado al ámbito autorregulatorio y apolítico, la conocida como nueva *lex mercatoria*.²³ En el mejor de los casos, como la actividad empresarial, se regula a través del llamado *soft law* o de lineamientos de responsabilidad social corporativa.²⁴

Hoy, esta concepción presenta fisuras y tensiones que hacen necesario ampliar la comprensión de los derechos humanos en concordancia con las circunstancias actuales y en función del contexto donde son utilizados. En este sentido, como agentes centrales de desarrollo con un gran potencial de impactar en las condiciones de vida de las personas, los poderes económicos son también responsables de ajustar sus políticas y reorientar sus objetivos al cumplimiento de los derechos humanos como aspiración legítima de sus fines.

²² Ferrajoli, *op. cit.*

²³ Capella, *op. cit.*, p. 273. El autor señala que la nueva *lex mercatoria* reinterpreta y formaliza el poder de las multinacionales mediante la utilización de las normas de las organizaciones internacionales, fundamentalmente de carácter económico-financiero, contratos tipo de las empresas transnacionales y laudos arbitrales. Las normas de la Organización Mundial del Comercio (OMC), los tratados regionales, los tratados bilaterales de libre comercio e inversión, el Fondo Monetario Internacional (FMI), el Banco Mundial, junto a los contratos de inversión y explotación de las empresas multinacionales y laudos arbitrales constituyen el núcleo duro de la *lex mercatoria*. Los usos y costumbres internacionales juegan un papel secundario. Son numerosas las situaciones en que el núcleo duro de la mencionada *lex mercatoria* se utiliza para desplazar jerárquicamente a los principios internacionales.

²⁴ La desregulación laboral que se ha dado en algunos países de América Latina es un ejemplo de las consecuencias excluyentes del proceso de globalización económica que busca la flexibilización y desregulación de los mercados laborales y la nueva división internacional del trabajo. Al respecto, ver Wilfredo Lozano, “Desregulación laboral, Estado y mercado en América Latina: balance y retos sociopolíticos”, *Revista Perfiles Latinoamericanos*, núm. 13, 1998. El Pacto Mundial de las Naciones Unidas es un ejemplo en el que la regulación en materia de derechos humanos, derechos laborales, medio ambiente y transparencia se deja a la voluntariedad de las empresas.

Una vía de fundamentación pudiera ser la ampliación del Estado de derecho a las esferas del poder privado.²⁵ Evidentemente, esta tesis presenta una serie de interrogantes y complejidades que en el presente artículo no podremos abordar.²⁶ Nuestra intención es remarcar la necesidad de teorizar sobre las posibilidades de limitar a los poderes económicos, como lo han venido sugiriendo autores como Ferrajoli desde su obra *Derecho y razón*, o el mismo Bobbio en su obra *El futuro de la democracia*. Es necesario preguntarnos cuáles son las fórmulas que se podrían articular para la imposición de dichos límites en el Estado de derecho.

Resulta cada vez más complicado encontrar argumentos que puedan justificar la exclusión del ámbito económico y empresarial de las exigencias morales de los derechos humanos.²⁷ No parece haber razones suficientes para justificar la inaplicabilidad de los derechos humanos en las relaciones entre particulares.

Es evidente que la pretensión de los derechos humanos como una realidad material y no solo formal se encuentra condicionada por elementos de carácter social, económico o cultural que en ocasiones sobrepasan lo jurídico, al menos aquello concebido o planteado en términos meramente formales y tradicionales.

Esa realidad material se encuentra determinada por el proceso de globalización económica que abordaremos en el siguiente apartado.

3. Globalización económica: un nuevo panorama

El análisis del concepto de derechos humanos (o cualquier concepto jurídico), no puede estar completo si no se hace a la luz de la realidad y las circunstancias donde es interpretado y aplicado. Hoy, esa realidad se encuentra determinada en gran parte por el proceso de globalización que ha venido a reconfigurar las relaciones en el plano internacional y la forma en que interactúan los distintos actores que lo componen: el papel que han adquirido los organismos internacionales, las organizaciones de la sociedad civil o los poderes económicos ha restado poder al Estado y erosionado el concepto de soberanía.

En este nuevo panorama, las problemáticas presentadas requieren reflexiones más profundas que nos lleven a discusiones acordes con los tiempos que corren: ¿Qué respuestas ha dado el derecho a estos nuevos problemas? ¿Qué tipo de instrumentos y mecanismos jurídicos se han desarrollado para hacer frente a los poderes transnacionales? ¿Cuál ha sido la respuesta de los órganos del SIDH a los abusos de las empresas del ramo extractivo? ¿Qué tipo de desarrollo han realizado

²⁵ Ferrajoli, *op. cit.*

²⁶ La legitimidad del poder, a qué tipo de poderes privados debería limitarse, la delimitación de responsabilidades y la posibilidad de desarrollar un constitucionalismo de derecho privado son algunos de los aspectos que habría que tomar en cuenta para desarrollar este tema.

²⁷ Ansuátegui, *op. cit.*, p. 14.

los tribunales locales, en particular la Suprema Corte de Justicia de México, para asegurar la protección de los derechos de las comunidades indígenas frente a las empresas extranjeras? Estos y muchos otros interrogantes reflejan que la nueva dinámica irrumpe el orden tradicional.

En este proceso de cambio constante, y en muchas ocasiones poco comprendido, la delimitación de responsabilidades en materia de derechos humanos encuentra dificultades teóricas y prácticas: ante la ambigüedad, la responsabilidad jurídica se difumina y obliga a replantearnos los presupuestos sobre los cuales se concibe.

Para avanzar en la discusión es necesario contrastar los presupuestos antes descritos con el actual proceso de globalización económica, que ha posicionado a los poderes económicos en un lugar privilegiado con una amplia influencia política, social y jurídica sobre los Estados. Esta dinámica ha provocado fisuras en la concepción tradicional de los derechos humanos como algo que concierne solamente al poder público.

Ante este nuevo panorama, la respuesta del derecho ha sido insuficiente. En esta reflexión no debemos perder de vista que la idea de los derechos como límites al poder tiene que adaptarse a las circunstancias específicas y el contexto actual. Un contexto en el que los poderes económicos sin límites se convierten en una amenaza para la democracia y los derechos humanos.

En la medida en que seamos capaces de ampliar el espectro bajo el cual se analizan los derechos humanos como instrumentos para limitar el poder, ampliaremos también sus posibilidades de exigencia. Para ello, es necesario reflexionar sobre las condiciones que el proceso de globalización económica impone en los países latinoamericanos, en particular en México, que cuentan con una alta presencia de empresas extranjeras, tanto europeas como norteamericanas, y que tienen un impacto directo en la vida de las personas.

Para empezar, el concepto "globalización" ha sido probablemente uno de los términos más utilizados en el nuevo milenio, pero al mismo tiempo uno de los menos comprendidos.²⁸ Es un concepto multifacético utilizado en diversos contextos y ámbitos bajo una amplia variedad de concepciones y aproximaciones, pero del que difícilmente podremos encontrar un significado único y, mucho menos, uno fácil de aclarar.

En este sentido, la globalización deberá ser entendida como una serie de procesos en construcción, dinámicos y en marcha, de los cuales solo es posible ofrecer determinadas características: el concepto de globalización no es sustantivo, sino procedimental.

Nos encontramos frente a un proceso polifacético, con dimensiones económicas, sociales, políticas, culturales, religiosas y jurídicas que se combinan entre sí,

²⁸ Wayne Ellwood, *Globalización*, Madrid, Oxfam, 2005, p. 17.

de formas extremadamente complejas.²⁹ Es un proceso a través del cual “una determinada condición o entidad amplía su ámbito a todo el globo y, al hacerlo, adquiere la capacidad de designar como locales las condiciones o entidades rivales”.³⁰

Siguiendo estas ideas, se pueden identificar determinados elementos que se han convertido en globales y condicionan el plano mundial: la democracia formal basada en el Estado de derecho como Estado mínimo, el sometimiento del sistema político al económico, la concentración de poder y capital en manos de instituciones económicas, la flexibilización y desregulación jurídica de los mercados y la consolidación de los derechos humanos de carácter individual desde una concepción liberal.³¹

Estos elementos estructurales impactan en las condiciones de vida de las personas y se suman a las exigencias sociales para abordar sus efectos negativos. En este contexto, el derecho se enfrenta al reto de dar una respuesta jurídica a los desafíos que impone la nueva dinámica global. En este nuevo ámbito de espacio y tiempo los derechos humanos deben ser reinterpretados constantemente.

Los cambios que genera la nueva dinámica global demandan una especial atención a la instrumentalización, configuración y distribución del poder, así como a los impactos que este genera, es decir, a quién beneficia y a quién perjudica dicho contexto. Con la liberalización del comercio internacional, la imposición de políticas privatizadoras y la desregulación económica, se conceden grandes beneficios a la actividad de las instituciones económicas, posicionándolas en un lugar privilegiado en la configuración de políticas económicas a nivel global.

Hasta aquí hemos descrito (i) una globalización que genera enormes beneficios para el desarrollo de actividades comerciales, pero no las condiciones necesarias para una redistribución más equitativa de los beneficios,³² y (ii) la existencia de una relación problemática entre la globalización dominante y los derechos humanos.

Pudiéramos decir que si bien la globalización económica ha traído avances tecnológicos y científicos, el problema se encuentra en que dichos efectos no se han reflejado en las condiciones de vida de la mayoría, sino que, todo lo contrario, la globalización ha provocado efectos negativos que aumentan las brechas de desigualdad entre ricos y pobres, y debilita el ejercicio de los derechos humanos; en otras

²⁹ David Held y Anthony McGrew, *Globalización/antiglobalización: sobre la reconstrucción del orden mundial*, México, Paidós, 2003, p. 31.

³⁰ Boaventura de Sousa Santos, *Sociología jurídica crítica: para un nuevo sentido común del derecho*, Carlos Lema Añón (trad.), Madrid, Trotta, 2008, p. 310.

³¹ María José Fariñas Dulce, “Globalización, ciudadanía y derechos humanos”, *Cuadernos Bartolomé de las Casas*, núm. 16, 2000, p. 2.

³² Silvina Ribotta, “El malestar del mundo actual”, *Universitas, Revista de Filosofía, Derecho y Política*, núm. 8, 2008, p. 55. La autora señala que la globalización ha contribuido a acrecentar las tendencias que hacen que el 20% más rico de la población de los países de mayores ingresos realicen el 86% del consumo privado, mientras que el 20% más pobre apenas supera el 1%.

palabras, una globalización de carácter fundamentalmente económico a la que se le suele denominar globalización neoliberal.³³

Dichos efectos subyacen al reclamo social de un proceso globalizador más equitativo e incluyente. Como señala la Declaración del Milenio de la Organización de las Naciones Unidas, es necesario lograr que la mundialización sea plenamente incluyente y equitativa; una democratización del proceso que implique hacer frente a la desigualdad y al déficit democrático de las instituciones económicas.³⁴

El proceso actual ha dado muestra de disminuir los niveles de protección de los derechos y estratificar a los sectores sociales más débiles, además de generar nuevas formas de vulnerar los derechos humanos como consecuencia de las enormes desigualdades que genera un sistema económico capitalista sin límites. Este proceso ha tenido como consecuencia el deterioro progresivo de la protección de los derechos humanos en muchos países, afectando básicamente los derechos sociales.

Ello se debe, en gran parte, a la falta de capacidad por parte de los Estados: el criterio económico del libre mercado se sobrepone a los principios políticos normativos que ahora deben ajustarse a las exigencias de los primeros. Los Estados nacionales, junto con el derecho entendido de forma tradicional, enfrentan una grave crisis que los imposibilita para ofrecer respuestas satisfactorias a los problemas que se le plantean. El contexto actual le ha arrebatado al Estado muchos metros en tanto que instancia monopolizadora del poder.³⁵

En este sentido, la globalización debe implicar la posibilidad de conciliar los cambios tecnológicos y los acontecimientos económicos con un respeto universal de los derechos humanos.³⁶ La expansión económica no solo debe ser congruente con la expansión de los derechos humanos, sino una condición necesaria.

El discurso económico no puede ir separado de los conceptos de respeto, protección y promoción de los derechos humanos; debe formar parte de él y ocupar un lugar preponderante en el análisis y la evaluación de la actividad económica.³⁷ El crecimiento económico se legitima cuando contribuye al desarrollo de los derechos humanos.

La actividad económica, tal y como se viene desarrollando en los últimos 30 años, no puede ni debe permanecer alejada del desarrollo de los derechos humanos. Pareciera que “las consecuencias de la globalización van en sentido contrario

³³ Joseph E. Stiglitz, *Making globalization work*, Nueva York, W.W. Norton & Company, 2006, p. 269.

³⁴ *Idem*.

³⁵ Luis M. Alix Lloredo, “La filosofía del derecho en tiempo de crisis: en torno al estatus epistemológico de la filosofía jurídica”, *Revista El Tiempo de los Derechos*, 2013, p. 13.

³⁶ Matthew J. Gibney, *La globalización de los derechos humanos*, Madrid, Crítica, 2003, p. 12.

³⁷ Olga Martín Ortega, *Las empresas multinacionales y derechos humanos en el derecho internacional*, Madrid, Bosch Internacional, 2008, p. 25.

a las exigencias de la universalidad de los derechos: hay incompatibilidad entre la lógica del mercado que está detrás de la globalización y la lógica de los derechos”.³⁸

Se ha venido dando una mercantilización de los derechos sociales, cuya satisfacción se encuentra sujeta a las leyes del mercado, lo que disminuye su capacidad emancipadora. Una auténtica privatización de los derechos humanos.³⁹ Las condiciones de desigualdad, no solo económica sino también social y cultural, que genera una globalización sin restricciones y límites ponen en cuestionamiento la validez de los derechos humanos como un estándar común para todas las personas y plantea nuevos retos en términos de cómo formularlos, articularlos y promoverlos. El derecho tiene la obligación social y moral de dar respuesta a estos problemas.⁴⁰

4. Conclusiones: ampliar el alcance de los derechos humanos y limitar el poder

Ante un panorama como el descrito, donde la actividad de los poderes económicos ha desbordado el marco político y jurídico de los Estados, debemos tener en cuenta que tanto la posición ocupada por los derechos humanos en las constituciones como el desarrollo del derecho internacional de los derechos humanos han venido ampliando el concepto de los derechos humanos, lo que exige modificar los argumentos bajo los cuales se justifica su ejercicio.

Debido a los excesos de la globalización corporativa y su impacto en el desarrollo humano, desde finales de los años sesenta las organizaciones de la sociedad civil, sobre todo de aquellas en países en vías de desarrollo, comenzaron a reclamar a través del discurso del respeto a los derechos humanos, la reparación de los costes humanos producidos por la globalización económica.⁴¹

Han sido las empresas multinacionales, con su innegable predominio en la economía global y el grado de eficacia que logran a través de la dirección centralizada,⁴² las que se han distinguido por la intensificación de sus actividades a nivel mundial y, en consecuencia, por el impacto sobre la vida de las personas.

³⁸ Ansuátegui Roig, *op. cit.*, p. 10.

³⁹ Felipe Gómez Isa, “La protección internacional de los derechos humanos”, en *La protección internacional de los derechos humanos en los albores del siglo XXI*, Bilbao, Universidad de Deusto, 2004, p. 55.

⁴⁰ En México, la discusión encuentra sus antecedentes más recientes con la entrada en vigor del Tratado de Libre Comercio de América del Norte en enero de 1994, que detonó el levantamiento del Ejército Zapatista de Liberación Nacional, y que tuvo como consecuencia la modificación del artículo 2. constitucional, que reconoce a México como un país pluricultural. Actualmente se atraviesa una coyuntura importante con la reforma energética del año 2013 que permite la explotación de hidrocarburos al sector privado.

⁴¹ John G. Ruggie, *Just business: multinational corporations and human rights*, Nueva York, W.W. Norton & Company, 2013, p. 11.

⁴² De Sousa Santos, *op. cit.*

Las empresas multinacionales representan uno de los agentes económicos de poder más importantes en el plano global, y su poder va en aumento, ya que cuentan con una gran influencia económica, política, social y jurídica. No por nada han sido consideradas como la institución dominante del siglo XXI.⁴³ Ante ello, se requiere una respuesta jurídica efectiva.

En México, dicha respuesta se pudiese enmarcar en la reforma constitucional de derechos humanos adoptada en junio de 2011, que modifica el artículo primero y sitúa los derechos humanos contenidos en la Constitución y los tratados internacionales como parámetros de validez de todo el ordenamiento jurídico. Sin embargo, dicha respuesta, si bien amplía el alcance de los derechos humanos, se sitúa en el ámbito del poder público y, hasta la fecha, no se ha ofrecido una respuesta a las exigencias de limitar el poder económico.

En el seno de las Naciones Unidas se han esbozado algunos esfuerzos recientes por imponer obligaciones en materia de derechos humanos a las empresas. Desde la adopción de instrumentos de carácter voluntario, como el Pacto Mundial de las Naciones Unidas o los Principios Rectores sobre Empresas y Derechos Humanos, hasta la discusión sobre la posibilidad de contar con un tratado internacional vinculante para las empresas.

Hasta la fecha, han sido los instrumentos de carácter voluntario los prevalecientes. Existe una clara tendencia en el seno de las Naciones Unidas, en concreto en la Secretaría General, hacia regulaciones de voluntarias como sustitutas de regulaciones jurídicas vinculantes que aseguren, de manera efectiva, el respeto a los derechos humanos por parte de las empresas.

En el ámbito regional y nacional, la discusión se ha dado en dos sentidos. Por un lado, se encuentra el debate acerca de la titularidad de las empresas como sujetos de derechos humanos. La Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), en la Opinión Consultiva OC-22/16 ha señalado que las empresas no son titulares de los derechos convencionales. Por su parte, la Suprema Corte de Justicia de la Nación en México ha considerado que las empresas sí son titulares de derechos humanos, siempre que sean acordes a la finalidad que persiguen, como el derecho al debido proceso o el derecho al honor.

Por otro lado, en relación con la responsabilidad de las empresas en casos de violaciones de los derechos humanos, no son pocos los casos que en el sistema interamericano han llamado la atención, en especial aquellos relacionados con la industria extractiva y sus impactos en el medio ambiente y los derechos de los pueblos indígenas. Si bien la Corte IDH no ha abordado la responsabilidad directa de las empresas, sí ha señalado que los Estados tienen la responsabilidad por los actos cometidos por privados dentro de su territorio.⁴⁴

⁴³ Alejandro Teitelbaum, *La armadura del capitalismo. El poder de las sociedades transnacionales en el mundo contemporáneo*, Barcelona, Icaria-Antrazyt, 2011.

⁴⁴ Entre los casos que podemos destacar se encuentran el Caso Pueblo indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador; Comunidad de San Mateo de Huanchor vs. Perú; Pueblo Saramaka

La discusión sobre la titularidad de las empresas como sujetos de derechos humanos y su responsabilidad de respetarlos evidencian la necesidad de romper con la visión tradicional del concepto y repensarlo. En dicha reflexión no debemos perder de vista que la idea de los derechos humanos tiene como fundamento los atributos de la persona humana y nacen con un sentido emancipador de limitar el poder. Al equiparar el alcance y la protección de los derechos humanos de las personas a las empresas, se corre el riesgo desvirtuar su sentido.

En este sentido, la realización efectiva de los mismos no puede depender solamente del poder público, sino que requiere la imprescindible cooperación de los poderes económicos para materializar esas promesas jurídicas. La regulación de las empresas multinacionales en materia de derechos humanos es actualmente uno de los grandes desafíos del derecho. Su relevancia se ha acentuado debido, principalmente, a la intensificación de las interacciones en el contexto de la globalización económica, a la proliferación del número de empresas a nivel mundial y al nuevo rol que estas desempeñan no solo en el ámbito económico, sino también en el político, sociocultural y jurídico.

Bibliografía

- ANSUÁTEGUI ROIG, Francisco Javier, “Derechos humanos y empresa en el contexto de la internacionalización”, *Revista Políticas Públicas*, vol. 5, núm. 1, 2012.
- ASÍS, Rafael, *Las paradojas de los derechos fundamentales como límites al poder*, Dykinson, Madrid, 2000.
- AYMERICH OJEA, Ignacio, “Orígenes ideológicos de la distribución de responsabilidades públicas y privadas en la garantía de los derechos humanos”, en Francisco Javier ZAMORA CABOT y Lorena SALES PALLARÉS (eds.), *La responsabilidad de las multinacionales por violaciones de los derechos humanos*, Madrid, Alcalá de Henares, 2013.
- BOBBIO, Norberto, *Liberalismo y democracia*, Bogotá, Fondo de Cultura Económica, 1993.
- CAPELLA, Juan Ramón, *Fruta prohibida: una aproximación histórico-teórica al estudio del derecho y del Estado*, Madrid, Trotta, 1997.
- COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *Situación de derechos humanos en México*, OEA, 2015.
- DE SOUSA SANTOS, Boaventura, *Sociología jurídica crítica: para un nuevo sentido común del derecho*, Carlos Lema Añón (trad.), Madrid, Trotta, 2008.
- DÍAZ, Elías, “Estado de derecho y derechos humanos”, *Novos Estudos Jurídicos*, vol. 11, núm. 1, 2011, pp. 9-25.
- ELLWOOD, Wayne, *Globalización*, Madrid, Intermon Oxfam, 2005.

vs. Surinam; casos Ximenes López y Trabajadores Hacienda Verde vs. Brasil.

- ESQUIVEL HERNÁNDEZ, Gerardo, *Desigualdad extrema en México. Concentración del poder económico y político*, México, Oxfam, 2015.
- FARIÑAS DULCE, María José, “Globalización, ciudadanía y derechos humanos”, *Cuadernos Bartolomé de las Casas*, núm. 16, 2000.
- FERRAJOLI, Luigi, *Poderes salvajes. La crisis de la democracia constitucional*, Madrid, Trotta, 2011.
- FIX-FIERRO, Héctor, “Engordando la Constitución”, *Revista Nexos*, 2014.
- GIBNEY, Matthew J., *La globalización de los derechos humanos*, Barcelona, Crítica, 2003.
- GÓMEZ ISA, Felipe, “La protección internacional de los derechos humanos”, en *La protección internacional de los derechos humanos en los albores del siglo XXI*, Universidad de Deusto, Bilbao, 2004.
- HELD, David y Anthony MCGREW, *Globalización/antiglobalización: sobre la reconstrucción del orden mundial*, México, Paidós, 2003.
- HERNÁNDEZ ZUBIZARRETA, Juan, *Las empresas transnacionales frente a los derechos humanos: historia de una asimetría normativa. De la responsabilidad social corporativa a las redes contrahegemónicas transnacionales*, Bilbao, Hegoa, 2009.
- HERNÁNDEZ ZUBIZARRETA, Juan, Mikel DE LA FUENTE, Andrea DE VICENTE ARIAS y Koldo IRURZUN UGALDE (eds.), *Empresas transnacionales en América Latina. Análisis y propuestas del movimiento social y sindical*, Bilbao, Hegoa, 2013.
- LLAMAS, Ángel. “Reconocimiento histórico de los derechos humanos”, en Juan José TAMAYO (coord.), *10 palabras clave sobre derechos humanos*, Pamplona, Verbo Divino, 2005.
- LLOREDO ALIX, Luis M., “La filosofía del derecho en tiempo de crisis: en torno al estatus epistemológico de la filosofía jurídica”, *Revista El Tiempo de los Derechos*, 2012.
- MARTÍN ORTEGA, Olga, *Las empresas multinacionales y derechos humanos en el derecho internacional*, Barcelona, Bosch Internacional, 2008.
- PECES BARBA, Gregorio, “Tránsito a la modernidad y derechos fundamentales”, en Francisco Javier ANSUÁTEGUI *et al.* (coords.), *Historia de los derechos fundamentales*, España, Dykinson, 1998.
- PRIETO SANCHÍS, Luis, *Estudios sobre derechos fundamentales*, Madrid, Debate, 1990.
- RIBOTTA, Silvina, “El malestar del mundo actual”, *Universitas, Revista de Filosofía, Derecho y Política*, núm. 8, 2008.
- RUBLÍ, Adrián y Dinorah VARGAS, “Confianza en las instituciones de seguridad pública”, en Alejandro MORANO (coord.), *La confianza en las instituciones. México en perspectiva comparada*, México, Centro de Estudios Sociales y de Opinión Pública, 2010.
- RUGGIE, John G., *Just business: multinational corporations and human rights*, Nueva York, W.W. Norton & Company, 2013.
- STIGLITZ, Joseph E., *Making globalization work*, Nueva York, W.W. Norton & Company, 2006.
- TEITELBAUM, Alejandro, *La armadura del capitalismo. El poder de las sociedades transnacionales en el mundo contemporáneo*, Barcelona, Icaria-Antrazyt, 2011.

VOLVER A LA TABLA DE CONTENIDO

Francisco J. Campos Zamora* (Costa Rica)

Constitución, derechos fundamentales y autonomía de la voluntad. Una aproximación desde la teoría de *la eficacia de los derechos fundamentales frente a terceros*

RESUMEN

Este artículo analiza tres concepciones de los derechos fundamentales y presenta la evolución del dogma de la autonomía de la voluntad o autodeterminación. Además, estudia la teoría de la *Drittwirkung der Grundrechte* (eficacia de los derechos fundamentales frente a terceros) como instrumento conceptual para comprender cómo las constituciones políticas, a través de los derechos fundamentales, influyen en la esfera económico-privada, específicamente, aquellas en las relaciones producidas en el ámbito contractual.

Palabras clave: derechos fundamentales, autonomía de la voluntad, eficacia de los derechos fundamentales entre sujetos privados.

ZUSAMMENFASSUNG

Der Beitrag analysiert drei unterschiedliche Grundrechtskonzeptionen und geht auf die Entwicklung des Grundsatzes der Vertragsfreiheit oder Selbstbestimmung ein. Er befasst sich weiterhin mit der Theorie der Drittwirkung der Grundrechte als konzeptionellem Instrument, um zu verstehen, wie Verfassungen über die Grundrechte Einfluss auf die privatwirtschaftliche Sphäre nehmen, insbesondere im Vertragsrecht.

Schlagwörter: Grundrechte, Vertragsfreiheit, "Drittwirkung der Grundrechte.

* Profesor de la Universidad de Costa Rica. Doctorando de la Christian-Albrechts-Universität zu Kiel, República Federal de Alemania. fcocampos@gmail.com

SUMMARY

This article analyzes three conceptions of fundamental rights, and presents the evolution of the dogma of the autonomy of will or self-determination. In addition, it studies the theory of *drittwirkung der grundrechte* (effectiveness of fundamental rights vis-à-vis third parties) as a conceptual instrument for understanding how political constitutions, through fundamental rights, influence the economic-private sphere, specifically those produced in the contractual sphere.

Key words: Fundamental rights, autonomy of will, effectiveness of fundamental rights between private individuals.

Introducción

¿Deben las constituciones prever normas aplicables a las actividades financieras? ¿Poseen los derechos fundamentales implicaciones en las relaciones económicas entre particulares? Escribió Borges que “[p]rologar cuentos no leídos aún es tarea casi imposible, ya que exige el análisis de tramas que no conviene anticipar”.¹ Sin embargo, optaremos por no seguir el consejo del maestro argentino y brindaremos de una vez nuestra respuesta a los interrogantes iniciales para proceder seguidamente a su justificación. Se sostendrá aquí que las constituciones políticas, cuando menos aquellas que se fundamentan sobre los principios del Estado democrático de derecho, presentan *siempre* una serie de normas que se incorporan en las relaciones privadas y muy especialmente en las económicas. Hablamos de los derechos fundamentales. La tutela constitucional de las relaciones económicas entre los sujetos de derecho privado no es una opción, sino una realidad existente allí donde se reconocen los derechos fundamentales. De ese modo, el interrogante no vendría a ser si las normas constitucionales deben prescribir regulaciones para el tráfico jurídico-privado, sino la forma en que dicha regulación se lleva a cabo, desplazándose así el cuestionamiento a determinar si esa influencia se ejerce de forma directa o indirecta. La teoría de la *Drittwirkung der Grundrechte* (eficacia de los derechos fundamentales frente a terceros) pretende brindar una respuesta a ese problema.

Mediante la voz alemana *Drittwirkung der Grundrechte* se expresa la polémica acerca de la eficacia de los derechos fundamentales entre sujetos de derecho privado. Este tema, surgido durante la segunda mitad del siglo XX en Alemania, pretende determinar si tales derechos vinculan a los particulares de la misma forma que lo hacen con los poderes públicos. Dicha afirmación podría parecer poco problemática; sin embargo, su surgimiento como derecho de defensa frente al Estado (*Abwehrrechte*) hace que su aceptación resulte, en principio, conflictiva y obliga a considerarlos también como deberes de protección (*Schutzpflichten*). El debate se enmarca dentro de la reflexión acerca de la influencia constitucional sobre el derecho privado y

¹ Jorge Luis Borges, *El libro de arena*, Madrid, Alianza Editorial, 1999.

suscita una serie de interrogantes sobre el concepto de los derechos fundamentales en el Estado constitucional. En este artículo se analizarán, en un primer momento, algunas de las clasificaciones aplicables a los derechos fundamentales; luego, la evolución histórica del principio de autodeterminación en el derecho privado, y, a manera de cierre, la integración de los derechos fundamentales en la contratación privada en el marco de la *Drittwirkung der Grundrechte*.

1. Los derechos fundamentales

Los derechos fundamentales se presentan como el punto en torno al cual gira la idea del Estado constitucional y que no se propone como un fin en sí mismo, sino como un instrumento para que los individuos disfruten de sus derechos en la mayor medida posible. Por eso los derechos fundamentales son la base del Estado constitucional, el motor de su acción y también su freno.²

Actualmente, ese desarrollo se acompaña de un vibrante debate sobre la definición, el modelo y la estructura de los derechos fundamentales que no solo tiene una importancia capital en la teoría del derecho, sino que además implica decisivas consecuencias en la práctica. La respuesta a interrogantes como el límite de la intervención estatal en aquello que Jellinek denominara *Status libertatis*³ o el ámbito de protección de los derechos sociales, dependen en cierta medida del concepto que se tenga acerca de los mismos, su contenido y su estructura. El estudio de los derechos fundamentales puede abordarse desde las más diversas perspectivas, como derechos naturales subjetivos (Locke),⁴ derechos públicos subjetivos (Jellinek),⁵ como efectos de la atribución de ciudadanía (Ferrajoli).⁶ Con todo, nos enfocaremos en la pregunta ¿qué propiedades debe tener un derecho para ser derecho fundamental? En este ámbito, una de las explicaciones más claras es la de Alexy, quien diferencia entre concepciones formales, materiales y procedimentales.

1.1. El concepto formal de derecho fundamental

La definición formal se basa en la manera en que está dispuesta la normatividad de derecho positivo de los derechos fundamentales.⁷ De acuerdo con esta, los

² Ernst Wolfgang Böckenförde, *Estudios sobre el Estado de derecho y la democracia*, Madrid, Editorial Trotta, 2000, p. 119.

³ Georg Jellinek, *System der subjectiven öffentlichen Rechte*, Aalen, Scientia, 1919, *in totum*.

⁴ John Locke, *Segundo tratado sobre el gobierno civil*, Madrid, Editorial Alianza, 1990, pp. 37 y ss.

⁵ Jellinek, *op. cit.*

⁶ Luigi Ferrajoli, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, Madrid, Editorial Trotta, 2004, p. 37.

⁷ Robert Alexy, *Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principios*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2003, p. 21.

derechos fundamentales son aquellos considerados de esa manera por la constitución política. Esto ocurre, de súbito, cuando aparecen compilados en un único catálogo. Es claro que entre las ventajas de esta concepción se encuentra su simplicidad. Empero, su desventaja reside en que frecuentemente las constituciones también establecen derechos fundamentales por fuera del catálogo en que se recoge este tipo de derechos.

Tal carencia se solventa al definir los derechos fundamentales como aquellos que pueden ser defendidos por los ciudadanos con la ayuda de la acción de tutela. Con todo, este intento solo puede llegar a tener éxito cuando en una norma constitucional procesal de este tipo se alude en realidad a todos los derechos fundamentales. Sin embargo, para determinar si esto ocurre en realidad, es indispensable utilizar un concepto material de derecho fundamental. Sin un concepto material de esta naturaleza, la pregunta de si un catálogo de derechos fundamentales o una norma constitucional procesal referida a la acción de tutela alude a demasiados derechos o a muy pocos derechos quedaría abierta, de ahí la necesidad de ampliar el concepto con la variante material.⁸

1.2. El concepto material de derecho fundamental

La variante más conocida de un concepto material se encuentra en la obra de Schmitt. De acuerdo con este,

solo los derechos humanos liberales del individuo son derechos fundamentales en sentido propio. Por tanto, únicamente el individuo puede ser considerado titular de los derechos fundamentales, así como el Estado es el único destinatario de ellos, y el objeto solo puede consistir en abstenerse de intervenir en la esfera de libertad del individuo. De esta forma se intenta establecer que los derechos fundamentales son solamente *aquellos derechos que pertenecen a la base del propio Estado*. A su vez, el cimiento del Estado de derecho burgués consiste en el *principio de distribución de competencias*, que establece que la esfera de libertad del individuo es en principio ilimitada, mientras que las competencias del Estado son en principio limitadas.⁹

El gran inconveniente de esta definición radica en que excluye los derechos a acciones positivas del Estado, es decir, los derechos de protección y los sociales. Asimismo, los derechos al voto y de igualdad tampoco pueden ser clasificados como verdaderos derechos fundamentales. El problema de discernir si derechos como estos son derechos fundamentales depende, por una parte, de razones sustanciales y, por

⁸ *Ibid.*, p. 22.

⁹ Carl Schmitt, *Teoría de la Constitución*, Madrid, Alianza Universidad, 1992, p. 190.

otra, de decisiones del constituyente. Todo esto impide ligar, ya desde el principio, el concepto de derecho fundamental a un concepto consecuente con el *Estado liberal*.¹⁰

1.3. El concepto procedimental de derecho fundamental

Como derechos tipificados con rango constitucional, los derechos fundamentales se encuentran ligados a los parlamentos y la competencia de estos para tomar decisiones libres que afecten su ámbito. De este modo, la relación entre los derechos fundamentales y la democracia se lleva a cabo en una doble vía. Por un lado, a través de la garantía de las libertades políticas, los derechos fundamentales aseguran las condiciones de funcionamiento del proceso democrático. Sin embargo, al mismo tiempo, también limitan el proceso democrático, al proclamarse como derechos vinculantes que el legislador debe respetar siempre. A esta última característica corresponde la afirmación de que los derechos fundamentales son tan importantes que su protección o su no protección no puede dejarse en manos de la mayoría parlamentaria simple.¹¹

Se advierte que la noción de derecho fundamental señalada es de naturaleza procedimental, en tanto se basa en la pregunta de quién y de qué manera tiene la competencia para decidir sobre los derechos fundamentales. La tipificación positiva de los derechos fundamentales es un asunto del poder constituyente. Ni siquiera su interpretación vinculante definitiva puede dejarse en manos de la mayoría parlamentaria, dado que esta, a su vez, se encuentra vinculada por los derechos fundamentales, y de ese modo podría caerse en una petición de principio. Todo lo contrario; esa interpretación debe atribuirse a una instancia que esté tan alejada de la mayoría parlamentaria de cada momento histórico, que pueda incluso tomar determinaciones en su contra y que se muestre como independiente de las decisiones eminentemente políticas.

2. El principio de autodeterminación en el derecho privado

El contrato es una categoría histórico-fundamental del derecho que podemos encontrar en todos los ordenamientos jurídicos, aunque las exigencias que cada derecho positivo establece para su reconocimiento son diferentes.¹² En lo que res-

¹⁰ Alexy, *op. cit.*, p. 25. Sin embargo, Schmitt visualiza claramente dos cosas: los derechos fundamentales son esencialmente derechos del individuo; ciertos grupos pueden ser titulares de derechos fundamentales porque este reconocimiento favorece intereses de los individuos. En segundo lugar, reconstruye acertadamente la relación de implicación necesaria entre los derechos fundamentales y los derechos humanos.

¹¹ *Ibid.*, p. 29.

¹² Karl Larenz, *Derecho justo. Fundamentos de ética jurídica*, Madrid, Editorial Civitas, 1993, p. 67.

pecta al tema de fondo, el principio *pacta sunt servanda* únicamente expresa la idea que la noción de contrato pretende atribuir. Ello sucede mediante la manifestación de una serie de declaraciones de voluntad que se corresponden entre sí, en orden a su contenido y a través de las cuales cada uno de los contratantes expresa su voluntad de que el pacto posea la eficacia de una ley y produzca efectos jurídicos.

El contrato solo cumple la condición de tal cuando la vinculación descansa en su autonomía de la voluntad o autodeterminación. El contratante se vincula porque sabe que solo bajo este presupuesto, el otro también lo hará. La conclusión de un contrato es de este modo un acto de autodeterminación a través de una autovinculación.¹³ Por su parte, ese principio de autodeterminación ha experimentado a lo largo de la historia una metamorfosis amparada en cambios filosóficos, políticos, etc.; es siempre reflejo de la visión de mundo de cada época, abandonando su concepción clásica y migrando hacia concepciones más modernas del actual derecho de las obligaciones.

2.1. Concepción clásica

La autodeterminación tiene la capacidad de crear derecho. Tras esa afirmación se encuentra una determinada concepción del hombre, caracterizada por la idea de libertad. La noción de contrato se caracteriza por ser expresión de convicciones extrajurídicas y de un sistema político-filosófico. En este sentido, los autores que examinan la formulación clásica del principio de autodeterminación insisten en subrayar la influencia de la filosofía individualista y liberal del siglo XVIII. Esa influencia se deja sentir muy especialmente por parte de la filosofía de la Ilustración, misma que plasmó su sentir en el ordenamiento jurídico, más por la existencia de una cierta visión del mundo en la base del pensamiento jurídico, que por afiliación a las tesis de un autor específico.¹⁴

Es esa precisamente la visión que guió el Código Civil francés como manifestación concreta y consagración de los valores proclamados en la Declaración de 1789. El sistema allí empleado volvía a ubicar, después de un largo ostracismo, al ser humano como centro de su propia existencia; se produce una desacralización del entorno; son esos los años en los que, al decir de Heine, “Kant ha tomado el cielo por asalto” (*Kant hat den Himmel gestürmt*)¹⁵ e intenta desembarazar el mundo de disputas metafísicas. Sin embargo, debemos advertir que una nueva filosofía, solo

¹³ *Idem.*

¹⁴ Al respecto, ver María Venegas Grau, *Derechos fundamentales y derecho privado*, Madrid, Marcial Pons, 2004, p. 35.

¹⁵ Heinrich Heine, *Schriften über Deutschland. Werke 4*, Frankfurt am Main, Insel Verlag, 1968, p. 132.

después de varios siglos, conquista la mente de los juristas.¹⁶ Es solo a lo largo del siglo XIX cuando el derecho integra aquello que ya habían señalado Rousseau, Kant, Fichte y Hegel.¹⁷

2.2. Crítica a la concepción clásica

El principio de autodeterminación es una construcción doctrinal de origen tardío que no aparece sino hasta finales del siglo XIX, precisamente en la obra de aquellos autores que pretenden criticar las insuficiencias de este mismo principio. Empero, ya en ese momento, otros juristas cuestionan el alcance de esta elaboración doctrinal, su idoneidad para describir la situación real del derecho privado de principios de siglo. En ese sentido, se subraya que su tenor literal no permite afirmar que este consagre la hegemonía de un principio que convierte a la voluntad en auténtica fuente de derecho, *a contrario sensu*, es el propio texto el que se ocupa de trazar la delgada línea divisoria entre la voluntad de los individuos, el respeto a la ley, el orden público y las buenas costumbres que todo ciudadano deberá acatar.

Las críticas al principio de autodeterminación serán ampliadas con posterioridad, y se llegará a indicar que esa concepción clásica de la autonomía de la voluntad que da contenido al contrato es un mito, que su formulación doctrinal es muy posterior al Código Civil francés, y que proteger unas convenciones contrarias a esta ley supondría situar unas voluntades particulares por encima de la *volonté general* y disolver el Estado. Ante ese panorama, se ha pretendido caracterizar la autodeterminación como ajena al derecho positivo, e incluirla, más bien, como concepción ideológica de aquellos juristas que piensan el derecho bajo el prisma de la autonomía de la voluntad. En este sentido, la concepción clásica es fruto de una reflexión posterior a partir de la segunda mitad del siglo XIX, y el principio de autodeterminación se construye a los efectos de su misma crítica.¹⁸

2.3. Concepción moderna

Los reproches a la concepción clásica de la autodeterminación y de la noción de contrato no han cesado. Así, uno de los principales cuestionamientos que podría dirigírsele se refiere a la idea de que el negocio conlleva intrínsecamente el carácter de justicia contractual. A mediados del siglo XIX, la realidad ya había demostrado

¹⁶ Venegas, *op. cit.*, pp. 38-39.

¹⁷ La autodeterminación francesa no es fruto de aplicación kantiana alguna recogida de los *Fundamentos de la metafísica de las costumbres* o de la *Crítica de la razón práctica*. Parece, más bien, que tanto los juristas franceses de la época como el mismo Kant bebieron de la misma fuente, esto es, el contexto cultural en el que surge el voluntarismo jurídico (Véronique Ranouil, *L'autonomie de la volonté. Naissance et évolution d'un concept*, Paris, PUF, 1980, p. 70).

¹⁸ Venegas, *op. cit.*, pp. 60-61.

que la justicia no se derivaba de forma natural del contrato; gran número de abusos se producían en la práctica. La segunda mitad del siglo XIX trajo consigo transformaciones socioeconómicas, lo cual, sumado al auge del capitalismo, se tradujo en la aparición de nuevas relaciones jurídicas y, especialmente, en la transformación del contrato como había sido concebido hasta entonces.¹⁹ Los procesos de concentración de capitales y el surgimiento de grandes corporaciones desnudan las carencias del Código Civil francés en materia social, revelándose incapaz de responder a una realidad social que exige la intervención decidida del Estado. Esta “socialización” cuestiona el individualismo liberal consagrado en la Declaración de 1789. Se proyectan desde esa óptica críticas a la teoría general del contrato en la medida en que no satisfacen las nuevas necesidades del tráfico mercantil.

No obstante, la tan anticipada crisis del contrato es en realidad la crisis de la concepción clásica. Frente a la antigua concepción se erige una interpretación no voluntarista. No se trata propiamente de un cambio de paradigma; sin embargo, bajo la influencia de las corrientes socialistas, las referencias a la utilidad y a la doctrina del contrato se convierten en una constante entre el sector más crítico de la teoría, y estos valores adquieren, así, una relevancia de la que hasta entonces carecían.²⁰

3. La *Drittwirkung der Grundrechte*

La *Drittwirkung der Grundrechte* expresa el debate acerca de si los derechos fundamentales ejercen sus efectos no solo de forma vertical entre particulares y el Estado, sino de manera horizontal, esto es, entre sujetos de derecho privado. A continuación analizaremos sus antecedentes, modalidades, principales críticas recibidas e integración en las relaciones económicas.

3.1. Antecedentes de la *Drittwirkung* en la jurisprudencia alemana

En 1950 Erich Lüth, presidente del Club de Prensa de Hamburgo, se pronunció contra una película del director Veit Harlan, exhortando a no comercializarla y a no acudir a su proyección en vista del pasado nacionalsocialista del realizador. La productora del filme acudió al juez civil de Hamburgo y consiguió que se condenara al demandado con la prohibición de pronunciarse acerca de la película.²¹ Para el juzgador se trataba de una incitación al boicot que ocasionaba un “daño por actuación contraria a las buenas costumbres” (*Sittenwidrige vorsätzliche Schädigung*),

¹⁹ *Ibid.*, p. 84.

²⁰ *Ibid.*, p. 83.

²¹ Jesús García Torres y Antonio Jiménez-Blanco, *Derechos fundamentales y relaciones entre particulares. La drittwirkung en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Madrid, Civitas, 1986, p. 26.

contemplado en el numeral 826 del Código Civil. Contra esa resolución, Lüth recurrió argumentando que se había violado su derecho a la libertad de expresión. El Tribunal Constitucional Federal determinó que la expresión de una opinión que contiene un llamado a un boicot no viola necesariamente las buenas costumbres, en el sentido del artículo 826, sino que puede estar justificada constitucionalmente mediante la libertad de expresión, al ponderar todas las circunstancias del caso. Relevante para el análisis resulta la discusión sobre la naturaleza de los derechos fundamentales (*Grundrechte*) y su posible incidencia en el derecho privado. Señala el Tribunal:

La influencia de los derechos fundamentales, como criterios valorativos, se realiza sobre todo mediante aquellas disposiciones del derecho privado que contienen derecho imperativo y por tanto forman parte del orden público en sentido amplio, es decir, mediante los principios que, por razones de interés general, han de ser vinculantes para el modelo de las relaciones jurídicas entre los particulares y por ende están sustraídos a la autonomía de la voluntad. Tales disposiciones, por su finalidad, están emparentadas con el derecho público, del que son un complemento, y en especial con el derecho constitucional.²²

El Tribunal Constitucional Federal no analiza en concreto cada uno de los derechos fundamentales, sino que únicamente se centra en la violación imputable al juez civil. La vigencia de los derechos fundamentales en el tráfico privado y la revisión de las sentencias civiles por el Tribunal Constitucional Federal son dos problemas “resueltos de una sola vez”, con el impulso que ofrece la proclamación de la Constitución como un sistema de valores.²³

Un segundo precedente importante se encuentra en el caso *Blinkfüer* (1969).²⁴ En 1961 las editoriales Axel Springer, Hammerich & Lesser y Die Welt prohibieron a los distribuidores y comerciantes de revistas la venta del semanario *Blinkfüer*, por dar a conocer en la República Federal programas de radio y televisión de la República Democrática de Alemania, hecho que para las editoriales constituía un apoyo ideológico al régimen comunista. El semanario interpuso demanda de indemnización por daños y perjuicios contra las editoriales, solicitud desestimada por el Tribunal Federal Supremo. Ante esa denegatoria recurrió al Tribunal Constitucional Federal invocando la lesión a la libertad de expresión. La sede constitucional reconoció que la protección del derecho fundamental fue omisa y que la libertad de prensa es un instituto que no es lícito utilizar para bloquear un cierto contenido informativo prescindiendo de la libre discusión. El punto principal se proyecta en el ámbito concerniente a la omisión del deber de protección que debió haber dispensado el juez civil, más que al asunto de la afectación del derecho fundamental de *Blinkfüer*

²² BVerfG 15.01.1958 (1 BvR 400/51)

²³ *Ibid.*, p. 33.

²⁴ BVerfGE 26.02.1969 (1 BvR 619/63).

por parte de las editoriales. Asimismo, se advierte que al Tribunal importa dicha libertad en cuanto instituto, como elemento consustancial de la confrontación libre de ideas y opiniones.

3.2. Modalidades de la *Drittwirkung*

De admitirse que los derechos fundamentales irradian sus efectos al derecho privado, la segunda cuestión en importancia es la determinación de la forma en que esos efectos se producen. Este cuestionamiento ha dado paso a dos modalidades de *Drittwirkung*.

3.2.1. *Drittwirkung directa*

La teoría de la *Drittwirkung* directa o inmediata (*unmittelbare Drittwirkung*), representada principalmente por Hans Carl Nipperdey,²⁵ sostiene la vinculación directa entre los derechos fundamentales y los actos realizados por los particulares en el ejercicio de su autodeterminación. No se necesitaría la mediación del legislador o del juez para que tales derechos desplieguen plenamente sus efectos en el tráfico jurídico-privado, precisamente porque se trata de derechos ya proclamados por la Constitución.²⁶ Defender la tesis de la eficacia inmediata frente a terceros es afirmar la virtualidad directa, sin mediaciones de los derechos fundamentales, en tanto derechos subjetivos reforzados por la garantía constitucional. Se sostiene que esos derechos vinculan los actos de los particulares, es decir, se imponen dentro del ámbito que rige la autonomía de la voluntad y deben ser respetados aun en las relaciones privadas.²⁷

3.2.2. *Drittwirkung indirecta*

La *Drittwirkung* indirecta o mediata (*mittelbare Drittwirkung*), representada principalmente Günter Dürig, sostiene que son las normas, y no los actos de derecho privado, las que están vinculadas por los derechos fundamentales, y solo en esa medida esos derechos rigen las relaciones entre particulares.²⁸ Según tal tesis, los

²⁵ Nipperdey prefiere hablar de efecto absoluto (*absolute wirkung*) de los derechos fundamentales y no de efectos ante terceros (*Drittwirkung*) (Ludwig Ennecerus y Hans Carl Nipperdey, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, 1959, p. 94).

²⁶ Hans Carl Nipperdey, *Gleicher Lohn der Frau für gleiche Leistung*, RdA, 1950, pp.121-128; Hans Carl Nipperdey, *Boycott und freie Meinungsäußerung*, DVBl, 1958, pp. 445-452.

²⁷ Al respecto, ver Venegas, *op. cit.*, p. 179; Albert Bleckmann, *Neue Aspekte der Drittwirkung der Grundrechte*, DVBl, 1988, p. 942; Johannes Hager, *Grundrechte im Privatrecht*, JZ, 1994, p. 383.

²⁸ Günter Dürig, "Grundrechte und Privatrechtsverkehr", en Maunz y Dürig, *Grundgesetz Kommentar*, München, Verlag C.H. Beck, 2001, pp. 64-68.

derechos fundamentales, al ser desarrollados por la ley, deben interpretarse en la forma en que el legislador ha deparado su contenido, alcances y límites. Pero, además, los derechos fundamentales serían puntos de partida necesarios para la interpretación de la legalidad ordinaria, esto es, tendrían una eficacia interpretativa. Se reconoce así la existencia de una eficacia horizontal de los derechos fundamentales.²⁹

Cuando se declara la vulneración de un derecho fundamental dentro de una relación privada, la violación no se debe atribuir a la otra parte, sino al poder público que no ha satisfecho su obligación de proteger ese derecho; la violación no se enmarca en el plano privado, sino que, por el contrario, se produce en el ámbito del derecho público. La consecuencia más característica de esa mediación radica en que el derecho fundamental y la libertad pública surgen de ella transformados; ya no afecta la relación en cuanto derecho fundamental, sino, en razón de que el legislativo ha incorporado su influencia a su propia legislación, transformándola en derecho objetivo. Corresponde, pues, a esa rama del ordenamiento dar una respuesta justa a los conflictos de intereses que surjan entre particulares, una solución acorde con la autonomía privada.³⁰

3.3. Críticas a la *Drittwirkung*

En Alemania, la crítica a la *Drittwirkung* no se ha detenido. Su formulación original, su construcción teórica y sus silencios metodológicos han provocado distintas objeciones, que se refieren, principalmente, a su especialización y a las fricciones que provoca con la autodeterminación.

3.3.1. El problema de su especialización

Las tesis descritas admiten que existe una eficacia de los derechos fundamentales en las relaciones jurídico-privadas; su discrepancia se plantea respecto a la forma en que se proyecta dicha eficacia. Sin embargo, se mantiene abierta la cuestión acerca de si ello justifica su consideración como figura especial. Un autor destacado en esa línea es Schwabe, quien afirma que la *Drittwirkung* no existe, más que como consideración de los derechos fundamentales originarios. Dicha relación no se ha modificado y esos derechos, entendidos como derechos de defensa, siguen enfocándose en la relación con el poder estatal.³¹ De ese modo, sostiene Schwabe, un conflicto entre sujetos privados no supone una proyección horizontal de tal relación jurídica, toda vez que al ser el Estado, mediante el poder judicial, el

²⁹ Herbert Krüger, *Die Verfassungen in der Zivilrechtsprechung*, NJW, 1949, p. 163.

³⁰ Venegas, *op. cit.*, p. 148.

³¹ Jürgen Schwabe, *Die sogenannte Drittwirkung der Grundrechte*, München, C.H. Beck, 1971, p. 54.

llamado a resolver el conflicto, se convertiría siempre en un actor central de la relación.³²

Los derechos fundamentales tendrían eficacia en las relaciones entre particulares directamente con base en la Ley Fundamental, porque serían objeto de intervención por el poder público a través de mandatos y prohibiciones, por lo cual no se justifica una dogmática especializada. Schwabe anuda el asunto a la responsabilidad del Estado, las leyes del derecho civil y las decisiones judiciales. En resumen, la totalidad de la teoría de la *Drittwirkung* no vendría a ser más que un problema aparente en la medida en que el binomio vinculación-protección de los sujetos privados ya encuentra tutela en la Constitución sin necesitar del desarrollo de nuevas construcciones teóricas.³³

3.3.2. *El problema de la fricción con la autonomía de la voluntad*

La capacidad del ser humano para autodeterminarse es una máxima plenamente aceptada en el moderno Estado de derecho. Llegar a ese reconocimiento no ha sido fácil. En su desarrollo han jugado un importante papel tanto el ideal de justicia, aportado por el cristianismo en el Medioevo, como la influencia del idealismo y de la escuela histórica del derecho en los siglos XVIII y XIX, al reconocer la importancia de la voluntad en las relaciones humanas. Posteriormente, los principios inspiradores de la Revolución francesa terminaron de configurar la autonomía de la voluntad bajo su forma actual.

Algunos autores manifiestan que la teoría de la eficacia mediata tiene lugar actualmente bajo la forma de deber de protección, y que su aplicación alcanza efectos aún más radicales de los pretendidos por la eficacia directa. Ese “espejismo” de la *Drittwirkung* ha llevado los efectos de los derechos fundamentales a relaciones jurídico-privadas de muy distinta naturaleza, aplicándose así, no solamente en materia laboral o frente a vulneraciones del elenco de libertades, sino también en el ámbito de la contratación privada. Ello ha llevado a un sector de la doctrina a criticar el peligro que la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal alemán representa para el principio de autodeterminación, rebasando los límites de lo estrictamente constitucional y amenazando con convertirse en una instancia de superrevisión procesal.

³² A la tesis de Schwabe puede criticársele que confunde la relación de los vinculados por las normas en condición de tutela con aquella de los vinculados por una potestad jurídica en su condición de órgano decisor. El hecho de que el juez resuelva, no lo convierte en partícipe de la controversia originaria. Además, su tesis parte del modelo clásico de heterocomposición y no logra explicar modelos actuales en los que las partes privadas acuerdan solucionar sus conflictos prescindiendo de la autoridad estatal.

³³ Mijail Mendoza Escalante, “La eficacia de los derechos fundamentales entre particulares”, *Pensamiento Constitucional*, año XI, núm. 11, 2005, p. 15.

3.4. Integración en las relaciones económico-privadas

Los precedentes más citados respecto a los orígenes de la *Drittwirkung* provienen de la sede constitucional; no obstante, estimamos que antes, la jurisdicción laboral alemana ya había resuelto asuntos cuyas consecuencias establecían un vínculo de derechos fundamentales entre particulares. A continuación se reseñarán los principales casos que sustentan nuestra hipótesis. El 3 de diciembre de 1954, el Tribunal Laboral Federal (*Bundesarbeitsgericht*) analizó los alcances del artículo 3 de la Constitución, respecto al caso de un trabajador despedido por proselitismo político y agitación en el lugar de trabajo.³⁴ El Tribunal estimó que el derecho fundamental a la libertad de expresión y la prohibición de discriminar a alguien debido a sus opiniones políticas son principios ordenadores para la vida en sociedad, por lo cual poseen relevancia directa para las relaciones jurídicas de los ciudadanos entre sí, más allá de su exigibilidad ante entes de derecho público. Destacó igualmente que el derecho a la libertad de expresión tiene sus límites en las disposiciones de las leyes generales y las normas básicas que rigen las relaciones laborales.

Posteriormente, el 15 de enero de 1955, la misma sede jurisdiccional consideró que una serie de normas privadas, establecidas con ocasión de un contrato de trabajo, presentaban un grosero trato discriminatorio que afectaba a las mujeres, toda vez que estas recibían un salario menor por las mismas labores realizadas. El Tribunal consideró que la igualdad derivada del numeral 3 de la Ley Fundamental es una verdadera norma jurídica y no un enunciado programático, que los principios de igualdad y no discriminación deben manifestarse de formas concretas, por ejemplo, igual retribución por igual trabajo, y que las cláusulas laborales que violenten tales principios son inválidas.³⁵

Finalmente, el 10 de mayo de 1957 se declararía la nulidad de una cláusula contractual que estipulaba la finalización del vínculo laboral por parte del empleador, una vez que la trabajadora contrajese matrimonio, según la denominada “cláusula del celibato” (*zölibatsklausel*). Se determinó que tal disposición constituía un resabio que no se encontraba en consonancia con el Estado de derecho, y que ese tipo de estipulaciones vulneraban los principios de igualdad y no discriminación, protección del matrimonio y la familia, dignidad humana y libre desarrollo de la personalidad.³⁶

La tesis de la *Drittwirkung der Grundrechte*, en cuanto atañe al plano de la contratación privada, conduciría a afirmar que los derechos fundamentales actúan como limitaciones inmediatas de la autonomía privada, con la consecuencia de que el negocio jurídico sería inválido si las restricciones establecidas en ejercicio de la autovinculación desbordan el margen de lo admisible en materia de derechos

³⁴ BAG 03.12.1954 (1 AZR 150/54).

³⁵ BAG 15.01.1955 (1 AZR 305/54).

³⁶ BAG 10.05.1957 (1 AZR 249/56).

fundamentales. Lo anterior implica que los derechos fundamentales modifican normas de derecho privado y crean nuevas normas, como prohibiciones, mandatos, derechos subjetivos, leyes de protección, razones de justificación, etc. Desde la perspectiva contraria, los derechos fundamentales podrían ser limitados válidamente por la vía contractual; solo de conformidad con el principio constitucional de la prohibición del exceso, la limitación negocial del derecho fundamental será admisible en la medida en que guarde relación con los parámetros de adecuación al fin, necesidad y proporcionalidad.³⁷

3.5. *Drittwirkung* en el sistema interamericano

La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) ha sufrido una evolución a lo largo de su historia hasta llegar en los últimos años a aceptar posiciones que pueden ser admitidas como casos de *Drittwirkung*.³⁸ Desde sus inicios, dicho tribunal se presentaba como una instancia de tutela del ciudadano frente a las actuaciones por parte de los Estados que vulneraran sus derechos. Esta primera etapa se caracteriza por sentencias que analizan la obligación de respeto y vigilancia de los derechos fundamentales por parte de los Estados, prevista en el artículo 1.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. El Caso Velásquez Rodríguez contra Honduras (1988)³⁹ es el primer asunto en el que llega a plantearse la cuestión de la *Drittwirkung*. Manfredo Velásquez fue apresado sin mediar orden judicial por la policía secreta hondureña y por civiles que actuaban bajo su dirección. Al igual que sucedió en muchos otros casos, fue asesinado y enterrado en un cementerio clandestino. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) somete el caso a la competencia de la Corte y esta manifiesta que el análisis está determinado por los alcances que se atribuyan al artículo 1.1 de la Convención. En su consideración, dicho artículo pone a cargo de los Estados parte los deberes fundamentales de respeto y garantía, de tal modo que todo menoscabo a los derechos humanos reconocidos en la Convención que pueda ser atribuido a la acción u omisión de cualquier autoridad pública, constituye un hecho imputable al Estado. Los derechos fundamentales, a juicio de la Corte, se configuran como límites dirigidos únicamente al actuar de las autoridades; la responsabilidad del Estado, sin embargo, se extiende a aquellos casos en que se demuestre cierto *apoyo o tolerancia* del poder público respecto a los particulares en la violación de los derechos reconocidos en la Convención. Para

³⁷ Juan Marcos Rivero Sánchez, *Constitución, derechos fundamentales y derecho privado*, San José, Biblioteca Jurídica Dike, 2001, p. 153.

³⁸ Para un desarrollo más amplio de esa evolución, ver Javier Mijangos y González, "La doctrina de la *Drittwirkung der Grundrechte* en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos", *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 20, 2007.

³⁹ Corte IDH, Resolución del 29 de julio de 1988.

la Corte, en este caso, si bien los individuos que participaron en los hechos no forman parte del Estado hondureño, existe una implicación significativa dada la *falta de debida diligencia*, en *apoyo*, en *aquiescencia* o en *tolerancia* sobre el actuar de los particulares.

En una segunda fase, el eje de relevancia pasa del Estado, como sujeto pasivo en el proceso, a la norma violada y los hechos que la han ocasionado. La Corte expone así que los derechos fundamentales previstos en la Convención resultan obligaciones *erga omnes*. Esta etapa inicia con el Caso Blake contra Guatemala (1998).⁴⁰ En marzo de 1985, dos ciudadanos estadounidenses fueron asesinados en Guatemala a manos de las denominadas Patrullas de Autodefensa Civil. La Corte estimó que las patrullas civiles actuaban, efectivamente, como agentes del Estado, ya que recibían recursos e incluso órdenes del Ejército. En la resolución de este asunto, la Corte es consciente de que en ocasiones resultará imposible demostrar un estado general de impunidad respecto a este tipo de hechos, considerar que las violaciones denunciadas son atribuibles a una política de Estado o, simplemente, acreditar una conexión, por mínima que sea, con los poderes públicos. Lo anterior conduce a uno de los miembros del Tribunal, el juez Cançado Trindade, a redactar un voto razonado que será la base para consagrar la vigencia de los derechos fundamentales en las relaciones privadas. A su juicio, es necesario desmitificar los tratados internacionales como normas que limitan únicamente la actuación de los poderes públicos; antes bien, consagran obligaciones de carácter objetivo y representan estándares de comportamiento dirigidos a la creación de un *ordre public* internacional.

Finalmente, una fase que llega hasta el día de hoy y cuyo precedente más importante no se halla en un caso contencioso, sino en la opinión consultiva 18/03 y que establece la eficacia de los derechos fundamentales entre sujetos de naturaleza privada. En marzo de 2002, el Tribunal Supremo de los Estados Unidos de América decidió, en el Caso Hoffman Plastic Compounds v. National Labor Relations Board, que un trabajador indocumentado no tenía derecho al pago de salarios caídos o de tramitación, después de ser despedido ilegalmente por intentar ejercer derechos otorgados por la *National Labor Relations Act*. Ante esa resolución, México solicitó, en el mismo año, una opinión consultiva a la Corte con fundamento en el artículo 64.1 de la Convención.

La primera operación que realizó la Corte se encaminó a determinar si el principio de igualdad y no discriminación puede ser calificado como de *jus cogens*. A su juicio, dicho principio puede considerarse imperativo en cuanto es aplicable a todo Estado, independiente de que sea parte o no en determinado tratado internacional, y genera efectos con respecto a terceros, incluso a particulares, ya que sobre él descansa todo el andamiaje jurídico del orden público nacional e internacional. Esas normas son *jus cogens*, en tanto así lo han determinado los propios Estados miembros, al establecer la obligación de respetar y garantizar los derechos humanos prevista en

⁴⁰ Corte IDH, Resolución del 24 de enero de 1998.

el artículo 1.1 de la Convención. Es a través de la unión de estos dos factores como los derechos fundamentales de la Corte se convierten en normas *imperativas* en el *orden público interamericano*. Los efectos de los derechos fundamentales frente a terceros están claramente configurados en el propio régimen jurídico de la Convención, específicamente en el artículo 1.1 de la misma, que proclama el sometimiento tanto de poderes públicos como de particulares a la Convención. De ese modo, la Corte declara rotundamente que los derechos fundamentales son límites directos al actuar de los particulares.

4. Conclusión

Desde el planteamiento inicial de la eficacia de los derechos fundamentales entre particulares por parte de la jurisprudencia alemana, el reconocimiento de la irradiación de tales derechos a todo el ordenamiento jurídico se ha extendido hasta ser aceptada tanto por los sistemas internacionales de protección de derechos humanos como por distintas legislaciones nacionales. Estas últimas, a través de distintos instrumentos, brindan a sus ciudadanos tutela por acciones provenientes ya no solo del Estado, sino de otros sujetos privados. El reconocimiento de la eficacia de los derechos fundamentales en las relaciones de derecho privado es un reflejo de la voluntad de armonizar el ejercicio de tales derechos en las relaciones jurídicas. Negar lo anterior supone ignorar la evolución de la *Drittwirkung*, misma que se enmarca en una nueva forma de comprender los derechos fundamentales, caracterizada por rechazar el maniqueísmo entre lo individual y lo colectivo que condujo a ver los derechos individuales como esferas de libertad frente al poder, y que se tradujo en el sometimiento de los derechos a la ley. Si se pretende que los derechos fundamentales sean la base de la convivencia, es necesario reconocerles eficacia también en las relaciones entre particulares.

La autodeterminación puede presentarse como un criterio recurrente para poner en tela de duda la teoría de la *Drittwirkung*, al alegar que una aceptación estricta de los derechos fundamentales en el derecho privado socava un elenco de libertades que solo ha sido posible alcanzar mediante revoluciones y cuyo reconocimiento no se ha logrado nunca de forma pacífica. Diferimos aquí de esa argumentación. Esa lucha interminable por el respeto a los derechos y las libertades se manifiesta también en la vinculación de todos los sujetos en condición de igualdad al derecho de la Constitución. Esa es precisamente la idea fundamental de la *Drittwirkung*; el fungir como un contrapeso a los abusos de poder que los sujetos privados puedan sufrir por parte de otros de igual naturaleza.

La eficacia de los derechos fundamentales en las relaciones de derecho privado no es el tema en sí –ello es algo comúnmente admitido en tanto la Constitución es la norma básica y vinculante del ordenamiento jurídico–, sino la forma en que esa proyección horizontal de los derechos fundamentales debe ser llevada a cabo.

Bibliografía

- ALEXY, Robert, *Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principios*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2003.
- BLECKMANN, Albert, *Neue Aspekte der Drittwirkung der Grundrechte*, DVBl, 1988.
- BÖCKENFÖRDE, Ernst Wolfgang, *Estudios sobre el Estado de derecho y la democracia*, Madrid, Editorial Trotta, 2000.
- BORGES, Luis, *El libro de arena*, Madrid, Alianza Editorial, 1999.
- DÜRIG, Günter, “Grundrechte und Privatrechtsverkehr”, en MAUNZ y DÜRIG, *Grundgesetz Kommentar*, München, Verlag C.H. Beck, 2001.
- ENNECERUS, Ludwig y Hans Carl NIPPERDEY, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, 1959.
- FERRAJOLI, Luigi, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, Madrid, Editorial Trotta, 2004.
- GARCÍA TORRES, Jesús y Antonio JIMÉNEZ-BLANCO, *Derechos fundamentales y relaciones entre particulares. La Drittwirkung en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Madrid, Civitas, 1986.
- HAGER, Johannes, *Grundrechte im Privatrecht*, JZ, 1994.
- HEINE, Heinrich, *Schriften über Deutschland. Werke 4*, Frankfurt am Main, Insel Verlag, 1968.
- JELLINEK, Georg, *System der subjectiven öffentlichen Rechte*, Aalen, Scientia, 1919.
- KRÜGER, Herbert, *Die Verfassungen in der Zivilrechtsprechung*, NJW, 1949.
- LARENZ, Karl, *Derecho justo. Fundamentos de ética jurídica*, Madrid, Civitas, 1993.
- LOCKE, John, *Segundo tratado sobre el gobierno civil*, Madrid, Alianza, 1990.
- MENDOZA ESCALANTE, Mijail, “La eficacia de los derechos fundamentales entre particulares”, *Pensamiento Constitucional*, año XI, núm. 11, 2005.
- MIJANGOS y GONZÁLEZ, Javier, “La doctrina de la *drittwirkung der grundrechte* en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 20, 2007.
- NIPPERDEY, Hans Carl, *Gleicher Lohn der Frau für gleiche Leistung*, RdA, 1950.
- _____, *Boykott und freie Meinungsäußerung*, DVBl, 1958.
- RANOUIL, Véronique, *L'autonomie de la volonté. Naissance et évolution d'un concept*, Paris, PUF, 1980.
- RIVERO SÁNCHEZ, Juan Marcos, *Constitución, derechos fundamentales y derecho privado*, San José, Biblioteca Jurídica Dike, 2001.
- SCHMITT, Carl, *Teoría de la Constitución*, Madrid, Alianza Universidad, 1992.
- SCHWABE, Jürgen, *Die sogenannte Drittwirkung der Grundrechte*, München, C.H. Beck, 1971.
- VENEGAS GRAU, María, *Derechos fundamentales y derecho privado*, Madrid, Marcial Pons, 2004.

VOLVER A LA TABLA DE CONTENIDO

Emerson Affonso da Costa Moura* (Brasil)

Estado regulador, direito humano-fundamental ao desenvolvimento e agências reguladoras

RESUMO

A medida em que a atuação das agências reguladoras no controle da ação da iniciativa privada é capaz de conformar a prestação de serviços públicos pelos particulares aos interesses da coletividade, de forma a contribuir com a tutela da dignidade da pessoa humana e a promoção do desenvolvimento social, é o tema posto em debate a partir da análise da consagração do Estado Regulador, da verificação da ascensão da regulação – com a criação de agências dotadas de acentuado grau de autonomia capaz de conciliar as questões econômicas e sociais envolvidas – e do debate acerca de sua ação como instrumento de garantia da dignidade da pessoa humana e de desenvolvimento.

Palavras-chave: Estadoregulador, agências, direito fundamental, desenvolvimento.

ZUSAMMENFASSUNG

Inwieweit die Eingriffe der Regulierungsbehörden zur Kontrolle privater Initiativen imstande sind, die Gewährung öffentlicher Dienstleistungen durch private Anbieter den Interessen der Allgemeinheit anzupassen, um zum Schutz der Menschenwürde und zur Förderung der sozialen Entwicklung beizutragen, ist Gegenstand einer Analyse, die sich mit der gesetzlichen Verankerung des Staates als Regelungsinstanz, mit der Überprüfung der Zunahme der Regulierung - über die Schaffung von Agenturen, die mit umfassenden Autonomiebefugnissen ausgestattet sind, um die wirtschaftlichen und sozialen Fragen in Einklang zu bringen -, und mit der

* Professor Adjunto da Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro (UFRRJ). Doutor em Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Mestre em Direito Constitucional pela Universidade Federal Fluminense (UFF). Pesquisador certificado pelo CNPQ da Universidade Federal Fluminense (UFF) do grupo de pesquisa “Teorias Constitucionais Contemporâneas”. emersonacmoura@ufrj.br

Debatte über die Tätigkeit dieser Instanz als Instrument zur Gewährleistung von Menschenwürde und Entwicklung befasst.

Schlagwörter: Staat als Regelungsinstanz, Agenturen, Grundrecht, Entwicklung.

ABSTRACT

The extent to which the actions of the regulatory agencies in conformation of the action of the private initiative is capable of conforming the provision of public services by individuals to the interests of the community, so as to contribute to the protection of the dignity of the human person and the promotion of development. This social debate is based on the analysis of the consecration of the Regulatory State, the verification of the rise of regulation and the creation of agencies with a high degree of autonomy capable of reconciling the economic and social issues involved and the debate about their as an instrument of guaranteeing the dignity of the human person and of development.

Key words: Regulatory State, Agencies, Fundamental right, Development.

Introdução

Em sociedades pluralistas, a ordem constitucional tende a refletir sob as convergências e divergências das forças políticas e sociais uma carta compromissória que veicula, sob o manto de um pluralismo ideológico, aparentes conflitos entre interesses inicialmente tidos como inconciliáveis.

A Constituição da República de 1988 reflete a tensão entre o influxo ideológico *liberal* – exteriorizado na persecução do desenvolvimento econômico com a consagração da livre iniciativa – e o *social* – materializado na exigência de superação das desigualdades sociais e na consecução de uma existência digna para todos.

Com as reformas estatais neoliberais que subtraíram a exclusividade do Poder Público no exercício da atividade econômica e na prestação dos serviços públicos, permitindo a expansão da iniciativa privada em atuações de interesse da coletividade, torna-se necessária uma intervenção estatal que conduza a realização dos valores socialmente almejados.

Embora consagre um regime liberal de exploração da atividade econômica, que será exercida precipuamente pela iniciativa privada, previu a Constituição Federal de 1988 o monopólio estatal sobre bens e atividades considerados estratégicos para a soberania do ente estatal, sem que isto impedisse a exploração através do sistema de concessão a agentes econômicos privados.

Busca, o presente trabalho, investigar em que medida a atuação das agências reguladoras é capaz de conformar a prestação de serviços públicos pelos particulares aos interesses da coletividade, de forma a contribuir com a tutela da dignidade da pessoa humana e a promoção do desenvolvimento social.

De início, a análise se concentra na ascensão do Estado Gerencial, de modo a delimitar, a partir das reformas administrativas, a transição de um modelo hierarquizado, patrimonialista e ineficiente para uma configuração policêntrica, flexível e eficiente que conduz à intervenção da iniciativa privada e à atividade regulatória estatal.

Após, volta-se o estudo à intervenção regulatória segundo seus fundamentos e a partir de seus caracteres, de forma a definir a intervenção estatal como instrumento capaz de conciliar as questões econômicas e sociais contribuindo na criação de um ambiente propício para o avanço econômico e o desenvolvimento social.

Por fim, compreende o efeito da consagração do direito humano fundamental ao desenvolvimento na ação administrativa e, portanto, o papel intervencionista do Estado como não-somente mediador que garante a competitividade e o lucro, mas que orienta a ação do agente privado ao influxo dos objetivos sociais previstos pela Constituição.

1. O Estado regulador

O Estado intervém de forma diretiva ou indutiva nas atividades econômicas e sociais mediante a utilização de instrumentos de natureza *regulatória, concorrencial, monopolista e sancionatória*, com fins de conformar e coordenar a atuação pública e privada à ordem e princípios instituídos pela lei fundamental.¹

A função regulatória compreende o complexo de atribuições *normativas, gerenciais, negociais e sancionatórias*, exteriorizadas nas funções de regulamentação, gestão, negociação, fiscalização e fomento do ordenamento social e econômico, com as vantagens da flexibilização negocial privada e com o rigor da coercitividade estatal.²

Embora alcance relevo como uma das transformações que notabilizam o Direito Público atual, a atividade regulatória não constitui nova atribuição da Administração Pública, mas usual instrumento de intervenção estatal no domínio econômico e social inerente ao dever de *boa administração*.³

¹ Abrange os mecanismos e técnicas estatais exteriorizados precipuamente como normas e regulamentos dispositivos, que buscam conformar a atividade individual à consecução do interesse econômico e social almejado pela ordem constitucional. Sobre o tema, ver Eros Roberto Grau, *A ordem econômica na Constituição de 1988*, São Paulo, Malheiros, 2003, pp. 305-307.

² Desta forma, não se limita apenas às funções normativas, compreendendo, ainda, as de conciliação, mediação e arbitragem, bem como as de fiscalização e fomento – desde o planejamento até o controle do setor ou atividade – com fins de propiciar o máximo de eficiência na solução de problemas. Diogo de Figueiredo Moreira Neto, *Direito Regulatório*, Rio de Janeiro, Renovar, 2003, pp. 107-109.

³ Enquanto o Estado era o responsável direta ou indiretamente pela execução desta tarefa, a função fiscalizatória não era desempenhada com eficiência, uma vez que inexistia interesse

As experiências históricas iniciais da regulação estatal remetem à Idade Média através das corporações de ofícios que buscavam a harmonização de interesses, difundindo seu uso na Europa na Idade Moderna com a disciplina, na Alemanha, do uso das águas, e, nos Estados Unidos e Inglaterra, com a regulação do setor de transporte.⁴

No Brasil, tanto o fenômeno da regulação quanto o da adoção do modelo das agências ocorrem nas últimas décadas do século XX, quando as pressões de ordem econômica, política e administrativa tornam premente a intervenção estatal visando o equilíbrio através do ajuste dos interesses privados às necessidades coletivas.

No campo econômico, tem por fundamento a reconstrução econômica, posto que a redemocratização brasileira exigiu, para a retomada de crescimento na economia, o desempenho equilibrado dos atores sociais envolvidos – produtores, consumidores e governantes – na superação de um modelo ingerente e autoritário.⁵

O Estado passa de agente monopolizador a assumir um papel de regulação e fomento, permitindo a atuação da iniciativa privada na economia através de movimentos de desestatização, desregulamentação e redução das cargas tributárias, e garantindo, através de variados mecanismos, a livre competição entre os sujeitos privados.

No campo administrativo, tem como causa a fragmentação e despublicização do interesse público, que denotam a passagem de um modelo centrado no princípio da legalidade estrita e da Administração Monista para um modelo baseado na juridicidade ampla e na Administração Pluralista dos bens e interesses coletivos.⁶

em expor as próprias falhas ou deficiência da administração. Floriano Azevedo Marques Neto, A Nova Regulação Estatal e as Agências Independentes, em Carlos Ari Sunfeld (coord.), *Direito Administrativo Econômico*, 1 ed., São Paulo, Malheiros, 2002, pp. 80-82.

⁴ Na Europa a forma principal de regulação econômica tem sido a propriedade pública, de forma que o fenômeno está associado à privatização. Assim, embora se remonte a existência de empresas estatais ao século 17, apenas no século 19, com o desenvolvimento dos serviços públicos, seu uso se tornou disseminado (gás, eletricidade, água, ferrovias...). Nos Estados Unidos o seu surgimento e proliferação coincidem com os movimentos políticos, econômicos e sociais de superação do capitalismo liberal puro. Giandomenico Majone, Do Estado Positivo ao Estado Regulador: causas e consequências da mudança no modo e governança, em Paulo Todescan L. Mattos (coord.), *Regulação Econômica e Democracia: o debate europeu*, São Paulo, Editora Singular, 2006, p. 58. Gustavo Binbenojm, *Uma teoria do Direito Administrativo: Direitos Fundamentais, democracia e constitucionalização*, Rio de Janeiro, Renovar, 2006, pp 261-269.

⁵ Torna-se necessário, neste momento, enfrentar a crise fiscal, retomar o crescimento econômico e buscar um novo arcabouço institucional para o Estado Democrático, sendo um dos pilares dessa transformação a substituição de um modelo de Estado Empresarial para um Estado Regulador. Sheila Maria Reis Ribeiro, Reforma do aparelho de Estado no Brasil: uma comparação entre as propostas dos anos 60 e 90, em *VII Congreso Internacional del CLAD sobre la Reforma del Estado y de la Administración Pública*, Lisboa, 2002, pp. 1-2.

⁶ A regulação como novo tipo de atividade jurídica do Estado busca aperfeiçoar a atividade administrativa superando a administração burocrática de corte positivista, onde tanto a eficiência quanto a legitimidade eram referências secundárias e periféricas. Diogo de

Busca-se a recuperação da governança mediante uma capacidade do Governo de implementar decisões políticas que permita uma nova forma de gestão da coisa pública, atribuindo maior grau de eficiência e legitimidade à persecução do interesse público.

No campo *político*, tem origem na necessidade de governabilidade, visando a capacidade política do governo de intermediar interesses públicos e privados, contribuindo na superação do déficit de legitimidade perante a sociedade na resolução de questões sócio-econômicas, além de permitir o controle das atividades de interesse coletivo.⁷

A intervenção reguladora demonstra-se instrumento capaz de atender a especialidade, complexidade e multiplicidade das questões econômicas e sociais e entes autônomos, equalizando os interesses em jogo a partir dos diversos atores envolvidos na atividade regulada.⁸

O marco inicial da regulação adveio com as emendas constitucionais que determinaram a criação de órgãos reguladores para a disciplina de determinados setores,⁹ bem como com a disciplina infraconstitucional de serviços públicos e atividades de interesse geral através de leis deslegalizadoras.¹⁰

Figueiredo Moreira Neto, *Direito Regulatório*, Rio de Janeiro, Renovar, 2003, p. 68. p. 88 e 95. Sobre o tema, ver Giandomenico Majone, *Do Estado Positivo ao Estado Regulador: causas e consequências da mudança no modo e governança*, em Paulo Todescan L. Mattos (coord.), *Regulação econômica e democracia: o debate europeu*, São Paulo, Editora Singular, 2006, pp. 54-56.

⁷ Neste ponto, o modelo regulador tem por objetivo não enfraquecer o Estado, mas fortalecê-lo ao garantir a estabilidade política e o desenvolvimento sustentado da economia, contribuindo com a recuperação de sua legitimidade e garantindo maior capacidade de implementar suas decisões. Alice Gonzalez Borges, *A implantação da administração na Emenda Constitucional 19/98*, em *Revista Trimestral de Direito Público*, núm. 24, p. 27.

⁸ Insere-se no processo de especialização e segmentação do Direito Administrativo, que torna necessário o surgimento de novas estruturas – *entes reguladores autônomos* – capazes de promover, mediante novas categorias de normas – *normas regulatórias* – a regulação de subsistemas de normatização e mediação, dotados de conceitos, princípios e procedimentos adequados à sua especialidade do setor econômico ou social. Floriano Azevedo Marques Neto, *A nova regulação estatal e as agências independentes*, em Carlos Ari Sundfeld, (coord.), *Direito Administrativo Econômico*, 1 ed., São Paulo, Malheiros, 2002, pp. 82-83. Marcos Juruena Villela Souto, *Direito Administrativo Regulatório*, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2002, pp. 20-21.

⁹ A Emenda Constitucional nº 8 de 16 de Agosto de 1995 alterou o artigo 21, inciso XI, da Constituição para a criação do órgão regulador para a disciplina de serviços de telecomunicação, que se materializou com a Lei 9.427 de 16 de julho 1997, que criou a Agência Nacional de Telecomunicações, e a Emenda Constitucional nº 9 de 10 de novembro de 1995, que alterou o artigo 177 §2º da Constituição, determinando a criação de outro órgão para o setor de hidrocarbonetos monopolizados pela União, que se realizou com a edição da Lei 9.478 de 6 de Agosto de 1997, instituidora da Agência Nacional de Petróleo.

¹⁰ Desde então foram criadas por lei as seguintes agências no âmbito federal: Agência Nacional de Energia Elétrica (Lei 9.427, de 26 de dezembro de 1996), Agência Nacional de Telecomunicações (Lei 9.427, de 16 de julho de 1997), Agência Nacional do Petróleo (Lei 9.478, de 6 de agosto de 1997), Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Lei 9.782, de 26 de janeiro de

A adoção de um modelo de organização baseado em agências, dotadas de acentuado grau de autonomia, rompeu com a estrutura *piramidal* – em que há recondução de todas as ações administrativas para o governo – gerando uma configuração *policêntrica* com núcleos de poder externo à *accountability*.¹¹

A instituição de agências dotadas de autonomia político-administrativa e econômico-financeira permitiu a *neutralidade técnica* e o devido *insulamento político* para o predomínio de juízos técnicos sobre valorações políticas, evitando interferências externas inadequadas no arbitramento dos interesses no processo regulatório.¹²

Neste modelo são produzidas decisões que, baseadas em conceitos preponderantemente *técnicos* e voltadas aos *objetivos* das políticas públicas setoriais, tendem a encontrar um ponto ideal entre os interesses dos agentes econômicos e sociais envolvidos, ampliando o grau de *legitimidade* e *eficiência* na atividade estatal.

Esta orientação primária por parâmetros científicos importa em redução do *espectro de opções* válidas, permitindo a melhor escolha segundo critérios objetivamente aferíveis por *agentes especializados envolvidos* no processo¹³ e produzindo maior *racionalização* e *despolitização* no exercício da atividade reguladora.

Sob tal égide, a regulação se torna importante instrumento de avanço econômico e social, uma vez que com a sua neutralidade e despolitização garante a criação

1999), Agência Nacional de Saúde Suplementar (Lei 9.961, de 28 de janeiro de 2000), Agência Nacional de Águas (Lei 9.984, de 17 de julho de 2000), Agência Nacional de Transportes Terrestres (Lei 10.233, de 6 de junho de 2001), Agência Nacional de Transportes Aquaviários (Lei 10.223, de 6 de junho de 2001), Agência Nacional do Cinema (Medida Provisória 2228-1, de 6 de setembro de 2001) e Agência Nacional de Aviação Civil (Lei 11.182, de 27 de setembro de 2005).

¹¹ Enquanto no modelo piramidal os agentes políticos figuram no ápice da Administração Pública exercendo o controle sobre os demais agentes e sendo responsabilizados politicamente perante a atuação administrativa, na configuração policêntrica as agências reguladoras situam-se em esfera jurídica externa à responsabilidade política do governo, sendo a legitimidade de seus atos reconduzida à *expertise* de seus agentes. Consultar, por todos: Gustavo Binenbojm *Uma teoria do Direito Administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*, Rio de Janeiro, Renovar, 2006, pp. 239-250.

¹² Ademais, uma vez que a intervenção sobre a economia ocorre através do exercício de autênticas expressões do poder de polícia estatal, como, por exemplo, fiscalização e aplicação de sanções, tornou-se necessária a forma de pessoa jurídica de direito público, justificando-se a implementação das agências reguladoras sob a forma de autarquias com regime especial. Gustavo, Binenbojm, *Uma teoria do Direito Administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*, Rio de Janeiro, Renovar, 2006, p. 251.

¹³ Insere-se na subtração, pelos agentes reguladores especializados, de decisões cujo fundamento deve obedecer a regras técnico-científicas da competência direta dos centros de decisão político-administrativa que se pautam por juízos de oportunidade e conveniência formulados por políticos e burocratas não especializados. Diogo de Figueiredo Moreira Neto, *Direito Regulatório*, Rio de Janeiro, Renovar, 2003, pp. 168-170.

de um ambiente seguro para o exercício das atividades econômicas privadas, permitindo voltá-lo à realização dos objetivos almejados.

Eis o tema que se abordará a seguir.

2. As agências reguladoras

Embora alcance relevo com o fenômeno de transformações que notabilizam o Direito Público,¹⁴ a atividade regulatória, antes que nova atribuição da Administração Pública, constitui conhecido instrumento de intervenção estatal no domínio econômico e social inerente ao dever de *boa administração* exercido anteriormente mediante a atuação precipuamente fiscalizatória de órgãos subordinados.¹⁵

Isto envolveu a redefinição dos papéis dos atores sociais e estatais na gestão do interesse público, através da dissociação do espaço público da esfera estatal e da coordenação de suas atuações, voltando à sociedade a atividade de promoção dos bens e ao Estado a função de mediador do serviço, da competitividade e dos conflitos.¹⁶

Neste tocante, a Constituição da República de 1988 instituiu uma ordem econômica baseada na livre iniciativa, garantindo a livre concorrência, a proteção da propriedade e a exploração direta, pela iniciativa privada, da atividade produtiva, assumindo o Estado um papel de agente regulador e de executor direto excepcional.¹⁷

¹⁴ Situa-se, por um lado, no movimento de redimensionamento da imperatividade estatal, que, buscando um ajuste de equilíbrio entre a *coerção* e o *consenso*, produz um conceito do público não-estatal em um fenômeno de *desmonopolização do poder*. Por outro, engloba a passagem de uma Administração monista e monorganizada para uma Administração Pública Pluralista e Pluriorganizada em razão da *fragmentação e despublicização do interesse público*. Sobre o tema, ver Diogo de Figueiredo Moreira Neto, *Mutações do Direito Público*, Rio de Janeiro, Renovar, 2006, pp. 385-391.

¹⁵ Podemos citar, dentre os órgãos estatais e comissões de fiscalização que exerciam funções reguladoras, o Conselho Nacional de Telecomunicações e o Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Todavia, enquanto o Estado era o responsável direta ou indiretamente pela execução desta tarefa, a função fiscalizatória não era desempenhada com eficiência, uma vez que inexistia interesse em expor as próprias falhas ou deficiência da administração. Floriano Azevedo Marques Neto, *A nova regulação estatal e as agências independentes*, em Carlos Ari Sunfeld (coord.), *Direito Administrativo Econômico* 1 ed., São Paulo, Malheiros, 2002, pp. 80-82.

¹⁶ Após uma concepção de Administração detentora do interesse público, emerge o entendimento de que essa atribuição deve ser compartilhada com a sociedade, que passa não apenas a executar as atividades necessárias à fruição desses interesses, mas também a desenvolver e estabelecer a sua ordem e prioridade. Odete Medeauar, “O Direito Administrativo em evolução”, São Paulo, *Revista dos Tribunais*, 1992, p. 181.

¹⁷ Em contraponto, volta-se a ordem econômica à tutela dos direitos fundamentais coletivos, encontrando seu fundamento também na valorização do trabalho humano e na garantia da existência digna dos indivíduos, observando os princípios de proteção da defesa do consumidor e do meio ambiente, e orientando o exercício da atividade econômica aos

Na regulação, portanto, o Estado intervirá nas relações dentro de uma opção de política econômica,¹⁸ utilizando instrumentos capazes de conformar o funcionamento das instituições estatais e não estatais aos objetivos colimados pela ordem constitucional, conforme o programa de ação governamental.¹⁹

Propõe o modelo, todavia, não apenas a inserção na atividade econômica privada buscando sua adequação à política macroeconômica estatal com fins à realização dos princípios da ordem econômica, mas a intervenção, também, nos serviços públicos, com a participação da iniciativa privada no oferecimento de bens e utilidades essenciais.

Nesta faceta, a atividade regulatória abrange uma intervenção com fins à realização de certos valores de natureza social, de forma que a disciplina da prestação dos serviços públicos não compreende apenas a regulamentação do mercado, mas a sua adequação aos interesses da própria coletividade.²⁰

Sua finalidade não se identifica, portanto, apenas com aquelas de ordem econômica – proteção da competitividade, fortalecimento do mercado e ampliação do investimento da iniciativa privada –, mas alcança também aqueles objetivos de natureza social na garantia de atendimento dos interesses da coletividade.²¹

Embora o marco regulatório busque propiciar a estabilidade necessária para que os investidores atuem, também deve garantir espaços para que os reguladores

ditames da justiça social com a busca da redução das desigualdades regionais e sociais, como forma de permitir a realização plena do desenvolvimento do homem e da sociedade.

¹⁸ Trata-se, portanto, de característica de um modelo econômico e não de certa família jurídica, que busca superar o dirigismo estatal garantindo a livre iniciativa privada com a intervenção enfática no mercado utilizando instrumentos de autoridade, capaz de conformá-la aos objetivos eleitos. Carlos Ari Sundfeld, *Serviços públicos e regulação estatal*, em *Direito Administrativo Econômico*, Carlos Ari Sundfeld (coord.), São Paulo, Malheiros, 2000, pp. 23-24.

¹⁹ O plano diretor da Reforma do Aparelho do Estado em 1995 alinhou os seguintes princípios básicos: autonomia e independência decisória; ampla publicidade de normas, procedimentos e ações; celeridade processual e simplificação das relações entre consumidores e investidores; participação de todas as partes interessadas no processo de elaboração de normas regulamentares em audiência pública; e limitação da intervenção estatal na prestação de serviços públicos aos níveis indispensáveis à sua execução. Diogo de Figueiredo Moreira Neto, *Direito Regulatório*, Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 169.

²⁰ O modelo regulatório não é norteado apenas pela proposta de atenuar ou eliminar os defeitos do mercado, mas pela disciplina de prestação de serviços públicos, onde a relevância dos interesses coletivos envolvidos tem por finalidade impedir a prevalência da pura e simples busca do lucro privado em detrimento da sociedade. Marçal Justen Filho, *Curso de Direito Administrativo*, São Paulo, Saraiva, 2005, p. 451.

²¹ Torna-se necessário, portanto, não identificar a regulação enquanto fenômeno jurídico com a regulação da atividade econômica pública e privada, posto que orientada também por fins sociais; importa construir um conceito de regulação como o complexo de normas que regulam a atividade econômica e social com a finalidade de proteger o interesse público. Maria Sylvia Zanella Di Pietro, *Limites da função reguladora das agências diante do princípio da realidade*, em *Direito Regulatório: temas polêmicos*, Maria Sylvia Zanella Di Pietro, Belo Horizonte, Fórum, 2003, p. 30.

possam – conforme as demandas sociais – fixar diretrizes que atendam melhor o interesse da coletividade, respeitada as garantias dos agentes privados.²²

Isto porque a inserção de atividade pública em um espaço econômico privado não importa na ausência total de intervenção sobre essas atividades, mas na atuação estatal em rede articulando centros autônomos do poder *externo* – entes e redes locais, nacionais ou transnacionais – e *interno* – agências e delegatárias.²³

Traduz-se a inovação na ordem jurídica pela adoção de um modelo organizativo baseado em *agências*, que, dotadas de acentuado grau de autonomia, rompem com uma estrutura *piramidal* – onde há recondução de todas as ações administrativas para o governo – passando a uma configuração *policêntrica* da Administração Pública – com a concepção de núcleos de poder externo à *accountability*.²⁴

Decorre da exigência de flexibilidade e comunicabilidade da intervenção reguladora, que demanda instrumentos eficazes para atender a *especialidade, complexidade e multiplicidade* das questões econômicas e sociais e entes autônomos, capazes de equalizar os interesses em jogo a partir dos diversos atores envolvidos na atividade regulada.²⁵

A forma de autarquia de regime especial das agências reguladoras, portanto, se coaduna com a demarcação de um espaço de legítima discricionariedade, que permite a necessária *neutralidade técnica* e o devido *insulamento político* capaz de gerar o predomínio de juízos técnicos sobre valorações políticas, evitando

²² A flexibilidade e instrumentalidade do Direito Administrativo Econômico não pode significar a pura e simples liberalidade em favor do concessionário sem os consequentes benefícios para o Estado e para o serviço público delegado. Alexandre Santos de Aragão, *O marco regulatório dos serviços públicos. Interesse Público*, núm. 27, v. 5, 2004, pp. 72, 73 e 89.

²³ Neste cenário, é inegável a intervenção da globalização nos serviços públicos, uma vez que grande parte das sociedades empresárias que assumem as prestações integram redes econômicas transnacionais e há, pelo Estado, adesão a tratados internacionais como homogeneização e abertura de mercados a empresas com atuação global. Alexandre Santos de Aragão, “O marco regulatório dos serviços públicos”, *Interesse Público*, núm. 27, v. 5, 2004, pp. 51 e 52.

²⁴ Enquanto no modelo piramidal os agentes políticos figuram no ápice da Administração Pública exercendo o controle sobre os demais agentes e sendo responsabilizados politicamente perante a atuação administrativa, na configuração policêntrica as agências reguladoras se situam em esfera jurídica externa à responsabilidade política do governo. Consultar, por todos: Gustavo Binenbojm, *Uma teoria do Direito Administrativo: Direitos Fundamentais, democracia e constitucionalização*, Rio de Janeiro, Renovar, 2006, Capítulo VI, em Especial, pp. 239-250.

²⁵ Insere-se no processo de especialização e segmentação do Direito Administrativo, que torna necessário o surgimento de novas estruturas – *entes reguladores autônomos* – capazes de promover mediante novas categorias de normas – *normas regulatórias* – a regulação de subsistemas de normatização e mediação, dotados de conceitos, princípios e procedimentos adequados à sua especialidade do setor econômico ou social. Floriano Azevedo Marques Neto, *A nova regulação estatal e as agências independentes*, em Sundfeld, Carlos Ari (coord.), *Direito Administrativo Econômico*, 1 ed., São Paulo, Malheiros, 2002, pp. 82-83. Marcos Juruena Villela Souto, *Direito Administrativo Regulatório*, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2002, pp. 20-21.

interferências externas inadequadas no arbitramento dos interesses no processo regulatório.²⁶

Isto ocorre através da atribuição de prerrogativas específicas, avaliadas, num plano, sob um prisma da autonomia *político-administrativa*, que envolve a independência política, normativa e técnica decisional,²⁷ e, em outro plano, sob a autonomia *econômico-financeira*, que compreende a independência gerencial, orçamentária e financeira.²⁸

Esta orientação primária por parâmetros científicos importa em redução do *espectro de opções* válidas, com a determinação da melhor escolha segundo critérios objetivamente aferíveis por *agentes especializados envolvidos* no processo,²⁹ produzindo uma maior *racionalização e despolitização* no exercício da atividade reguladora pelo Estado.

Neste sentido, a agência reguladora exerce um papel capital no que tange a proteção de interesses igualmente legítimos e tutelados pela ordem jurídico-constitucional – dos agentes privados e da coletividade –, garantindo que seja concretizado o direito humano-fundamental ao desenvolvimento.

Esse é o tema a ser focado a seguir.

²⁶ Ademais, uma vez que a intervenção sobre a economia ocorre através do exercício de autênticas expressões do poder de polícia estatal, como por e.g. fiscalização e aplicação de sanções, tornou-se necessária a forma sob pessoa jurídica de direito público, justificando-se a implementação das agências reguladoras sob a forma de autarquias com regime especial. Gustavo Binembojm *Uma teoria do Direito Administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*, Rio de Janeiro, Renovar, 2006, p. 251.

²⁷ Em apertada síntese, a independência política compreende a nomeação dos dirigentes com lastro político, porém, garantido mandato fixo e a impossibilidade de exoneração *ad nutum*; a normativa a possibilidade de expedição de normas para regular o setor sensível e a técnica decisional a discricionariedade de suas decisões e impossibilidade de revisão administrativa. Diogo de Figueiredo Moreira Neto, *Direito Regulatório*, Rio de Janeiro: Renovar, 2003, pp. 165-166 e 36-45.

²⁸ A independência gerencial, orçamentária e financeira envolve além da autonomia na gestão interna, das rubricas orçamentárias próprias e a arrecadação de receitas provenientes de outras fontes, como as taxas de fiscalização e regulação ou participações em contratos e convênios, que embora permita a independência de recursos orçamentários submete as agências à crítica de ser custeada pelo sujeito fiscalizado. Marcos Juruena Villela Souto, "Agências Reguladoras", *Revista de Direito Administrativo*, núm. 216, p. 143.

²⁹ Insere-se na subtração pelos agentes reguladores especializados de decisões cujo fundamento deve obedecer a regras técnico-científicas da competência direta dos centros de decisão político-administrativa que se pautam por juízos de oportunidade e conveniência formulados por políticos e burocratas não especializados. Diogo de Figueiredo Moreira Neto, *Mutações do Direito Administrativo*, 2 ed., Rio de Janeiro, Renovar, 2001, pp. 168-170.

3. O direito humano-fundamental ao desenvolvimento e a administração pública

Embora os direitos fundamentais tenham antecedentes históricos na doutrina estoíca greco-romana e cristã da Antiguidade,³⁰ desenvolvimento nas doutrinas jusnaturalistas³¹ e previsão de direitos estamentais na Idade Média,³² a sua consagração ocorre apenas com o constitucionalismo, na Idade Moderna, por ocasião do seu reconhecimento nas principais Cartas e Constituições.³³

No Estado Moderno a evolução dos direitos fundamentais se liga ao processo histórico de reinvidicações sociais e contrastes de regimes políticos, bem como ao processo de desenvolvimento econômico, científico e político, que resulta, em um

³⁰ Os valores da dignidade da pessoa humana, da liberdade e da igualdade dos homens encontra suas raízes na filosofia clássica, em especial na greco-romana, e no pensamento cristão. Embora na antiguidade greco-romana inexistissem direitos do homem válidos para todos, com os sofistas e, em especial, os estoicos romanos, advieram as teses da igualdade de todos os homens em dignidade como lei natural. No cristianismo, a partir dos ensinamentos do homem e sua semelhança à imagem de Deus, adveio a tese da unidade de humanidade, dignidade e liberdade de todas as pessoas. Urbano Carvelli. Sandra School, “Evolução histórica dos Direitos Fundamentais: da Antiguidade até as primeiras importantes declarações nacionais de Direito”. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, a. 48 núm. 191 pp. 169-171 jul/set 2011.

³¹ A unidade universal dos homens e a igualdade cristã de todos foram as premissas para o desenvolvimento no jusnaturalismo medieval, da ideia de postulados suprapositivos que orientavam e limitavam, atuando como critério de legitimidade, o exercício do poder, de tal sorte que o direito natural condicionará à sua conformidade a obediência do direito positivo. Com as teorias contratualistas as doutrinas jusnaturalistas de direitos fundamentais encontram sua evolução, abrindo espaço para o reconhecimento normativos de tais direitos. Antonio Enrique Pérez Luño, *Los Derechos Fundamentales*, Madri, Tecnos, 2004, pp. 29-33.

³² Embora sempre citada a Magna Charta Libertatum, firmada em 1215 pelo Reuo João Sem-terra e pelos bispos e barões ingleses, que consagra direitos e liberdades clássicos, como o *habeas corpus*, o devido processo legal e a garantia da propriedade, as cartas de franquia e os forais outorgados pelos reis e portugueses e espanhóis no século XII e XIII, bem como a Bula de Ouro da Hungria, firmada por Afonso IX em 111, o Privilégio General outorgado por Pedro III em 1283 e os Privilégios da União Aragonesa em 1286 já veiculavam prerrogativas ou privilégios aos estamentos sociais (Nobreza, Igreja, Corporações), que não correspondiam a direitos fundamentais, mas a obrigações concretas daqueles reis que os subscreviam. José Carlos Vieira de Andrade, *Direitos Fundamentais na Constituição de 1976*, Coimbra, Almedina, 2001, p. 25

³³ Com as declarações inglesas de direito - Petition of Rights de 1628, Habeas Corpus Act de 1679, Bill of Rights de 1689 - foram reconhecidos direitos e liberdades aos cidadãos ingleses, como a legalidade, a proibição de prisões arbitrárias e o *habeas corpus*, o que significa a transposição das liberdades estamentais para as liberdades gerais no plano de direito público. Com a Declaração americana de Direitos do Povo da Virgínia de 1776 e a Declaração francesa dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 se marca a transição dos direitos de liberdade legais ingleses para os direitos fundamentais constitucionais. Sarlet, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. <http://periodicos.uesb.br/index.php/cadernosdeciencias/article/viewFile/4889/4683>

primeiro momento, na tensão dialética e harmonização entre *liberdade e igualdade, direitos individuais e direitos sociais*.³⁴

Inicialmente, os direitos fundamentais abrangiam os direitos *individuais* em razão do pensamento liberal-burguês e da doutrina iluminista e jusnaturalista do século XVII e XVIII, que se identificavam com os direitos negativos e marcavam a esfera de autonomia do indivíduo em face do poder estatal no exercício precípua das *liberdades*.³⁵

Porém, com a ascensão dos problemas sociais e econômicos no limiar do século XIX, os direitos fundamentais foram ampliados para incluírem os direitos *econômicos, sociais e culturais*, que, correlacionando-se com os direitos positivos, passaram a impor ao Estado atuações capazes de promover a justiça e bem-estar social, na tutela do princípio da *igualdade*.^{36 37}

Não obstante naquela quadra histórica já houvesse o reconhecimento, pelos Estados, dos direitos fundamentais em sua dúplici dimensão, a concepção da Constituição como documento político que podia não ser cumprido pelos poderes

³⁴ A evolução e as vicissitudes dos direitos fundamentais, seja numa linha de alargamento e aprofundamento, seja numa linha de obnubilação, acompanham o processo histórico, as lutas sociais e os constrates de regimes políticos, bem como o progresso científico, técnico e econômico. Do Estado liberal ao Estado social de Direito, o desenvolvimento dos direitos fundamentais se faz no interior das instituições representativas de maneira bastante variada, buscando harmonizar os direitos de liberdade e direitos econômicos, sociais e culturais. Jorge Miranda, *Direitos Fundamentais*, p. 199. <http://periodicos.uesb.br/index.php/cadernosdeciencias/article/viewFile/4889/4683>

³⁵ Embora sob a influência da doutrina de Hobbes, Locke, Rousseau e Kant, que proclamavam a liberdade do indivíduo, proclamavam nas cartas os direitos não de todos os homens, uma vez que a maior parte dessas Constituições estabelecia o sufrágio censitário, mas do homem burguês, com a tutela da propriedade privada de forma sagrada e inviolável, razão pelo qual os textos eram considerados como patrimônio do indivíduo em sua condição pré-social. Antonio Enrique Pérez Luño, *Los Derechos Fundamentales*, Madri, Tecnos, 2004, p. 38.

³⁶ Quando o Estado, coagido pela pressão das massas ao poder político, confere os direitos do trabalho, da previdência, da educação e outros, coloca a sociedade dependente de sua intervenção no domínio econômico, político e social, em restrição da iniciativa individual aos interesses sociais, demonstra a passagem de um Estado Liberal para um Estado Social. Paulo Bonavides, *Do Estado Liberal ao Estado Social*, 8 ed., São Paulo, Malheiros, 2007, p. 186.

³⁷ Embora tanto na concepção liberal quanto social se deparem liberdade e igualdade, na primeira a igualdade é a titularidade dos direitos que demanda liberdade para todos, ao passo que, na segunda, a igualdade é a concreta igualdade de agir, e a liberdade, a própria igualdade puxada para a ação. Miranda, Jorge, *op. cit.* pp. 199-200.

públicos³⁸ e a aceitação apenas da dimensão subjetiva dos direitos fundamentais, limitavam a sua eficácia junto ao Estado e particulares.^{39, 40}

Observa-se, porém, com o término da segunda guerra mundial na Europa e com o advento do processo de redemocratização do Brasil, uma série de transformações na forma de organização política e jurídica estatal, que marcam o advento do Estado Democrático de Direito e a ascensão dos pilares fundamentais do constitucionalismo contemporâneo.⁴¹

Com o reconhecimento da força normativa da Constituição,⁴² substitui-se a concepção da lei fundamental como carta política pela atribuição do *status* de norma jurídica, que, dotada de observação obrigatória, impõe limites e deveres no exercício do poder pelo Estado, em especial, quanto à tutela dos direitos fundamentais.⁴³

³⁸ Um dos trabalhos expoentes deste entendimento é *Que é uma Constituição?* de Ferdinand Lassalle, que considera que a Constituição só tem eficácia quando coincide com os fatores do poder que regem o país. Caso contrário, é apenas folha de papel que pode sucumbir por aquelas forças vitais que não irão aplicá-la. Ferdinand Lassalle, *Que é uma Constituição*, São Paulo, Edições e Publicações Brasil, 1933, p. 62.

³⁹ Embora a expressão Estado de Direito importe no limite do exercício do poder político e de direitos fundamentais e deva estar ligada à proteção e promoção dos direitos fundamentais da pessoa humana, a expressão já foi reconhecida por entes estatais apenas para a proclamação formal de direitos ou para assegurar a proteção jurídica dos privilégios de minorias mais favorecidas. É necessário compatibilizar o Estado de Direito com direitos fundamentais, como instrumentos de garantia da democracia e proteção do homem e sua dignidade. Dalmo de Abreu Dallari, *Estado de Direito e Direitos Fundamentais*, em Agassiz de Almeida Filho, Danielle da Rocha Cruz (coord.), *Estado de direito e direitos fundamentais: homenagem ao jurista Mário Moacyr Porto*, Rio de Janeiro, Forense, 2005, p. 171.

⁴⁰ Embora acolhidos e protegidos pela Constituição, os direitos fundamentais conquistados pela sociedade sempre estiveram sob contínuo descumprimento pelo Estado, inclusive hoje, na atualidade, estão sob o escopo de doutrinas jurídicas que buscam justificar esse descumprimento, em razão de contingência de recursos e outros fundamentos. Marco Aurélio Romagnoli Tavares, *Ativismo judicial e políticas públicas: direitos fundamentais*, Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris, 2011, pp. 101-103.

⁴¹ Como marco normativo, tem-se a promulgação da Lei Fundamental de Bonn na Alemanha e da Constituição da Itália, bem como a posterior, das cartas fundamentais de Portugal e Espanha. Alcança o fenômeno para além do velho continente, encontrando no Brasil, com o fim da ditadura militar e a edição da Constituição da República, o ambiente propício para a garantia da estabilidade institucional e da aplicabilidade das normas constitucionais. Sobre o tema: Miguel Carbonell, *Nuevos Tiempos para el Constitucionalismo*, em Miguel Carbonell (org.), *Neoconstitucionalismo(s)*. 1 ed. Madri, Editorial Trotta, 2003, p. 9.

⁴² Uma das obras precursoras sobre o tema é *A força normativa da Constituição* de Konrad Hesse, extraída a partir de sua aula inaugural na cátedra da Universidade de Freiburg. Segundo o autor, a norma constitucional não tem existência autônoma em face da realidade, mas tampouco se limita ao reflexo das condições fáticas. Sua essência reside na pretensão de eficácia, ou seja: de sua concretização na realidade imprimindo-lhe ordem e conformação. Konrad Hesse, *A força normativa da Constituição*, Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris ed., 1991 pp. 14-15.

⁴³ Sobre as transformações do direito constitucional contemporâneo, consulte-se por todasas: Luís Roberto Barroso, "Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: O

Com o processo de incorporação de amplo elenco de direitos fundamentais aos textos constitucionais, bem como ao da expansão da jurisdição constitucional, mediante a ampliação do elenco de legitimados para a propositura das ações e a criação de novos instrumentos de controle concentrado, garante-se a proteção dos direitos fundamentais do processo político majoritário.⁴⁴

Na nossa experiência constitucional, antes restrita a Constituições garantistas que tutelavam os direitos fundamentais como repositórios de promessas vagas,⁴⁵ o fenômeno ocorre com a promulgação da Constituição de 1988, voltada à promoção social, e com a crescente preocupação doutrinária com a aplicabilidade direta e imediata de seus preceitos.⁴⁶

Interrompeu-se, portanto, o ciclo inicial de *baixa normatividade* das disposições que veiculavam os direitos fundamentais – em especial, das normas que declaravam os direitos sociais, antes remetidas à esfera programática de meras linhas diretoras aos poderes públicos e tidas como dotadas de eficácia limitada.⁴⁷

Por outro lado, reconheceu-se também, além de uma dimensão *subjetiva* dos direitos fundamentais – de proteção de situações individuais em face do poder público e dos particulares – uma *objetiva* – de consagração de uma ordem objetiva

trunfo tardio do direito constitucional no Brasil”, em Souza Neto, Cláudio Pereira de Souza Neto, Daniel Sarmiento, (orgs.). *A constitucionalização do direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas*, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2007, pp. 203-250. Para uma análise crítica, vide: Sarmiento, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: Riscos e possibilidades. In *Filosofia e teoria constitucional contemporânea*. Rio de Janeiro, 2009, Lumen Juris, 2009. p. 113-146.

⁴⁴ 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.

⁴⁵ Não é incomum a existência formal de Constituições que invocam o que não está presente, afirmam o que não é verdade e prometem o que não será cumprido. Como exemplo tem-se a Constituição de 1969, que garantia os direitos à integridade física e à vida, com as prisões ilegais, a tortura e o desaparecimento de pessoas na ditadura. Luís Roberto Barroso, *O direito constitucional e a efetividade de suas normas. Limites e possibilidades da Constituição brasileira*, 7 ed., Rio de Janeiro, Renovar, 2003, p. 61.

⁴⁶ Embora a Constituição de 1988 seja o resultado de forças políticas antagônicas que participaram da constituinte, materializando uma constante tensão entre a ideologia liberal e a perspectiva social, denota-se um grande avanço na disciplina dos direitos sociais em relação às Constituições anteriores. Para uma visão geral sobre a evolução histórica, ver Marcelo Nóbrega da Câmara Torres, *Direitos sociais*, Brasília, Senado Federal, 1987.

⁴⁷ A aplicabilidade restrita das normas de natureza programática decorreria da fluidez de suas disposições e da inexistência de instrumentos jurídico-processuais capazes de garantir sua concretização.

Compreendendo que as relações econômico-sociais são disciplinadas apenas por normas programáticas, vide: José Afonso da Silva, *Aplicabilidade das normas constitucionais*, 7 ed., São Paulo, Malheiros, 2008, pp. 140-142.

de valores essenciais à sociedade,⁴⁸ que projetam a unidade da Constituição e a congruência dos seus preceitos.⁴⁹

Neste viés, a consagração do desenvolvimento como um direito humano⁵⁰ impõe a intervenção positiva do Estado mediante a garantia a todos de igual oportunidade de acesso aos meios materiais para a subsistência indispensáveis para que o indivíduo exerça em plenitude uma vida humana digna.⁵¹ A inclusão, também, do desenvolvimento como um dos fins estatais⁵² importa não apenas

⁴⁸ Liga-se à dimensão objetiva a compreensão de que os direitos fundamentais consagram os valores mais importantes da comunidade política, potencializando a sua irradiação para todos os campos do Direito e sua eficácia enquanto fins ou valores comunitários sobre uma miríade de relações jurídicas. Daniel Sarmento, *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2004, p. 371.

⁴⁹ Com a introdução dos direitos fundamentais da segunda geração, passou-se a compreender os critérios objetivos de valores, bem como, os princípios básicos que animam a Constituição, projetando a sua unidade e fazendo a congruência fundamental de suas regras. Esses direitos passam a representar uma unidade de ordenação valorativa, de garantia contra arbítrios do Estado. Bonavides, Paulo. *Curso de Direito Constitucional* p. 569.

⁵⁰ Seu reconhecimento teórico é atribuído a Keba Mbaye, que introduziu na obra *The Right to Development*, em 1972, o desenvolvimento como direito, sendo na conferência proferida por Karel Vasak no Instituto Internacional de Direitos Humanos, em 1979, onde classifica os direitos humanos em gerações, a partir da liberdade (direitos do indivíduo civil e políticos), da igualdade (direitos da coletividade trabalhistas, culturais e econômicos) e da solidariedade (direitos da humanidade fraternidade, paz, meio ambiente, respeito ao patrimônio histórico e cultural) que se consagra o direito ao desenvolvimento como um direito de terceira geração. Sobre o tema, ver Karel Vasak, *For the third generation of human rights: the rights of solidarity*, Inaugural Lecture, Tenth Study Session, International Institute of Human Rights, July, 1979. Mohammed Bedjaoui, *The right to Development*, em Mohammed Bedjaoui, (org.) *International Law: Achievements and Prospects*, Paris, Martinus Nijhoff Publisher e Unesco, 1991.

⁵¹ Sua consagração pelos organismos internacionais ocorreu pela primeira vez com a Declaração sobre a Concessão de Independência aos Países e Povos Coloniais, adotada pela Assembleia Geral das Nações Unidas na resolução 1514 de 14 de dezembro de 1960, que reconheceu àqueles países o direito à persecução do seu livre desenvolvimento econômico, social e cultura. Porém, é com a Declaração sobre o Direito ao Desenvolvimento adotada pela Assembleia Geral das Nações Unidas na resolução n.º 41/128, de 4 de dezembro de 1986 que se garante o direito ao desenvolvimento como direito humano inalienável (Art. 1º §1º) e o dever dos Estados de promover as medidas necessárias para a sua realização (Art. 2º §3º) assegurando o acesso aos recursos básicos, educação, serviços de saúde, alimentação, habitação, emprego e distribuição equitativa da renda. (Art. 8º §1º). Disponíveis em: <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Direito-ao-Desenvolvimento/declaracao-sobre-o-direito-ao-desenvolvimento.html> acesso em 12.06.2017 e <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Direito-ao-Desenvolvimento/declaracao-sobre-a-concessao-da-independencia-aos-paises-e-povos-coloniais.html> acesso em 12.06.2017.

⁵² Uma vez que a Constituição de 1988 consagra o desenvolvimento como um dos objetivos fundamentais (Artigo 3º), porém sem delimitar seu conteúdo material, diverge a doutrina em variadas teorias: se abrange o direito de cada indivíduo se beneficiar de uma ordem jurídica que garanta a ampla implementação dos direitos humanos; se compreende o incremento gradual do bem-estar de toda a população; se envolve o desenvolvimento econômico como forma de garantir minimamente os direitos fundamentais; ou se tem por núcleo a garantia de

na persecução do progresso econômico, com a ampliação das riquezas e bens de produção nacionais, mas na busca de um desenvolvimento sustentável, capaz de garantir o bem-estar social e a qualidade de vida dos cidadãos.⁵³

Por efeito, a ordem econômica e social se volta à realização, não apenas dos fins econômicos e dos valores sociais, mas à concretização de direitos e garantias fundamentais, ordenando a atividade estatal e também a atuação privada de maneira que permita a eficácia dos direitos individuais e transindividuais.⁵⁴

No direito administrativo, a ascensão destes paradigmas constitucionais se insere em um movimento de revisão das premissas teóricas estruturantes da disciplina⁵⁵ que importa no redimensionamento da atividade administrativa à realização dos valores, bens e direitos constitucionais.⁵⁶

alguns direitos sociais básicos. Sobre o tema: Eric Baracho Dore Fernandes, *O papel do Poder Judiciário na concretização de um modelo social de desenvolvimento*, Mimeografado, 2012, Em especial, Capítulo 2.

⁵³ O desenvolvimento estatal envolve necessariamente o desenvolvimento do homem através da realização de seus direitos fundamentais, sem que essa intervenção dos poderes públicos para a prestação de natureza social importe na assunção de um modelo socialista, visto que a livre iniciativa e a livre concorrência são essenciais para a realização desse desenvolvimento. André Ramos Tavares, *Direito Constitucional Econômico*, São Paulo, Método, 2003, p. 68.

⁵⁴ Os direitos econômicos e sociais são considerados prolongamento dos direitos e garantias individuais, contemplando a pessoa singularmente considerada, garantindo a realização de seus direitos, que dependem, para eficácia, da prestação de serviço público. A abstenção do Poder Público na continuidade dessas prestações é tão abusiva quanto a própria violação de direitos individuais. Caio Tácito, “Os Direitos Fundamentais na Constituição Brasileira de 1988”, *Revista de Direito Administrativo*, n. 178, Out-dez. 1989, p. 2.

⁵⁵ A discricionariedade administrativa e sua insindicabilidade judicial, as prerrogativas materiais e processuais concedidas à Administração Pública e a Supremacia do Interesse Público sobre o Privado passam a ser vistas sobre a ótica da Constituição em um amplo movimento doutrinário de ampla revisão das categorias e institutos administrativos, formado, dentre outros, por: Diogo de Figueiredo Moreira Neto, *Legitimidade e Discricionariedade*, 3 ed., Rio de Janeiro, Forense, 1998; Eros Roberto Grau, “A Ordem Econômica na Constituição de 1988: Interpretação e Crítica”. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, 1990; Maria Sylvia Zanella Di Pietro, *Parcerias na Administração Pública: Concessão, Permissão, Franquia, Terceirização e Outras Formas*, São Paulo, Atlas, 1999; Moreira Neto, Diogo de Figueiredo Moreira Neto, *Mutações do Direito Administrativo*, 2 ed. atual e ampla, Rio de Janeiro, Renovar, 2001; Alexandre Aragão, *Agências Reguladoras e Evolução do Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, Forense, 2002; Patrícia Baptista, *Transformações do Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, Renovar, 2003; Gustavo Binenbojm, *Uma Teoria do Direito Administrativo: Direitos Fundamentais, Democracia e Constitucionalização*, Rio de Janeiro, Renovar, 2006; Alexandre Aragão, *Direito dos Serviços Públicos*, Rio de Janeiro, Forense, 2008.

⁵⁶ A Administração Pública é tida não mais como um poder originário, mas como uma função subordinada à realização dos direitos fundamentais em uma concepção de um direito público pós-moderno que erige com os pilares do novo modelo constitucional e de uma ação administrativa voltada à legitimidade, finalidade, eficiência e resultado na concretização daqueles valores. Diogo de Figueiredo Moreira Neto, *Quatro paradigmas*

Por efeito, há orientação da persecução estatal à promoção dos direitos e garantias do homem, reordenando a relação entre a Administração Pública e o Administrado⁵⁷ ao eixo nodal da dignidade da pessoa humana e à persecução do desenvolvimento, e encontrando na regulação estatal instrumento importante.⁵⁸

A intervenção estatal nas relações privadas através da regulação ocorre com vistas à transformação das condições sociais, induzindo à adoção – pelos agentes econômicos no exercício das atividades econômicas propriamente ditas ou na prestação dos serviços públicos – de condutas capazes de garantir a promoção humana e social.⁵⁹

Neste sentido, cabe verificar em que medida as agências reguladoras são capazes de conformar a prestação de serviços públicos por particulares aos interesses da coletividade, de forma a contribuírem com a tutela da dignidade da pessoa humana e a promoção do desenvolvimento social.

O assunto será desenvolvido no próximo segmento.

4. As agências e a promoção do desenvolvimento

A intervenção do Estado na atividade econômica não se limita à condução dos agentes econômicos a uma situação de mercado ideal com proteção da concorrência e do lucro, mas deve ter por finalidade conduzir, tanto os esforços públicos quanto os privados, ao desenvolvimento e ao bem-estar social.⁶⁰

do *Direito Administrativo pós-moderno: legitimidade, finalidade, eficiência, resultados*, Belo Horizonte, Fórum, 2008, pp. 14-15 e 28.

⁵⁷ Neste contexto, o indivíduo passa de *súdito* submetido à Administração Pública em uma relação hierarquizada para um *cidadão* detentor de direitos e garantias, tornando-se a Administração Pública em centro de captação e ordenação dos interesses envolvidos nos respeitos e concretização dos direitos fundamentais e colaborando no desenvolvimento de suas potencialidades sociais. Patrícia Baptista, Rio de Janeiro, *Renovar*, 2003, pp. 129-130.

⁵⁸ A centralidade assumida pelos direitos fundamentais na ordem jurídica produz uma inversão epistemológica fundamental, que torna o ser humano protagonista do direito administrativo e o Estado instrumento para a sua realização, extraindo a legitimidade de sua atuação na medida da realização destes direitos. Marçal Justen Filho, *O Direito Administrativo de Espetáculo*, Fórum Administrativo Direito Público, Belo Horizonte, ano 9, núm. 100. jun. 2009, pp. 150-152.

⁵⁹ Ocorre através do estímulo e indução de adoção de determinadas condutas pelos agentes econômicos, o que compreende uma série de medidas de facilitação como a concessão de benefícios fiscais, facilitação em dados expedientes e afins. Egon Bockmann Moreira, *O Direito Administrativo da economia e a atividade interventiva do Estado brasileiro*, em Fábio Medina Osório e Marcos Juruena Villela Souto, (coord.), *Direito Administrativo: estudos em homenagem a Diogo de Figueiredo Moreira Neto*, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2006, p. 861.

⁶⁰ Trata-se de uma intervenção promocional do Estado em países subdesenvolvidos com fins de garantir o bem-estar social e o desenvolvimento. Em um Estado Democrático de Direito o desenvolvimento econômico não pode ser deixado nas mãos do próprio mercado, diante do dever de administração e de desenvolvimento definido pela Constituição. A intervenção

Sob esta égide, as agências reguladoras, por serem dotadas de acentuado grau de autonomia – necessária –, se tornam importante instrumento para atender os interesses em jogo e os atores envolvidos, permitindo que a prestação de serviços públicos pela iniciativa privada seja capaz de contribuir o desenvolvimento.

A autonomia política-administrativa garante às agências a independência política, normativa e técnica necessária para que a atividade regulatória seja baseada em uma racionalidade, imparcialidade e eficiência adequadas à tutela dos direitos do agente econômico e dos interesses da sociedade.⁶¹

Isto permite às agências uma atuação normativa, gerencial e sancionatória capaz de ordenar a prestação dos serviços públicos de oferecimento de bens e prestações essenciais aos cidadãos por meio da iniciativa privada, de forma a garantir a realização da dignidade da pessoa humana e o desenvolvimento. Esta atuação é de capital importância no que tange aos serviços públicos.

Nos serviços públicos cabe à atividade regulatória compatibilizar o consenso e a negociação no fornecimento das prestações pelo particular, garantindo a liberdade do exercício da atividade econômica privada na execução dos bens e utilidades públicas, mas tutelando a efetiva concretização dos bens e utilidade essenciais.⁶²

Contudo, o desenvolvimento social depende não apenas do oferecimento de bens e serviços pela iniciativa privada aos respectivos usuários, mas da expansão e perpetuação dos serviços públicos a indivíduos tidos como não econômicos, que necessitam dessas prestações e às quais a priori não têm acesso ou continuidade.

Assim, o desenvolvimento social abrange a orientação pelo critério de *universalização* e de *continuidade* do serviço público, como forma de garantir a esses indivíduos a prestação de utilidades necessárias à fruição daqueles direitos,

não gravita mais de forma a garantir um mercado concorrencial perfeito, como ocorrido em momento anterior, mas em respeito à justiça social e ao princípio da dignidade da pessoa humana. Egon Bockmann Moreira, “O Direito Administrativo da economia e a atividade interventiva do Estado brasileiro”, em Osório, Fábio Medina e Marcos Juruena Villela Souto, (coord.), *Direito Administrativo: Estudos em homenagem a Diogo de Figueiredo Moreira Neto*, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2006, pp. 856-857 e 868.

⁶¹ Neste tocante, o domínio de conhecimentos técnicos das agências sobre a atividade regulada e os pressupostos econômicos e jurídicos subjacentes a sua aplicação, permitem a eleição, dentre as soluções possíveis, daquela mais neutra e técnica, capaz de evitar uma indevida influência política na gestão do interesse público e melhor atendimento das demandas sociais. Sobre o tema, ver Emerson Affonso da Costa Moura, “Agências, expertise e profissionalismo. O paradigma da técnica na Administração Pública”, *Revista de Direito Administrativo*, núm 254, maio/agosto 2010, pp. 67-94.

⁶² É necessário pensar na gestão dos serviços públicos a partir da atual realidade de carência social, compreendendo que os problemas sociais vividos guardam íntima relação com a prestação histórica dessas atividades de forma inadequada, e apenas com o justo equilíbrio entre os interesses privados e o público será possível se modificar o cenário. Vivian Lima López Valle, *Serviço público, desenvolvimento econômico e a nova contratualização da administração pública: o desafio na satisfação dos direitos fundamentais*. Fórum Administrativo. n. 132, v. 12, 2012. p. 72.

contribuindo para a preservação da dignidade da pessoa humana e auxiliando no seu efetivo desenvolvimento.⁶³

Ele ocorre por meio da definição de um marco regulatório capaz de estabelecer critérios para os indivíduos – inclusive aqueles que não têm capacidade econômica – acessarem o serviço público, bem como mecanismos hábeis a garantir a prestação adequada, em atendimento aos direitos do usuário e aos fins esperados pela sociedade.

Envolve, ainda, uma regulação capaz de garantir o dever de contínua e ininterrupta oferta dos serviços públicos para os usuários, uma vez que abrangem bens e prestações essenciais e indispensáveis à existência digna do indivíduo, bem como de interesse geral da sociedade, na persecução do seu desenvolvimento.⁶⁴

Ademais compreende o critério de *modicidade* do serviço público, permitindo um ajuste entre a legítima expectativa de lucro do agente econômico e o interesse de economicidade do serviço pela sociedade, oferecendo os serviços essenciais mediante tarifas módicas capazes de garantir a inclusão e manutenção de usuários.⁶⁵

Isto importa na criação de uma política tarifária capaz de propiciar o acesso e permanência a usuários não econômicos, contribuindo com o desenvolvimento social almejado, bem como, se necessário, definindo subsídios capazes de viabilizar o interesse e competição na prestação desses serviços públicos.⁶⁶

Mediante a definição de um valor de medida justa de tarifa se garante a adequação mínima do serviço público ao usuário e a realização da solidariedade para com o

⁶³ Abrange oferecimento do serviço e a promoção proativa de inclusão de novos usuários a serviços de saneamento básico, energia, telefonia e gás que nas sociedades contemporâneas são utilidades cuja ausência afeta a dignidade da pessoa humana e dificulta a redução do subdesenvolvimento. Dinorá Adelaide Musetti Grotti, “Redefinição do papel do Estado na prestação de serviços públicos: realização e regulação diante do Princípio da Eficiência e Universalidade”, em *Revista Interesse Público*, Ano 8, Núm. 40, novembro/dezembro de 2006, Porto Alegre, Notadez, p. 68.

⁶⁴ Isto não importa, todavia, negar a possibilidade de sua eventual restrição no seu fornecimento, como prevê a Lei 8.987 de 13 de Fevereiro de 1995, que permite a descontinuidade na prestação do serviço público em situação de emergência ou após aviso prévio quando motivada por razões de ordem técnica ou de segurança das instalações e por inadimplemento de usuário, considerado o interesse da coletividade. (Art. 6º §3º).

⁶⁵ Ressalta-se a importância de as agências intervirem na prestação do serviço público pela iniciativa privada, com qualidade, economicidade, eficiência e regularidade, de forma a afastar a possibilidade de desprezo à finalidade pública, que caracterizou o modelo de concessão e resultou no seu fracasso em um primeiro momento. Jose Carlos Ferreira de Oliveira, “O Estado regulador nas concessões de serviços públicos”, *Revista de Informação Legislativa*. No. 129, v. 33, 1996, pp. 100 e 107.

⁶⁶ Neste tocante, o modelo de concessão patrocinada de serviços públicos, instituído pela Lei 11.079 de 30 de dezembro de 2004, se erige como instrumento para a viabilização de uma política de tarifa capaz de propiciar o desenvolvimento, garantindo a compensação na exploração pela iniciativa privada daquela atividade. Sobre o tema, ver Vítor Rhein Schirato, *A regulação dos serviços públicos como instrumento para o desenvolvimento*, em *Interesse público*, Belo Horizonte, v. 7, n. 30, mar 2005, pp. 94-95.

consumidor, uma vez que a relação entre o prestador dos bens e utilidades e o cidadão se sujeita à aplicação do direito do consumidor e submete o lucro ao seu papel social.⁶⁷

A questão será tratada a seguir.

5. O papel das agências e o estudo de um caso

A título de exemplo, no âmbito do serviço público de fornecimento de energia elétrica foi criado um marco regulatório capaz de garantir a expansão da oferta de energia elétrica mediante a definição de planos de universalização que atingem usuários não econômicos, mas que prevê a compensação para a iniciativa privada.

Com fins de ampliação do acesso, estabeleceram-se metas de universalização do uso de energia elétrica com a fixação de áreas de atendimento com crescimento progressivo, bem como a permissão de licitações em áreas já concedidas cujos contratos não contenham cláusula de exclusividade.⁶⁸

Abrangeu, também, a obrigatoriedade de fornecimento de energia elétrica a usuários tidos como não econômicos e a criação de planos de universalização pelos concessionários de acordo com índice anual gradativo, com a imposição, no caso de não atendimento das obrigações, de penalidades como a redução dos níveis tarifários.⁶⁹

Por outro lado, com o objetivo de resguardar a manutenção ao acesso se excluiu as unidades consumidoras de baixa renda dos custos relativos à aquisição de energia

⁶⁷ Amplia-se, portanto, a importância das agências reguladoras, que passam a garantir ao usuário-consumidor um complexo de direitos permitindo o equilíbrio na relação jurídica entre ambos, não permitindo o fornecedor do serviço se apropriar do lucro excessivo que detém em razão de sua posição no mercado, mas submetendo-o ao princípio de solidariedade com socialização dos lucros em favor da sociedade. Ronaldo Porto Macedo Júnior, *A proteção dos usuários de serviços públicos*, em Carlos Ari Sunfeld, (Coord), *Direito Administrativo Econômico*, 1 ed., São Paulo, Malheiros, 2002, pp. 252-253.

⁶⁸ A Lei 10.438 de 26 de Abril de 2002 dispôs sobre a universalização do serviço público de energia elétrica, através da fixação para concessionárias e permissionárias de serviço público de metas de universalidade com ampliação de áreas crescentes (Art. 14), bem como a promoção de novas licitações em áreas já concedidas sem contrato de exclusividade (Art. 15), porém garantindo a recomposição tarifária extraordinária sem prejuízo do reajuste anual (Art. 4º).

⁶⁹ A resolução normativa 223 de 2003 da ANEEL impõe ao concessionário de serviço público o atendimento da ligação para unidade consumidora de baixa renda utilizando por critério técnico a carga instalada (menor ou igual a 50 kW) sem qualquer ônus para o solicitante (Art. 3º e 4º) evitando a imposição de exigências econômicas que vedem o acesso a usuários não econômicos. Delimita o plano de universalização fixando um índice anual gradativo de atendimento da concessionária a partir dos dados do Censo promovido pelo IBGE em 2000 (Art. 10) e a criação de indicadores de universalização do atendimento (Art. 12) e impondo penalidade pelo não atendimento com a redução dos níveis tarifários (Art. 14). Disponível em: <http://www.aneel.gov.br/cedoc/bres2003223.pdf>. Acesso em 20.06.2017.

elétrica, garantindo, através da recomposição tarifária extraordinária e da Conta de Desenvolvimento Energético, o reequilíbrio contratual para os concessionários.⁷⁰

Foi criada, ainda, uma tarifa social para as unidades consumidoras classificadas como de baixa renda, com faixas de desconto que permitissem, através da modicidade das tarifas, o acesso ao serviço público de fornecimento de energia elétrica, bem como a ampliação e continuidade do mesmo.⁷¹

Por efeito, observou-se nos últimos anos uma ampliação do universo de usuários de energia elétrica no país,⁷² inclusive entre aqueles tidos como não econômicos,⁷³ em um crescimento do índice global de atendimento de domicílios pelos entes privados prestadores de serviços públicos.⁷⁴

⁷⁰ A Lei 10.438 de 26 de Abril de 2002, que dispõe sobre a universalização do serviço público de energia elétrica, definiu para o consumidor da subclasse residencial de baixa renda sua exclusão do rateio dos custos referentes à aquisição de energia elétrica (Art. 1º §1º e 2º) e da recomposição tarifária extraordinária (Art. 4º §2º), assim como dispôs da criação da Conta de Desenvolvimento Energético, que permite promover a universalização do serviço de energia elétrica em todo o território nacional e garantir recursos para atendimento à subvenção econômica destinada à modicidade da tarifa para os usuários de baixa renda (Art. 13). Coube ao Decreto 7.583 de 13 de Outubro de 2011 dispor sobre o custeio da Tarifa Social (Art. 2 a 4).

⁷¹ A resolução normativa 407 de 2010 da ANEEL estabelece as condições para enquadramento na subclasse residencial de baixa renda, criando quatro faixas de descontos que abrangem consumo mensal de energia elétrica entre 30kWh a 220kWh (Art. 2º inciso I a IV) mediante a observação de critérios (Art. 3º, 4º e 5º), inclusive, impondo às distribuidoras que instalem medidores de energia elétrica para famílias que residam em habitações para várias famílias regulares ou irregulares de baixa renda (Art. 6º). A resolução normativa 485 de 2002 da ANEEL complementa com critérios objetivos, como circuito monofásico (Art. 1º), além de trazer outras disposições sobre a matéria. Disponível em: <http://www.aneel.gov.br/cedoc/ren2010407.pdf> e <http://www.aneel.gov.br/cedoc/res2002485.pdf>. Acesso em 21.06.2017.

⁷² Segundo Censo Demográfico de 2010 promovido pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), o serviço de energia elétrica foi o que alcançou maior cobertura, atingindo 97,8% dos domicílios, ou seja: atendendo 56.595.007 de 57.324.185 domicílios particulares permanentes. Em relação ao Censo Demográfico de 2000, ou seja antes das medidas, importa em crescimento de 30%. Disponível em: <http://www.censo2010.ibge.gov.br/sinopse/index.php?dados=P13&uf=00>. Acesso em 21.06.2017.

⁷³ Segundo, ainda, Censo Demográfico de 2010 promovido pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), se considerados os domicílios particulares permanentes por tipo de material das paredes externas, observamos que em um universo de 45.873.341 domicílios com alvenaria com revestimento, 6.106.000 domicílios com alvenaria sem revestimento, 3.682.527 de madeira emparelhada, 421.991 de talpa revestida e 1.236.696 não durável, houve ampliação em todos os segmentos: 45.687.018 de domicílios com alvenaria com revestimento, 5.963.214 de domicílios com alvenaria sem revestimento 3.525.702 de madeira emparelhada, 383.818 de talpa revestida e 1044.206 não durável. Disponível em: ftp://ftp.ibge.gov.br/Censos/Censo_Demografico_2010/Familias_e_Domicilios/tab1_2.pdf. Acesso em 21.06.2017.

⁷⁴ Conforme avaliação da Agência Nacional de Energia Elétrica, das 64 concessionárias de serviço público de fornecimento de energia elétrica, a média geral foi de 94,52% de domicílios com iluminação, variando o índice global de atendimento entre 65,75% no caso da CEAM e 99,9% conforme Poço de Caldas. Disponível em: http://universalizacao.aneel.gov.br/UNI_Busca_concessionaria_universal_Total_Geral.asp. Acesso em 21.06.2017.

Embora haja limitações no avanço promovido,⁷⁵ o acréscimo na universalização do fornecimento de energia elétrica auxilia na garantia de um núcleo mínimo necessário à preservação da dignidade da pessoa humana⁷⁶ e contribui de forma decisiva para o desenvolvimento social.⁷⁷

Recentemente foi adotado conjunto de medidas que promove a redução de tarifas⁷⁸ e condiciona a prorrogação das concessões e a ampliação das usinas elétricas à remuneração tarifária e aos critérios de qualidade fixados pela Agência,⁷⁹ garantindo a modicidade e adequação do serviço com vistas ao desenvolvimento.

Estes exemplos apenas denotam o papel relevante que as agências reguladoras assumem no âmbito do fornecimento de serviço público pela iniciativa privada conduzindo os interesses do agente econômico à realização dos valores constitucionais e contribuindo para o desenvolvimento humano e social.

⁷⁵ Segundo, ainda, Censo Demográfico de 2010 promovido pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), verifica-se que embora 99,7% dos domicílios possuam energia elétrica, apenas 27,5% possui domicílio com energia elétrica de companhia distribuidora, mas sem medidor ou relógio (14,8%), domicílios com energia elétrica de companhia distribuidora e medidor de uso comum (8,9%), e domicílios abastecidos com energia por outras fontes (3,5%), o que denota problema na regularização, segurança e qualidade do fornecimento de energia elétrica. Disponível em: http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/censo2010/aglomerados_subnormais/agsn2010.pdf. Acesso em 21.06.2017.

⁷⁶ O núcleo essencial dos direitos fundamentais corresponde às condições mínimas indispensáveis para uma existência humana digna e dependem da fruição de certos bens e serviços essenciais. Sobre o mínimo existencial, ver Ricardo Lobo Torres, *O direito ao mínimo existencial*, Rio de Janeiro, Renovar, 2009, pp. 54-62.

⁷⁷ Segundo, ainda, o Censo Demográfico de 2010 promovido pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), o fornecimento de energia elétrica por companhias de distribuição no Norte (89,3%) e no Nordeste (96,9%) alcançou os maiores avanços quando comparados com 1991 (67,0% e 71,7%, respectivamente). Disponível em: http://www.ibge.gov.br/home/presidencia/noticias/noticia_visualiza.php?id_noticia=2240&t=censo-2010-unioes-consensuais-ja-representam-mais-13-casamentos-sao-mais-frequentes. Acesso em 21.06.2017.

⁷⁸ O Governo Federal promoverá a redução da tarifa média de distribuição aos usuários de energia elétrica mediante aporte na Conta de Desenvolvimento Energético (Art. 20, 22 e 23) em função da redução na cobrança dos encargos Conta de Consumo de Combustíveis, CDE e Reserva Global de Reversão (Art. 21 e 24), além da redução da tarifa média de geração e da Receita Anual permitida da transmissão, visto que essas concessões não terão mais ativos a depreciar ou amortizar (Art. 8 §2º, Art. 15 caput, §1º e §3º). A expectativa é que as medidas contribuam para o desenvolvimento econômico desonerando a atividade produtiva e auxiliem no desenvolvimento social permitindo o acesso de usuários não econômicos.

⁷⁹ A Medida Provisória nº 579 de 11 de setembro de 2012 dispõe sobre as concessões de geração, transmissão e distribuição de energia, condicionando a prorrogação à remuneração por tarifa calculada pela ANEEL para cada usina elétrica e a submissão aos padrões de qualidade fixados pela mesma (Art. 1º §1º a 3º e Art. 6º §1º a 2º). Permite, ainda, a ampliação das usinas hidrelétricas cujas concessões forem prorrogadas, se observado o princípio da modicidade tarifária, garantindo que os investimentos realizados para a ampliação serão considerados na fixação da tarifa (Art. 4º caput e §2º).

6. Conclusão

A atuação das agências reguladoras permite garantir um justo equilíbrio entre o fomento à competição e o lucro para a iniciativa privada, com a necessária universalidade e manutenção dos usuários e continuidade dos serviços públicos prestados a sociedade, contribuindo para o desenvolvimento econômico e social.

A predominância de critérios técnico-científicos e de conhecimentos específicos na sua atuação normativa, gerencial e fiscalizadora produz uma maior *racionalização* no exercício da atividade estatal, reduzindo a possibilidade de arbítrios, permitindo o respeito aos direitos dos particulares e a sua conformação aos fins sociais.

Não se ignora as dificuldades para compatibilizar os interesses legítimos da iniciativa privada na exploração da atividade, exteriorizados no lucro e no crescimento, com as expectativas sociais quanto à prestação do serviço público, denotado no fornecimento dos bens e prestações essenciais à dignidade da pessoa humana e ao desenvolvimento.

Todavia, na tensão entre a persecução do desenvolvimento econômico e a mitigação das desigualdades sociais, a regulação por parte das agências da prestação do serviço público realizada iniciativa privada é capaz de encontrar uma justa medida permitindo a realização do influxo ideológico liberal e social que marca o nosso constitucionalismo.

Referências

- ANDRADE, José Carlos Vieira de, *Direitos Fundamentais na Constituição de 1976*, Coimbra, Almedina, 2001.
- ARAGÃO, Alexandre Santos de, “O marco regulatório dos serviços públicos”, *Interesse Público*, núm. 27, v. 5, 2004.
- _____, *Agências Reguladoras e Evolução do Direito Administrativo Econômico*, Rio de Janeiro, Forense, 2006.
- _____, *Direito dos Serviços Públicos*, Rio de Janeiro, Forense, 2008.
- AMARAL, Azevedo, *O Estado Autoritário e a realidade nacional*, Rio de Janeiro, José Olympio Editora, 1938.
- ANDRADE, José Carlos Vieira de, *Direitos Fundamentais na Constituição de 1976*, Coimbra, Almedina, 2001
- BAPTISTA, Patrícia, *Transformações do Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, Renovar, 2003.
- BARROSO, Luís Roberto, *O direito constitucional e a efetividade de suas normas*, 7 ed., Rio de Janeiro, Renovar, 2003.
- _____, Neoconstitucionalismo e a constitucionalização do Direito. O triunfo tardio no Direito Constitucional no Brasil, em SARMENTO, Daniel e Cláudio Pereira de

- SOUZA NETO (Orgs). *A constitucionalização do Direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas*, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2007.
- BEDJAOU, Mohammed, The right to development, em BEDJAOU, Mohammed (org.) *Internacional Law: achievements and prospects*. Paris, Martinus Nijhoff Publisher e Unesco, 1991.
- BINENBOJM, Gustavo, *Uma teoria do Direito Administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*, Rio de Janeiro, Renovar, 2006.
- BONAVIDES, Paulo, *Curso de Direito Constitucional*, 32 ed., 2017, <https://www.saraiva.com.br/curso-de-direito-constitucional-32-ed-2017-9430714.html>
- BORGES, Alice Gonzalez, “A implantação da administração na Emenda Constitucional 19/98” em *Revista Trimestral de Direito Público*, núm. 24.
- BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos, Do Estado patrimonial ao gerencial, em PINHEIRO, Wilhelm e Sachs (orgs.), *Brasil: Um século de transformações*, São Paulo, Cia. das Letras, 2001.
- CAIELLA, Pascual “Regulación de los servicios públicos y concurrencia”, em *Revista de Direito Administrativo e Constitucional A&C*, vol. 12, 2003.
- CARBONELL, Miguel, Nuevos tiempos para el constitucionalismo, em Miguel CARBONELL (Org.), *Neoconstitucionalismo(s)*, 1 ed., Madri, Editorial Trotta, 2003.
- CARVELLI, Urbano, Sandra SCHOOL, “Evolução Histórica dos Direitos Fundamentais: Da Antiguidade até as Primeiras Importantes Declarações Nacionais de Direito”. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, a. 48 núm. 191
- CASTANHEIRA, Maurício (Org.), *Gestão do conhecimento: logística, cadeia de suprimentos e arranjos produtivos*, Volume 1 e 2, Rio de Janeiro, Publit Soluções Editoriais, 2007.
- COELHO, Rosa Júlia Plá, *Mecanismos de Proteção dos Direitos Fundamentais*, 1 ed., Brasília, Ordem dos Advogados do Brasil, 2005.
- DALLARI, Dalmo de Abreu, *Estado de Direito e Direitos Fundamentais*, em Agassiz de ALMEIDA FILHO, Danielle da Rocha CRUZ (coord.), *Estado de direito e direitos fundamentais: homenagem ao jurista Mário Moacyr Porto*, Rio de Janeiro, Forense, 2005.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella, *Parcerias na Administração Pública: Concessão, Permissão, Franquia, Terceirização e Outras Formas*, São Paulo, Atlas, 1999.
- _____, Limites da função reguladora das agências diante do Princípio da Realidade, em *Direito Regulatório: temas polêmicos*, DI PIETRO Maria Sylvia Zanella, Belo Horizonte, Fórum, 2003.
- FAORO, Raymundo, *Os donos do poder*, 15 ed., São Paulo, Editora Globo, 2000.
- FERNANDES, Eric Baracho Dore, *O papel do Poder Judiciário na concretização de um modelo social de desenvolvimento*, Mimeografado, 2012.
- FERRAJOLI, Luigi, *Derechos y garantías: la ley del más débil*, 1 ed., Madri, Trotta, 1999.
- FREYRE, Gilberto, *Casa-grande e senzala*, 39 ed., Rio de Janeiro, Record, 2000.

- GRAU, Eros Roberto, *A ordem econômica na Constituição de 1988*, São Paulo, Malheiros, 2003.
- GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti, Teoria dos serviços públicos e sua transformação, em SUNDFELD, Carlos Ari (coord.), *Direito administrativo econômico*, Malheiros, São Paulo, 2000.
- _____, *O serviço público e a Constituição brasileira de 1988*, São Paulo, Malheiros, 2003.
- _____, “Redefinição do papel do Estado na prestação de serviços públicos: realização e regulação diante do Princípio da Eficiência e Universalidade”, em *Revista Interesse Público*, Ano 8, Núm. 40, novembro/dezembro de 2006.
- HESSE, Konrad, *A força normativa da Constituição*, Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.
- HOLANDA, Sérgio Buarque de, *Raízes do Brasil*, prefácio de Antônio Cândido, 17 ed., Rio de Janeiro, Olympio, 1984.
- JUSTEN, Mônica Spezia, *A noção de serviço público no Direito europeu*, São Paulo, Dialética, 2003.
- JUSTEN FILHO, Marçal, *Curso de Direito Administrativo*, São Paulo, Saraiva, 2005.
- _____, “O Direito Administrativo de Espetáculo”, *Fórum Administrativo Direito Público*, Belo Horizonte, ano 9, núm. 100, jun., 2009.
- LASSALLE, Ferdinand, *Que é uma Constituição*, São Paulo, Edições e Publicações Brasil, 1993.
- LIMA JÚNIOR, Olavo Brasil, “As reformas administrativas no Brasil: modelos, sucessos e fracassos”, *Revista de Serviço Público*, Ano 49, núm. 2, abr-jun, 2008.
- MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto, A proteção dos usuários de serviços públicos, em SUNDFELD, Carlos Ari (coord.), *Direito Administrativo Econômico*. 1 ed., São Paulo, Malheiros, 2002.
- MAJONE, Giandomenico, Do Estado Positivo ao Estado Regulador: causas e consequências da mudança no modo e governança, em MATTOS, Paulo Todescan L. (coord.), *Regulação econômica e democracia: o debate europeu*, São Paulo, Editora Singular, 2006.
- MARCELINO, Gileno Fernandes, “Administração pública brasileira, evolução, situação atual e perspectivas futuras”, *Revista do Serviço Público*, Brasília, v. 117, núm. 2, set./dez, 1998.
- MARQUES NETO, Floriano Azevedo, A nova regulação estatal e as agências independentes, em SUNDFELD, Carlos Ari (coord.), *Direito Administrativo Econômico*, 1 ed., São Paulo, Malheiros, 2002.
- MEDEAUAR, Odete, “O Direito Administrativo em evolução”, São Paulo, *Revista dos Tribunais*, 1992.
- MIRANDA, Jorge, *Direitos Fundamentais*, Almedina, 2017. http://www.almedina.net/catalog/product_info.php?products_id=36306
- MOREIRA, Egon Bockmann, O Direito Administrativo da economia e a atividade interventiva do Estado brasileiro, em OSÓRIO, Fábio Medina e Marcos Juruena

- VILLELA SOUTO, (coord.), *Direito Administrativo: Estudos em homenagem a Diogo de Figueiredo Moreira Neto*, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2006.
- MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo, “Globalização, regionalização, reforma do Estado e da Constituição”, em *Revista de Direito Administrativo*, núm. 215, jan/mar, 1998.
- _____, *Apontamentos sobre a reforma administrativa*, Rio de Janeiro, Renovar, 1999.
- _____, *Mutações do Direito Administrativo*, 2 ed., Rio de Janeiro, Renovar, 2001.
- _____, *Direito Regulatório*, Rio de Janeiro, Renovar, 2003.
- _____, *Quatro paradigmas do Direito Administrativo pós-moderno: legitimidade, finalidade, eficiência, resultados*, Belo Horizonte, Fórum, 2008.
- MORENILLA, José Maria Souvirón, *La actividad de la Administración y el servicio público*, Granada, Comares, 1998.
- MOURA, Emerson Affonso da Costa, “Agências, expertise e profissionalismo. O paradigma da técnica na Administração Pública”, *Revista de Direito Administrativo*, núm. 254, maio/agosto, 2010.
- NUNES, Edson, *A gramática política do Brasil – clientelismo e insulamento burocrático*, Rio de Janeiro, Jorge Zahar Editor, 1997.
- OLIVEIRA, Jose Carlos Ferreira de, “O Estado regulador nas concessões de serviços públicos”, *Revista de Informação Legislativa*, núm 129, v. 33, 1996.
- RIBEIRO, Sheila Maria Reis, Reforma do aparelho de Estado no Brasil: uma comparação entre as propostas dos anos 60 e 90, em *VII Congreso Internacional del CLAD sobre la Reforma del Estado y de la Administración Pública*, Lisboa, 2002.
- SARLET, Ingo Wolfgang, *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*, 9 ed. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2012. <http://periodicos.uesb.br/index.php/cadernosdeciencias/article/viewFile/4889/4683>
- SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2004.
- _____, “O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades”, in *Filosofia e teoria constitucional contemporânea*. Rio de Janeiro, 2009, Lumen Juris, 2009. p. 113-146. <http://www.dsarmento.adv.br/content/3-publicacoes/15-o-neoconstitucionalismo-no-brasil-riscos-e-possibilidades/o-neoconstitucionalismo-no-brasil-riscos-e-possibilidades-daniel-sarmento.pdf>
- SCHIRATO, Vítor Rhein, “A regulação dos serviços públicos como instrumento para o desenvolvimento” em *Interesse público*, Belo Horizonte, v. 7, núm. 30, mar 2005.
- SILVA, José Afonso da, *Aplicabilidade das normas constitucionais*, 7 ed., São Paulo, Malheiros, 2008.
- SOUTO, Marcos Juruena Villela, *Direito Administrativo Regulatório*, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2002.
- SOUTO, Marcos Juruena Villela, “Agências Reguladoras”. *Revista de Direito Administrativo* núm. 216.

- SUNDFELD, Carlos Ari, Serviços públicos e regulação estatal, em *Direito Administrativo econômico*, SUNDFELD, Carlos Ari (coord.), São Paulo, Malheiros, 2000.
- TÁCITO, Caio, “Os Direitos Fundamentais na Constituição Brasileira de 1988”, *Revista de Direito Administrativo*, núm. 178, out-dez 1989.
- _____, “Direito Administrativo Participativo”, *Carta Mensal*, CNC V. 43, ago 1997.
- _____, “A reforma do Estado e a modernidade administrativa”, em *Revista de Direito Administrativo*, 215, jan/mar, 1999.
- TAVARES, André Ramos, *Direito Constitucional Econômico*, São Paulo, Método, 2003, p. 68.
- TAVARES, Marco Aurélio Romagnoli, *Ativismo judicial e políticas públicas: direitos fundamentais*, Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris, 2011
- TORRES, Marcelo Nóbrega da Câmara, *Direitos sociais*, Brasília, Senado Federal, 1987.
- TORRES, Ricardo Lobo, *O direito ao mínimo existencial*, Rio de Janeiro, Renovar, 2009.
- BARCELLOS, Ana Paula de, O mínimo existencial e algumas fundamentações: John Rawls, Michael Walzer e Robert Alexy, em TORRES, Ricardo Lobo (org.), *Legitimação dos Direitos Humanos*, Rio de Janeiro, Renovar, 2002.
- VALLE, Vivian Lima López, “Serviço público, desenvolvimento econômico e a nova contratualização da administração pública: o desafio na satisfação dos direitos fundamentais”, *Fórum Administrativo*, núm. 132, v. 12, 2012.
- VASAK, Karel, “For the third generation of human rights: the rights of solidarity”. *Inaugural Lecture, Tenth Study Session, International Institute of Human Rights*, jul 1979.
- WAHRLICH, Beatriz, *A reforma administrativa da era de Vargas*, Rio de Janeiro, Editora FGV, 1983.

VOLVER A LA TABLA DE CONTENIDO

Bruno Adriano Delgado Taboada* (Perú)

El rol de los principios de subsidiariedad y solidaridad en la Constitución económica: el caso de la Constitución económica peruana de 1993

RESUMEN

Este artículo de investigación explica el rol de los principios de subsidiariedad y de solidaridad en la configuración del orden económico y social de un Estado constitucional. La tesis central es que la regulación e interpretación de los principios de subsidiariedad y solidaridad van a modular el ámbito de intervención del Estado en la economía. Así pues, cuando se alcanza un equilibrio entre ambos, la libertad individual se armoniza con la igualdad y la solidaridad social. Como parte del desarrollo central de esta tesis, aquí se estudia, en particular, el caso peruano. Para ello, primero se sostiene que la Constitución configura un sistema de valores propio. En segundo lugar, se argumenta que la Constitución económica contribuye a la construcción de un orden social económico y que de este modo se constituye un modelo económico en torno a ciertos valores. Finalmente, se analiza el rol de los principios de subsidiariedad y solidaridad en la configuración del orden económico.

Palabras clave: Constitución económica, subsidiariedad, solidaridad.

ZUSAMMENFASSUNG

Der vorliegende Forschungsbeitrag erläutert die Bedeutung des Subsidiaritäts- und des Solidaritätsprinzips für der Ausgestaltung der wirtschaftlichen und sozialen Ordnung im Verfassungsstaat. Seine zentrale These lautet, dass die Regelung und Auslegung der beiden Prinzipien den Bereich staatlicher Eingriffe in die Wirtschaft näher bestimmen. Sobald also ein Gleichgewicht zwischen beiden erreicht wird, befindet sich die individuelle Freiheit im Einklang mit Gleichheit und sozialer Solidarität. Im Rahmen der Ausführungen zu dieser These wird insbesondere auf Peru eingegan-

* Abogado y especialista en Derecho Público y Buen Gobierno de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. bruno.1dt@gmail.com

gen. Dabei wird zunächst die Auffassung vertreten, dass die Verfassung ein eigenes Wertesystem entwickelt. Zweitens wird dargelegt, dass die Wirtschaftsverfassung zum Aufbau einer sozioökonomischen Ordnung beiträgt und damit ein Wirtschaftsmodell auf der Basis bestimmter Werte begründet wird. Abschließend wird auf die Bedeutung des Subsidiaritäts- und des Solidaritätsprinzips bei der Ausgestaltung der Wirtschaftsordnung eingegangen.

Schlagwörter: Wirtschaftsverfassung, Subsidiarität, Solidarität.

SUMMARY

This research article explains the role of the principles of subsidiarity and solidarity in shaping the economic and social order of a constitutional state. The central thesis is that the regulation and interpretation of the principles of subsidiarity and solidarity modulate the scope of the State's intervention in the economy. Thus, when a balance between the two is reached, individual freedom is harmonized with equality and social solidarity. The Peruvian case in particular is studied as part of the central development of this thesis. For this purpose, the study first maintains that the Constitution establishes its own value system. Second, it argues that the economic constitution contributes to the construction of a socio-economic order, and in this way constitutes an economic model based on certain values. Finally, it analyzes the role of the principles of subsidiarity and solidarity in the configuration of the economic order.

Key words: Economic constitution, subsidiarity, solidarity.

Introducción

Gran parte de la región latinoamericana sufrió considerables cambios en su modelo de Estado en la década de los noventa. El Estado peruano pasó de ser un Estado prestacional, que tenía como misión y medio proveer bienes y servicios de distintos tipos a la ciudadanía (con la Constitución de 1979), a ser garante y regulador que mantuvo esa misión, pero cambiando sus técnicas e instrumentos para lograr estos objetivos (con la Constitución de 1993).¹ El contexto de estos cambios fue un golpe militar a través del cual el Gobierno de Alberto Fujimori convocó una asamblea constituyente (llamada Congreso Constituyente Democrático), lo que se hizo posible, en parte, porque el fracaso económico y social del Gobierno anterior (1985-1990) estaba relacionado con el modelo económico de la Constitución de 1979.²

¹ Baldo Kresalja, *¿Estado o mercado? El principio de subsidiariedad en la Constitución peruana*, Lima, Fondo Editorial PUCP, 2015, pp. 85-132.

² *Ibid.*, p. 86.

En el marco de estas transformaciones, en el Perú se revaloró el rol del sector privado y se buscó que el sector público cooperara con él para efectos de lograr los objetivos del Estado social, supuestamente en crisis, utilizando técnicas sostenibles. Al menos, tales fueron los argumentos dados en el Congreso Constituyente Democrático para efectos de justificar las reformas económicas que se introducirían a través de la Constitución de 1993.³

En este contexto de grandes transformaciones se incorporó el principio de subsidiariedad, que serviría para limitar la actividad del Estado en la economía a ser subsidiaria y, por tanto, a configurarse en defecto u omisión de la actividad privada. Este nuevo principio de subsidiariedad se encuentra desarrollado explícitamente en la Constitución en sus artículos 58 (que limita la actividad del Estado a la promoción del empleo, salud, educación, seguridad, servicios públicos e infraestructura) y 60 (mediante el cual se restringe la actividad empresarial del Estado a fungir como sustituto de la actividad privada en defecto de esta, siempre que medie ley expresa que lo autorice y sea justificada por razones de alto interés público o manifiesta conveniencia nacional).

No obstante, la incorporación o el redescubrimiento del principio de subsidiariedad, por cuanto ya existía en la Constitución de 1979, pero con un alcance menos extensivo, supuso el inicio de una relación de tensión y equilibrio con el principio de solidaridad que se desprende indirectamente de una lectura del artículo 59 de la Constitución.⁴ Esta tensión entre principios se materializa en que mientras el principio de solidaridad procura la realización de los derechos fundamentales y la superación de las desigualdades entre las personas mediante la actividad pública en la economía,⁵ el principio de subsidiariedad orienta al Estado a limitar su actividad al mínimo esencial;⁶ siendo esto así, la realización de ambos mandatos de optimización podría, naturalmente, ser excluyente en múltiples casos.

La relación que existe entre los principios de subsidiariedad y solidaridad, y su desarrollo constitucional, ha sido fundamental en la configuración del orden económico vigente en el Perú, en la medida en que provee pautas para resolver conflictos sobre el rol económico del Estado. No obstante, muchas preguntas quedan abiertas: ¿de qué forma se relaciona el principio de subsidiariedad con el principio de solidaridad? ¿Cómo es que pueden compatibilizarse principios que parecen contradictorios? ¿Por qué la Constitución reconoce valores y principios que no son neutrales en términos políticos? ¿Cuál es el verdadero rol que cumplen los principios de subsidiariedad y solidaridad en la configuración del orden social y económico de un Estado? ¿Por qué es importante esta tensión entre ambos principios?

³ *Ibid.*, pp. 112 y 113.

⁴ *Ibid.*, 2015, p. 217.

⁵ *Ibid.*, pp. 214-216.

⁶ *Ibid.*, pp. 104-105.

Todas las preguntas antes planteadas están directamente relacionadas con el problema jurídico principal que busca resolverse a través del presente trabajo, que puede resumirse en la siguiente pregunta: ¿cuál es el rol de los principios de subsidiariedad y solidaridad en la Constitución económica⁷ peruana de 1993?

La tesis central del artículo es que la regulación e interpretación de los principios de subsidiariedad y solidaridad modela cuál es el ámbito de intervención del Estado en la economía. Así pues, cuando se alcanza un equilibrio entre ambos, la libertad individual se armoniza con la igualdad y la solidaridad social. En ese sentido, el rol de los principios de subsidiariedad y solidaridad sería modular el ámbito de intervención del Estado en la economía.

A través del presente artículo se explicará con detalle la tesis antes expuesta, con la convicción de que el mayor aporte que se puede hacer a la academia es proveer insumos para plantearnos nuevas preguntas, más que ensayar respuestas definitivas. Siguiendo esta pauta metodológica abordamos el reto de estudiar la relación entre los principios de subsidiariedad y solidaridad en el marco de la Constitución económica peruana de 1993. Para estos efectos se seguirá la estructura que se detalla a continuación. Primero, se sostiene que la Constitución configura un sistema de valores propio que no es neutral políticamente. Segundo, se fundamenta por qué la Constitución económica contribuye a la construcción de un orden social económico con sus propios valores. Finalmente, se analiza el rol que cumplen los principios de subsidiariedad y solidaridad en la configuración del orden económico en calidad de valores que lo fundamentan.

1. La Constitución y su contenido valorativo: ¿neutralidad o configuración de un sistema de valores constitucionales propio?

Existe una idea común de que el derecho se aparta de todo contenido moral para efectos de lograr la imparcialidad de una ciencia exacta. Ahora bien, esta aproximación también ha sido severamente criticada pues se le acusa de circunscribir al derecho a la aplicación fría de las normas según procedimientos lógicos predefinidos, que muchas veces ponen al legislador en un pedestal incuestionable.⁸ Se suele atribuir esta idea a una de las corrientes de pensamiento jurídico más influyentes en la disciplina jurídica contemporánea: el positivismo. Así pues, de conformidad con la tesis positivista, los valores y su contenido subjetivo propios

⁷ Para efectos del presente trabajo, entendemos por Constitución económica el Título Tercero de la Constitución peruana de 1993, comprendido entre los artículos 58 y 89.

⁸ Elmer Arce, *Teoría del derecho*, Lima, Fondo Editorial PUCP, 2013, pp. 18 y 19.

de la moral, la religión o las ideologías políticas deberían ser desterrados del derecho para efectos de construir una verdadera teoría pura.⁹

La teoría pura del derecho, esencia del positivismo jurídico, ha tenido múltiples efectos en el derecho contemporáneo. Así, Kelsen y la escuela positivista marcaron un antes y un después en el quehacer jurídico del siglo XX; no es extraño, pues, que en la enseñanza del derecho se haya difundido la idea de que este se encuentra separado de todo contenido valorativo. Con respecto a esta tesis de la independencia del derecho, consideramos pertinente citar a Sieckmann:

La “tesis de la independencia” va más lejos que la tesis de la separación entre el *ser* y el *deber ser*, que se limita a excluir la posibilidad de justificar enunciados normativos a través de meros enunciados empíricos. La pureza requiere, además, que la justificación de los enunciados normativos se refiera únicamente a otros enunciados normativos. De modo análogo, la justificación de enunciados jurídicos solo puede hacerse mediante la referencia a otros enunciados jurídicos, quedando excluida la referencia a enunciados morales.¹⁰

Hay varios puntos que rescatar de lo mencionado por Sieckmann. En primer lugar, una conclusión que se desprende de la tesis de la independencia es que la justificación del derecho tiende a ser autopoiética, es decir, solo se sostiene mediante referencias a elementos del mismo derecho. En ese sentido, las normas jurídicas se sostienen haciendo referencia a otros enunciados jurídicos. Así, extrapolando, llegamos a que la norma jurídica será válida siempre y cuando haya cumplido con las condiciones para ser considerada tal, y el parámetro de validez del derecho será, pues, la Constitución en su calidad de ley de leyes. No obstante, ¿se puede hablar de una Constitución sin contenido valorativo y que contiene únicamente enunciados jurídicos neutrales? El mismo Sieckmann reconoce que, muy probablemente, una postura semejante podría hacer que el derecho pierda parte de su propio contenido jurídico: “Uno podría preguntarse, entonces, si es posible excluir la moral o las ciencias empíricas de la jurisprudencia y de la ciencia del derecho sin perder partes esenciales de ellas”.¹¹

Por otro lado, también podemos atacar la tesis positivista desde argumentos finalistas o consecuencialistas. Así, la historia ha demostrado que la pretensión de neutralidad del derecho como ciencia ha sido funcional a múltiples intereses políticos totalitarios. En palabras de Landa:

⁹ Marcial Rubio, *El sistema jurídico. Introducción al derecho*, Lima, Fondo Editorial PUCP, 2009, pp. 319-321.

¹⁰ Jan Sieckmann, “La ciencia jurídica y la idea de la teoría pura del derecho”, en Laura Clérico y Jan Sieckmann (coords.), *La teoría del derecho de Hans Kelsen*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2011, p. 260.

¹¹ *Idem*.

De este modo, quedó establecido en la conciencia jurídica de la postguerra que asumir una postura “científica” del derecho fue la mejor manera de soslayar el compromiso con la política democrática concreta, que desde entonces se expresa en la defensa de la persona y en el respeto a su dignidad; por cuanto, esa ciencia pura termina convirtiendo la técnica del derecho en una ideología al servicio del poder de turno.¹²

Entonces, podemos distinguir consideraciones consecuencialistas y no consecuencialistas que critican la tesis de la neutralidad valorativa del derecho. Las primeras están referidas a que la desvinculación del derecho de su contenido valorativo, lo alejaría de la defensa de la dignidad de la persona humana y del respeto del orden democrático, convirtiéndose en un instrumento útil para legitimar al poder político de turno, independientemente de su legitimidad. Las siguientes están referidas a que, si se escinde al derecho de su contenido valorativo, muy probablemente estaremos perdiendo parte importante de su contenido.

Ambas críticas son válidas para efectos de demostrar por qué no es posible desvincular al derecho de su contenido valorativo y, mucho menos, a la Constitución. Al respecto, cabe decir que la Constitución, en tanto núcleo jurídico fundamental que ordena a una comunidad política, no puede ser ajena a los valores que permiten la integración de la sociedad que le da origen. De acuerdo con De Vega:

La normativa constitucional deja de ser entonces una normativa políticamente neutral. A partir de ese momento se abre el camino para que las constituciones asuman la difícil misión de consagrar, en un orden social descompuesto y con contradictorias pretensiones, los principios básicos en que el acuerdo común resulta obligado para poder establecer un mínimo orden de convivencia.¹³

No es mi intención ingresar al debate sobre la naturaleza del derecho, es decir, sobre si este debería entenderse como una ciencia o no. En mi criterio, el derecho no sería propiamente una ciencia, sino más bien una disciplina que congrega técnicas y teorías para efectos de la aplicación de normas jurídicas y principios que ordenan a una comunidad política nacional o internacional. No obstante, sí quiero ser enfático en defender que el derecho no es siempre neutral, principalmente cuando pensamos en su contenido valorativo; esto es así porque el derecho de cada comunidad política privilegia ciertos valores por encima de otros, lo cual se manifiesta en la regulación e interpretación de normas.

¹² César Landa, *Constitución y fuentes del derecho*, Lima, Editorial Palestra Editores, 2006, p. 20.

¹³ Pedro de Vega, *La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente*, Madrid, Editorial Tecnos, 1999, p. 254.

Por ejemplo, el hecho de que se regule el derecho laboral como una rama distinta del derecho civil obedece, entre otras cosas, al reconocimiento de una conquista política de los movimientos sindicales en el mundo y supone una preferencia del ordenamiento jurídico de ciertos valores por encima de otros. Así, frente al conflicto entre los valores de equidad o igualdad material (mediante los cuales los trabajadores exigían que la ley intercediera a favor de los operarios en tanto contratante en condiciones desiguales frente al empleador) y la libertad de contratar (que los empleadores invocaran señalando que si todos somos iguales ante la ley, no debería haber preferencia alguna en la ley a favor de los trabajadores),¹⁴ el derecho ha privilegiado el primer valor por encima del segundo. La misma parcialización valorativa del derecho se puede apreciar en el principio pro operario que supone una interpretación favorable de la ley en caso de duda a favor de los trabajadores, que se encuentra regulada en el artículo 26 de la Constitución peruana de 1993.

En ese sentido, ni el derecho ni la Constitución pueden ser entendidos como neutrales, pues siempre van a tener que preferir proteger ciertos valores por encima de otros cuando haya un conflicto de por medio. Ahora bien, el derecho, en sentido amplio, si bien evidencia preferencias parciales en función de valores propios, se diferencia de la Constitución en que esta es mucho más general.

El derecho, en sentido amplio, tiene que ser vivo, cambiante, mutable. Mientras que la Constitución, si bien puede ser reformada, tiene una relativa vocación de permanencia en tanto su reforma requiere los más poderosos consensos para llevarse a cabo (tal y como se desprende del artículo 206 de la Constitución). En consecuencia, la carta procura establecer un conjunto de reglas, valores y principios que viabilicen el autogobierno de una sociedad y, por tanto, establece un mínimo orden de convivencia que permite a una comunidad política subsistir. No es posible establecer un orden político semejante que a su vez sea neutral; en ese sentido, la Constitución se comprometerá con la defensa de ciertos valores que deberán ser claramente establecidos en su cuerpo normativo y cuyo contenido podrá ser desarrollado y trabajado por el supremo intérprete de la Constitución (sea un tribunal constitucional o corte suprema).

Asimismo, a través de la Constitución se pretende, valga la redundancia, constituir o dar orden a una comunidad política, no solo mediante un conjunto de normas jurídicas, sino también legitimando el derecho y convirtiéndose en una fuerza cultural propia. En palabras de Zagrebelsky:

Por seguir utilizando nuestras categorías, puede decirse que la Constitución, en un sentido profundo, es un intento de restablecer la legitimidad en el derecho junto a su legalidad. Así pues, será cierto, como se ha dicho, que la restituida legitimidad no es sino un paraíso artificial; pero la primera tarea de

¹⁴ Carlos Blancas, *La cláusula de Estado social en la Constitución. Análisis de los derechos fundamentales laborales*, Lima, Fondo Editorial PUCP, 2011, pp. 24-28.

quien actúa para la Constitución es, precisamente, trascender el artificio del que nace para transformarla en una fuerza cultural que viva en la sociedad con una inmediatez espontánea; transferir progresivamente la Constitución del área de la decisión política, que divide y crea enemistades y conflictos, a la del consenso de una cultura política difusa, que recompone fracturas y absorbe el *deinós* de la ley.¹⁵

Los valores que son parte de la norma constitucional peruana son diversos y dependen de su propio texto. Entre ellos podemos reconocer la defensa de la persona humana, la defensa de los derechos fundamentales y el orden democrático, entre otros. De esta manera, también podemos reconocer otros valores como la defensa del consumidor y la libre competencia, del derecho al trabajo frente al despido arbitrario y una cláusula de Estado social. Todos estos valores, sea por su inclusión como texto en la Constitución o como desarrollo jurisprudencial, también tendrán consecuencias jurídicas sobre el marco institucional económico de una comunidad política.

En consecuencia, la Constitución no es neutral y privilegia ciertos valores sobre otros, tanto en su regulación como en su interpretación jurídica. Esta realidad es también aplicable a la Constitución económica. En este último caso, nos vamos a enfocar en los principios de subsidiariedad y solidaridad, que responden a valores que, como hemos visto, pueden entrar en conflicto: libertad individual, por un lado, e igualdad y solidaridad social, por el otro. En ese sentido, entendiendo que la Constitución económica no es neutral, podremos estudiar a continuación cuáles son los sesgos que se desprenden de la regulación o interpretación de estos principios y cómo es que esto puede orientar las pautas de resolución de conflictos sobre los alcances de la intervención del Estado en la economía.

2. La Constitución económica peruana como marco institucional de la política económica estatal y de la configuración del modelo de Estado nacional

De conformidad con lo que hemos venido desarrollando, la Constitución peruana configura un orden político, económico y social para garantizar condiciones de convivencia pacífica como comunidad política. De esta forma, desarrolla las reglas y los valores que configuran el orden económico que rige el país. Ahora bien, la Constitución económica peruana establece también un límite al margen de actuación del legislador en materia económica. En ese sentido, la Constitución económica deviene en un conjunto de reglas de juego, no solo aplicables a toda la sociedad y al Estado, sino que, incluso, vinculan y limitan al legislador en el ejercicio de sus funciones de orden político y normativo.

¹⁵ Gustavo Zagrebelsky, *La ley y su justicia*, Madrid, Editorial Trotta, 2008, p. 109.

Este conjunto de reglas de juego puede entenderse, dentro de la configuración del orden social, de un modo más claro, a la luz de los aportes de la teoría económica institucional desarrollada por el Premio Nobel de Economía Douglass North. Esta teoría económica institucional plantea una nueva perspectiva para entender la interacción de los distintos actores sociales en el marco de relaciones económicas, sociales y políticas. Así pues, este enfoque manifiesta que las reglas de juego que rigen la interacción de los actores de una sociedad son instituciones.¹⁶

North sostiene que las instituciones “son reglas de juego en una sociedad o, más formalmente, son las limitaciones ideadas por el hombre que dan forma a la interacción humana”.¹⁷ Ahora bien, estas instituciones que suelen tener su origen en el derecho, tienen también efectos directos en la economía y relación con ella: “Es innegable que las instituciones afectan el desempeño de la economía. Tampoco se puede negar que el desempeño diferencial de las economías a lo largo del tiempo está influido fundamentalmente por el modo en que evolucionan las instituciones”.¹⁸

De este modo, de conformidad con el enfoque de la teoría económica institucional, es claro que el derecho tiene un papel importante en la configuración del orden social, toda vez que tendrá efectos directos en la economía de un espacio geográfico determinado. Ahora bien, lo cierto es que, de acuerdo con la teoría económica institucional, las reglas de juego formales (derecho) o informales (costumbre) tendrán influencia sobre los actores sociales en la medida en que su cumplimiento se vuelva cotidiano.¹⁹ En consecuencia, el derecho será influyente en la medida en que el Estado tenga la fuerza para hacerlo cumplir o sea cumplido voluntariamente por los actores sociales.

Por otro lado, es claro que el derecho no es el único elemento importante dentro de la configuración del orden social; también lo es el componente político. Los actores sociales que pugnan por maximizar sus intereses pueden transformar el derecho en función de los mismos. Consecuentemente, estas instituciones podrían ser cambiadas por los propios actores sociales en función a sus capacidades de organización política.²⁰ Esto fue precisamente lo que pasó en el caso peruano, cuando por medio de un golpe de Estado el Gobierno autoritario de Alberto Fujimori optó por aprobar una nueva Carta: la Constitución de 1993.

Estas capacidades de organización política de los grupos de interés y actores sociales miden sus fuerzas, en el marco de un sistema democrático, en el Poder Legislativo; de allí que se destaque la trascendencia de la Constitución económica

¹⁶ Bernard Chavance, *Institutional Economics*, Nueva York, Routledge, 2009, pp. 75 y 76.

¹⁷ Douglass North, *Instituciones, cambio institucional y desempeño*, México, Fondo de Cultura Económica, 2012, p. 13.

¹⁸ *Idem.*

¹⁹ *Ibid.*, pp. 16 y 17.

²⁰ John Groenewegen, Antoon Spithoven y Annette van den Verg, *Institutional Economics. An Introduction*, Nueva York, Palgrave Macmillan, 2010, p. 75.

como la máxima institución formal, en términos económicos, en la medida en que supone límites de actuación al propio poder político. Así pues, la Constitución económica configura a través de sus disposiciones el modelo económico del Estado, limitando al poder político a través de disposiciones normativas e, inclusive, valores y principios jurídicos que se consagran en ella. Cabe recordar que, para efectos del presente estudio, cuando hablamos de Constitución económica, nos referimos al Título III de la Constitución peruana de 1993, que incluye los artículos que van desde el 58 hasta el 89.

La Constitución económica cumple este rol configurador del orden social económico a través de normas de aplicación directa y también de valores y principios jurídicos. En el caso de las normas de aplicación directa podemos observar, por ejemplo, cómo se establecen reglas de juego en torno a la delimitación de derechos como los de propiedad y las libertades de contratar.

Así pues, la Constitución económica impide que la ley modifique los contratos de forma retroactiva (Constitución Política del Perú, art. 62). De este modo, la regulación de un derecho fundamental económico, como la libertad de contratar, también limita las potestades del legislador. Asimismo, la regulación del derecho de propiedad con respecto a los límites de la potestad expropiatoria del Estado (Constitución Política del Perú, art. 70) también supone un conjunto de controles a los poderes Ejecutivo y Legislativo.

Por otro lado, a través de valores y principios jurídicos también se puede configurar el orden social económico. Por ejemplo, con el reconocimiento estatal de un deber de protección al consumidor (Constitución Política del Perú, art. 65) y de un deber de protección a la libre competencia (Constitución Política del Perú, art. 61), se marca un conjunto de valores que orientarán la política legislativa y también la aplicación del derecho de parte de los organismos jurisdiccionales y administrativos.

El rol de los principios jurídicos es también especialmente trascendente en la configuración del orden económico peruano. Como hemos visto, de la aplicación de los diversos artículos de la Constitución económica hay múltiples reglas de juego que delimitan el actuar de los actores sociales y políticos en el Perú. De ahí que la regulación e interpretación de la Constitución económica sea tan trascendente en la configuración del orden económico del Perú. Lo anterior también es aplicable a los principios de subsidiariedad y solidaridad que, a continuación, pasaremos a estudiar.

3. Los principios de subsidiariedad y solidaridad en la configuración de la Constitución económica peruana en relación con el modelo de Estado regulador

Los principios jurídicos de la Constitución económica peruana, como son los de subsidiariedad y solidaridad, tienen un rol determinante en la configuración de las características del modelo económico y de Estado. Como hemos visto, al

establecer reglas de juego que fungen como límites al Poder Legislativo, estos principios pueden determinar cuál será el ámbito de lo que se puede regular o no en materia económica.

Igualmente, los principios de subsidiariedad y solidaridad son, a su vez, complementarios y contradictorios. Complementarios en la medida en que ambos son esenciales para viabilizar una economía social de mercado que armonice la libertad individual con la igualdad y solidaridad social. Contradictorios toda vez que, mientras que la subsidiariedad busca limitar a su mínimo esencial la actividad del Estado, el principio de solidaridad pretende que la actividad pública sea un instrumento para optimizar el ejercicio de derechos de los ciudadanos y combatir la desigualdad. De algún modo, la tensión que existe en la interpretación y configuración de ambos principios en cada ordenamiento jurídico va a tener efectos sobre el desarrollo legislativo y la jurisprudencia constitucional. Ariño se refiere a esta tensión entre ambos principios de la siguiente forma:

Hay dos principios esenciales, aparentemente contradictorios, que han jugado siempre como polos de tensión en la configuración del orden social: uno de ellos es el principio de libertad individual y subsidiariedad estatal, otro el principio de igualdad de todos los hombres y de solidaridad social. El primero encuentra soporte básico en el derecho de propiedad y en el sistema de mercado como instrumento de asignación de recursos y satisfacción de necesidades. El segundo encuentra en el Estado social, como titular colectivo de bienes y actividades económicas y como portador de prestaciones para todos, su modelo operativo.²¹

El principio de subsidiariedad suele ser compatibilizado con el principio de solidaridad, ligado a la llamada cláusula de Estado social.²² Así, frente a la directriz orientadora del principio de subsidiariedad que busca limitar la actividad estatal a un mínimo esencial y priorizar la actividad del mercado, se yuxtapone el principio de solidaridad que persigue construir una situación de igualdad material entre los ciudadanos, muchas veces, a través de la actuación del Estado. Esta tensión entre ambos principios permite que la discusión sobre la legitimidad de la intervención del Estado en distintos aspectos económicos se tenga que resolver, usualmente, en una dinámica de caso por caso, sin que pueda haber respuestas definitivas o universales.

La tensión entre los principios de subsidiariedad y solidaridad está en que, en la medida en que sus mandatos de optimización suelen excluirse mutuamente, si se regula o interpreta uno de los dos principios de forma extensiva será necesariamente en desmedro del otro. De este modo, la tensión entre ambos principios sería una

²¹ Gaspar Ariño, *Principios de derecho público económico. Modelo de Estado, gestión pública y regulación económica*, Granada, Comares, 1999, p. 111.

²² Kresalja, *op. cit.*, pp. 200-219.

situación necesaria: la existencia de uno impide que el otro pueda ser desarrollado o aplicado en forma extensiva o arbitraria por el legislador o el órgano jurisdiccional en un caso concreto. De este modo, ambos principios coexistirán en el marco de una economía social de mercado como dos caras de la misma moneda.

Esta discusión es muy vivaz en el contexto peruano, tomando en consideración los grandes cambios normativos de la década de los noventa. Así, la adopción de un nuevo rol del Estado, entendido como el del Estado garante y regulador, sirvió para incorporar el principio de subsidiariedad. En palabras de Richard Martin: “La década del 90 importó una transformación significativa en las políticas públicas y económicas de diversos países de América Latina. En este contexto, el Estado ha venido asumiendo un rol subsidiario en su actuación en la economía a través de sus distintos instrumentos normativos, legislativos y jurisdiccionales”.²³ No obstante, esta transformación no ha apagado la tensión entre los principios de subsidiariedad y solidaridad, pues ambos siguen siendo aplicables en el marco del modelo de Estado garante y regulador.

De esta manera, la configuración del Estado garante y regulador no supone una limitación en su rol de Estado constitucional social y democrático de derecho, sino más bien una oposición al Estado prestador. En ese sentido, el Estado no abandona sus deberes ni sus mandatos de optimización, tan solo cambia en sus estrategias respecto de cómo lograr sus fines. Respecto de los alcances del Estado garante y regulador, José Esteve Pardo manifiesta:

Otra importante precisión debe realizarse en torno al ámbito y al alcance de la acción del Estado o la administración garante. En principio, y por lo que se viene apuntando, ese ámbito se correspondería con el que es propio de la administración prestacional, que ha sido, como nos consta, el principal instrumento de realización del Estado social. Pero en realidad el recorrido del Estado garante, y de la administración que opera a su servicio, supera el espacio del Estado social y la administración prestacional, aunque este sea el ámbito más relevante y necesitado de reformas. Las transformaciones que hoy se registran, con una impactante incidencia sobre la administración pública y el derecho administrativo, van más allá de la crisis del Estado social y la administración prestacional, pues su origen se encuentra, como trato de explicar, en una recomposición en profundidad de las relaciones entre Estado y sociedad. Como consecuencia de ella, muchas actividades y funciones que se adscribían a la órbita del Estado y eran realizadas por la administración han pasado a la órbita privada, pero sin que se desconozca su incuestionable

²³ Richard Martin, “Análisis de la ‘función normativa’ de los organismos reguladores”, *Revista Ius et Veritas*, año 12, núm. 24, 2002, p. 97.

incidencia sobre unos intereses generales, públicos, que habrían de estar debidamente atendidos y garantizados.²⁴

En ese sentido, en el marco de este nuevo modelo de Estado garante y regulador, se mantienen los principios y mandatos sociales propios del Estado social, con la salvedad de que se abandonan los métodos del Estado prestacional. Esto no significa que el Estado en toda circunstancia abandonará funciones prestacionales, sino que las limitará exclusivamente a bienes y servicios de necesidad pública. De ahí que se alcance un balance entre el principio de subsidiariedad y el principio de solidaridad. En palabras de Rodríguez-Arana:

El Estado social de derecho, que parte del principio de subsidiariedad y del de solidaridad, supone que el propio Estado no debe ejercer actividad económica propia, a menos que la iniciativa privada sea insuficiente para cubrir las necesidades sociales o que el bien común exija su presencia en la vida económica. Por tanto, debe recordarse que la actividad económica estatal se justifica, solamente, como es lógico, en caso de bienes y servicios de necesidad pública. En relación con la empresa privada, después de lo escrito ya, se entenderá perfectamente que el Estado debe estar presente para garantizar el cumplimiento del bien común, del interés general, como también puede ser necesaria la intervención en determinados sectores, eso sí, en función del bien común, del interés general en términos de derecho administrativo.²⁵

Consecuentemente, el Estado mantiene sus potestades para intervenir de forma directa prestando bienes y servicios en la economía cuando lo requieran las necesidades sociales de la ciudadanía o cuando el bien común lo exija. Al referirnos al bien común, en términos constitucionales o administrativos, hablamos de la garantía del cumplimiento de los derechos fundamentales de los ciudadanos y del interés general que, en términos administrativos, busca armonizar los intereses particulares con el interés público. Este conjunto de ideas es incompatible con interpretaciones más extensivas del principio de subsidiariedad, según las cuales la actividad pública debe ser, en todos los casos, suprimida hasta el mínimo posible en mérito a que el mercado, por sí mismo, soluciona todos los problemas sociales. Incluso, interpretaciones semejantes del principio de subsidiariedad serían incompatibles con la misma doctrina de la llamada economía social de mercado. En este sentido, Rodríguez-Arana señala:

²⁴ José Esteve Pardo, *El Estado garante. Idea y realidad*, Madrid, Instituto Nacional de Administración Pública, 2015, p. 59.

²⁵ Jaime Rodríguez-Arana, *Interés general, derecho administrativo y Estado del bienestar*, Madrid, Editorial Iustel, 2012, p. 106.

El Estado debe garantizar el cumplimiento de los derechos fundamentales de la persona en el marco del bien común, del interés general. Por eso, el modelo del Estado social del bienestar implica que la acción pública en el marco de la subsidiariedad, se oriente hacia la dignidad de la persona, que es la fuente y garantía del bien común, de manera que la intervención, cuando sea necesaria, tiene siempre esta connotación de servicio al hombre que vive en comunidad. De ahí que sea incompatible con el modelo del Estado social de bienestar la creencia de que el mercado por sí mismo todo lo arregla. Vaya si lo hemos comprobado en la crisis financiera de este tiempo. Sabemos que el liberalismo económico a ultranza implica fallas sobre los derechos humanos; por eso, la intervención pública debe legitimar un orden económico al servicio del hombre. Quizás, en ese sentido puede entenderse la doctrina de la llamada economía social de mercado, que me parece que se encuentra en la entraña de lo que debe entenderse por el Estado social del bienestar.²⁶

Consecuentemente, la nueva configuración del rol del Estado como garante y regulador no es incompatible con la idea del Estado social de bienestar ni con una economía social de mercado. Todo lo contrario, asumir como medio el modelo del Estado garante y regulador para conseguir los objetivos del Estado social de bienestar en el marco de una economía social de mercado es una opción para superar la llamada crisis de sostenibilidad del Estado social. En palabras de Esteve Pardo:

El problema fundamental –en rigor, podría decirse que el único– que se le plantea al Estado social es el de su sostenibilidad, el de su continuidad futura sobre las bases que lo han venido sustentando hasta tiempos muy recientes. Esa es la gran cuestión con la que hemos de encararnos. Y antes de adentrarnos en ella conviene recapacitar sobre lo que hemos constatado hasta aquí: que por sus incuestionables logros y realizaciones, el Estado social cuenta con un amplísimo apoyo y con una Constitución que lo reivindica y exige.²⁷

Así, compatibilizar los medios del Estado garante y regulador con los fines del Estado social de bienestar en el marco de una economía de mercado es una estrategia adecuada para superar la crisis de sostenibilidad del Estado social. Igualmente, Esteve Pardo manifiesta:

[Dicha estrategia] contempla la reforma de esos mecanismos, instrumentos y programas. Esta es la propuesta que aquí se estudia y que plantea una transformación a fondo del aparato instrumental del que ha venido sirviéndose el Estado social hasta ahora, por entender que ha cambiado en profun-

²⁶ *Ibid.*, p. 108.

²⁷ Pardo, *op. cit.*, p. 18.

didad el entorno social, económico, demográfico y geopolítico en el cual ha de afrontarse el reto de su mantenimiento y continuidad, que habrá de ser sobre nuevas bases.²⁸

De todo lo antes desarrollado queda claro, entonces, que en el marco del modelo de Estado garante y regulador aún se mantienen las tensiones entre los principios de subsidiariedad y de solidaridad, cuya interpretación constitucional dibuja las reglas de juego y los márgenes en los que el legislador y el Ejecutivo pueden diseñar e implementar políticas públicas.

4. Una aproximación hacia los principios de subsidiariedad y solidaridad en la Constitución económica peruana de 1993

Hemos tenido una primera aproximación al contenido de ambos principios jurídicos. No obstante, para efectos de comprender cómo es que su interpretación constitucional construye los parámetros de la política económica resulta pertinente estudiar los alcances de ambos principios con mayor amplitud. En esta oportunidad vamos a rescatar algunas definiciones y aproximaciones de ambos principios, sin pretender ilustrar por completo sus alcances jurídicos, sino darnos una aproximación suficiente para entender sus implicancias en la configuración del modelo económico del Estado.

El desarrollo respecto al principio de solidaridad es muy acotado y no ha sido descrito con mucha claridad. En el caso peruano, el principio de solidaridad no está expresamente reconocido en la Constitución, sino que se requiere un esfuerzo interpretativo considerable para desprenderlo del artículo 62 de la Carta.²⁹ Así pues, el Tribunal Constitucional peruano (TC) ha tenido que desarrollarlo jurisprudencialmente, a pesar de su aparente omisión por parte del constituyente peruano:

La solidaridad implica la creación de un nexo ético y común que vincula a quienes integran una sociedad política. Expresa una orientación normativa dirigida a la exaltación de los sentimientos que impulsan a los hombres a prestarse ayuda mutua, haciéndoles sentir que la sociedad no es algo externo sino consustancial. El principio de solidaridad promueve el cumplimiento de un conjunto de deberes, a saber:

- a) El deber de todos los integrantes de una colectividad de aportar con su actividad a la consecución del fin común. En esa orientación se alude a la necesidad de verificar una pluralidad de conductas (cargos públicos, deberes ciudadanos, etc.) a favor del grupo social.

²⁸ *Ibid.*, p. 19.

²⁹ Baldo Kresalja y César Ochoa, *El régimen económico de la Constitución de 1993*, Lima, Fondo Editorial PUCP, 2012, pp. 61 y 62.

- b) El deber del núcleo dirigencial de la colectividad política de redistribuir adecuadamente los beneficios aportados por sus integrantes; ello sin mengua de la responsabilidad de adoptar las medidas necesarias para alcanzar los fines sociales.³⁰

En estricto sentido, el principio de solidaridad supone el deber de los integrantes de la comunidad política de contribuir desde su posición y su trabajo a la consecución de los fines comunes de la colectividad. Asimismo, supone el deber de las autoridades de la comunidad política de plantear mecanismos para la redistribución de los beneficios que aportan los miembros de la sociedad a través de la recaudación tributaria; consecuentemente, se legitima la actuación pública en la economía siempre que se trate de medidas necesarias para alcanzar fines sociales como la protección y promoción de derechos fundamentales.

Por otro lado, el principio de subsidiariedad supone un mandato al Estado de reconocer que sus propias funciones son supletorias frente a la actividad de la sociedad y que deberán acotarse a procurar el bien común frente a las imperfecciones u omisiones de los agentes económicos.³¹ La tesis de Landa también plantea que el principio de subsidiariedad tiene dos dimensiones de acuerdo con la jurisprudencia del TC:

Este principio puede concebirse en dos sentidos: vertical y horizontal.

La subsidiariedad vertical se refiere a la relación existente entre un ordenamiento mayor –que puede ser una organización nacional o central– y un ordenamiento menor –que pueden ser las organizaciones locales o regionales–, según la cual el primero de ellos solo puede intervenir en aquellos ámbitos que no son de competencia del ordenamiento menor. Dicha orientación guarda estrecha relación con los servicios públicos y el desarrollo económico-social.

Por su parte, la subsidiariedad horizontal está referida a la relación existente entre el Estado y la ciudadanía, en la cual el cuerpo político, respetando la autonomía y la libre determinación de los individuos, reduce la intervención pública a lo esencial.³²

Ahora bien, Landa suele enfatizar en sus textos que esta concepción del principio de subsidiariedad tiene que compatibilizarse con los deberes constitucionales del

³⁰ Tribunal Constitucional del Perú, *Sentencia recaída en el Expediente núm. 00004-2010-AI/TC*, 14 de marzo de 2011.

³¹ César Landa, “Principios rectores y derechos fundamentales del administrado en el marco de la Constitución económica de 1993”, *Revista de Derecho Administrativo*, núm. 3, 2007, pp. 35.

³² Tribunal Constitucional del Perú, *Sentencia recaída en el Expediente núm. 00008-2003-AI/TC*, 11 de noviembre de 2003.

Estado –que podríamos asociar con el principio de solidaridad–. Sobre el principio de subsidiariedad, Landa manifiesta:

En esta perspectiva de los derechos fundamentales, propia del Estado social, subyacen dos tesis: por un lado, que si bien los derechos a la propiedad privada, a la libertad de empresa, a la libertad de contratación y al trabajo, así como el respeto a los consumidores y usuarios, deben ser los cimientos fundamentales sobre los que se construye un sistema económico moderno y equitativo; ello será así, por otro lado, a condición de que el Estado asegure los presupuestos sociales necesarios para la realización de los derechos fundamentales, es decir, desarrollando una especie de posición de garante para la implementación de la libertad real.³³

Asimismo, sobre el principio de subsidiariedad, Montoya señala:

Bajo este esquema, no es que con la subsidiariedad se está promoviendo una minimización de la presencia del Estado en la economía y la vida social; por el contrario, lo que persigue es reafirmar la autoridad del Estado en sus funciones soberanas y la eficiencia de las actividades supletorias que lleve a cabo: el Estado se ve refortalecido pues su solidez se fundará no sobre el alcance o extensión de sus actividades, sino en su eficiencia en el cumplimiento de los cometidos que le son esenciales.³⁴

Como se puede apreciar, hasta el momento, la mayoría de definiciones e interpretaciones respecto del principio de subsidiariedad lo valoran matizándolo con la importancia de resguardar algunos supuestos de intervención pública. No obstante, como veremos más adelante, cuando estamos frente a interpretaciones más extensivas del principio de subsidiariedad (como la que ciertas entidades públicas como el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual [Indecopi] han venido desarrollando en resoluciones y precedentes vinculantes en el caso peruano), podemos enfrentarnos a la configuración de un orden social económico totalmente distinto al que hemos venido describiendo. Así, con un principio de subsidiariedad robustecido por una interpretación constitucional extensiva, y un principio de solidaridad poco desarrollado o, incluso, difuso, existirían las condiciones para la configuración de un modelo económico de Estado más liberal y con mayores limitaciones para la intervención pública en aras de procurar bienestar. Por otro lado, con un principio de subsidiariedad poco desarrollado y un principio de solidaridad robustecido, se tendría un resultado a

³³ César Landa, “Reforma de la Constitución económica: desde una perspectiva del Estado social de derecho”, *Academia de la Magistratura. Revista Institucional*, núm. 6, 2002, p. 224.

³⁴ Victorhugo Montoya, “Principios rectores de la Constitución económica”, *Revista Foro Jurídico*, año 5, núm. 9, 2010, pp. 162 y 163.

la inversa, en virtud de la relación de tensión que existe entre ambos principios: el fortalecimiento de uno de estos deriva, por lo general, en el detrimento del otro.

El caso peruano es particularmente interesante porque es muy similar al primer ejemplo mencionado en el párrafo anterior: el de un principio de subsidiariedad muy robustecido y un principio de solidaridad casi inexistente conforme han sido desarrollados por el ordenamiento jurídico peruano. A continuación, vamos a estudiar los efectos prácticos que el desarrollo constitucional de los principios de subsidiariedad y solidaridad en el Perú implica en términos jurídicos para efectos de la configuración de su modelo económico de Estado.

5. Los principios de subsidiariedad y solidaridad en la configuración del modelo de Estado de la Constitución económica peruana de 1993

El principio de subsidiariedad está claramente establecido en la Constitución peruana, que en su artículo 60 establece: “Solo autorizado por ley expresa, el Estado puede realizar subsidiariamente actividad empresarial, directa o indirecta, por razón de alto interés público o de manifiesta conveniencia nacional”. Por otro lado, el principio de solidaridad se desprende con relativo esfuerzo interpretativo del artículo 59 de la Constitución que, entre otras cosas, establece lo siguiente: “El Estado brinda oportunidades de superación a los sectores que sufren cualquier desigualdad; en tal sentido, promueve las pequeñas empresas en todas sus modalidades”.

En el caso del principio de solidaridad, lo que el TC ha venido haciendo es interpretar que cuando la Constitución vincula el deber de brindar oportunidades de superación de la desigualdad a la promoción de la pequeña empresa, esta no sería la única forma en que la Constitución procura superar las desigualdades. Si bien es cierto que esto no es lo que se desprendería naturalmente de una interpretación literal de la Constitución, lo cierto también es que con base en el principio *pro hominem* se debe interpretar la Constitución de la forma más favorable para los derechos de las personas; consecuentemente, este criterio interpretativo ha prosperado y no ha sido excesivamente criticado por la academia, la doctrina, ni la jurisprudencia.

La interpretación que ha hecho el TC respecto a ambos principios ya ha sido recogida en la sección anterior de este artículo y, como se puede apreciar, ambas interpretaciones buscan compatibilizar, de cierto modo, ambos principios de tal manera que la intervención subsidiaria del Estado en la economía se armonice con el modelo económico de economía social de mercado. Como ejemplo de este esfuerzo interpretativo de armonizar ambos principios en el marco de una economía social de mercado, consideramos pertinente citar al propio TC:

A modo de conjunción de los principios expuestos, e ingresando de manera más concreta en la determinación solidaria y social en la que se inspira el

régimen económico de la Constitución, el artículo 58.º de la Carta preceptúa que aquél se ejerce en una economía social de mercado. La economía social de mercado es representativa de los valores constitucionales de la libertad y la justicia, y, por ende, es compatible con los fundamentos axiológicos y teleológicos que inspiran a un Estado social y democrático de derecho. En ésta imperan los principios de libertad y promoción de la igualdad material dentro de un orden democrático garantizado por el Estado.³⁵

Ahora bien, podemos enfrentarnos a situaciones jurídicas completamente distintas cuando se introduce en el ordenamiento jurídico una interpretación extensiva de uno de los principios. Esta tensión y equilibrio entre ambos principios que permite que cada discusión sobre la pertinencia de intervención pública en la economía se resuelva en una dinámica de caso por caso se puede ver afectada cuando se interpreta extensivamente uno de estos principios y cuando el desarrollo del otro es pobre. Justamente, eso fue lo que pasó en el caso peruano con la aplicación de los criterios de Indecopi a través de sus resoluciones y precedentes de observancia obligatoria respecto al principio de subsidiariedad.

El Indecopi, mediante Resolución 3134-2010/SC1-Indecopi, estableció una interpretación sobre el principio de subsidiariedad que va más allá de los alcances de los fallos del TC antes comentados. En ese sentido, para Indecopi, lo que se entiende por actividad empresarial del Estado no se limita a la obtención de lucro, sino a toda actividad del Estado que pueda absorber o reemplazar una demanda potencial del sector privado.³⁶

Ahora bien, esta definición de actividad empresarial del Estado es sumamente peligrosa en la medida en que, según esta interpretación, a todas las actividades del Estado que sustraigan demanda del sector privado se les aplicaría el estándar constitucional asignado a las actividades empresariales del Estado junto con sus límites. En ese sentido, las limitaciones del artículo 60 de la Constitución le serían aplicables a todo acto que *sustraiga demanda del sector privado* (es decir, estarían prohibidas aquellas actividades que pudieran quitarle ventas al sector privado). Cabe precisar que el artículo 60 de la Constitución establece, entre otras cosas: “Solo autorizado por ley expresa, el Estado puede realizar subsidiariamente actividad empresarial, directa o indirecta, por razón de alto interés público o de manifiesta conveniencia nacional”. Asimismo, bajo este nuevo estándar, toda actividad del Estado que sustraiga demanda del sector privado sería una vulneración al principio de subsidiariedad cuando exista o pueda existir una oferta privada alternativa.³⁷

³⁵ Tribunal Constitucional del Perú, *Sentencia recaída en el Expediente núm. 00008-2003-AI/TC*, 11 de noviembre de 2003.

³⁶ Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y la Propiedad Intelectual, *Resolución 3134-2010/SC1-Indecopi*, 29 de noviembre de 2010.

³⁷ *Idem*.

El problema de esta interpretación de Indecopi sobre el principio de subsidiariedad es que, según este planteamiento, no podrían existir servicios públicos universales de parte del Estado en prácticamente ningún mercado, porque siempre se estaría sustrayendo demanda potencial del sector privado. Así pues, en la medida en que se presta educación básica a personas que podrían pagar una educación privada, el Estado estaría violando este estándar del principio de subsidiariedad. Lo propio también podría argumentarse de las prestaciones de salud, pues si el Estado presta servicios universales de salud a cualquier persona, y una de estas personas pudiera pagar un servicio alternativo de salud en el sector privado, ya se configuraría una vulneración a este nuevo estándar de principio de subsidiariedad.³⁸

Si bien el Indecopi menciona en su Resolución que se sustrae del marco de aplicación a las llamadas “actividades asistenciales”, lo cierto es que el planteamiento también supone muchos problemas. La exoneración de las actividades asistenciales que establece el Indecopi sugiere que el Estado sí podrá dar prestaciones de servicios esenciales como salud y educación, pero limitándose a las poblaciones pobres que no pueden pagar, en la medida en que en estos casos no se estaría sustrayendo demanda potencial del sector privado por cuanto estas personas no podrían costearse estos servicios. Entonces, según esta interpretación del principio de subsidiariedad, sería imposible que el Estado peruano se planteara proveer servicios públicos universales para su población, sean de salud, educación u otros. El Estado peruano tendría que limitarse a brindar servicios exclusivamente a personas en situación de pobreza porque, de otro modo, estaría *compitiendo deslealmente con el sector privado*. Al respecto, Bullard explica la excepción de las actividades asistenciales:

Parecería que la idea es que la actividad asistencial es una que no compite porque los consumidores a los que va dirigida carecen de recursos, y por tanto el subsidio no le quita propiamente ventas al sector privado, pero cumple con un fin social definido en la Constitución. En tales casos el programa debería estar diseñado para llegar solo a los sectores que quiere beneficiar y limitar su impacto a estos sectores.³⁹

En este caso existe una interpretación muy extensiva del principio de subsidiariedad que omite totalmente la existencia del principio de solidaridad. Al respecto, considero pertinente plantear un cuestionamiento a la legitimidad del Indecopi como autoridad administrativa para interpretar un principio constitucional yendo mucho más allá de los alcances establecidos por el propio TC. En mi opinión, Indecopi se ha extralimitado en sus funciones (en tanto su única justificación para

³⁸ Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y la Propiedad Intelectual, *Resolución 2550-2010/SC1-Indecopi*, 14 de setiembre de 2010.

³⁹ Alfredo Bullard, “El otro pollo. La competencia desleal del Estado por violación del principio de subsidiariedad”, *Revista de Derecho Administrativo*, núm. 10, 2011, p. 203.

haberse atribuido la potestad de redefinir el principio de subsidiariedad es que le compete proteger la libre competencia) y no solo ha ignorado la jurisprudencia del TC en su interpretación del principio de subsidiariedad, sino que incluso la ha contravenido al omitir la ponderación que el TC suele hacer entre ambos principios. En ese sentido, siendo que el supremo intérprete de la Constitución es el TC, que no se ha pronunciado respecto a este estándar interpretativo del principio de subsidiariedad, no podría considerarse una interpretación constitucional definitiva sino hasta que el mismo TC se pronuncie al respecto.⁴⁰

Respecto de la última resolución de Indecopi comentada en el presente artículo consideramos pertinente compartir una crítica de Kresalja que se pronuncia del siguiente modo en relación con su contenido:

En ese sentido, la reiterada mención a la ineficiencia en cualquier caso de empresas estatales, el cuestionamiento a que el Estado pueda brindar determinados servicios de salud amparado por ley, da una visión exagerada y parcial que no compatibiliza con la realidad social y económica de un país con tan grandes desigualdades como es el nuestro. Y olvida, en forma absurda, las parciales, discutibles pero indiscutibles obras en infraestructura y educación que ha hecho el Estado durante las últimas décadas para que la actividad económica privada pueda desarrollarse adecuadamente, y en qué irresponsable forma durante los últimos gobiernos de origen democrático muchas de esas actividades pasaron al poder del sector privado, en especial extranjero, a precios ridículos y sin consideración a las obligaciones que tienen con el entorno en el cual se desarrollan. La interpretación administrativa del principio de subsidiariedad está, pues, teñida de una ideología que privilegia sin contención la actividad privada en todos los campos posibles, impidiendo acciones de otro tipo que son necesarias para la comunidad.⁴¹

Luego de haber apreciado la forma en que una interpretación extensiva del principio de subsidiariedad puede romper el equilibrio de tensiones que existe naturalmente entre él y el principio de solidaridad, podemos enfatizar la importancia del desarrollo constitucional de ambos principios en la configuración del orden social económico de un Estado.

De algún modo, a través del desarrollo de ambos principios se ajustan las reglas de juego sobre las que actúa el Poder Legislativo. En ese sentido, el debate constitucional respecto de ambos principios jurídicos es fundamental para efectos de determinar el universo de lo que es jurídicamente posible y constitucionalmente viable

⁴⁰ Mario Huapaya y Juana Terrazos, "Principio de subsidiariedad: consideraciones respecto a la aplicación constitucional del numeral 14.3 del D. Leg. n.º 1044 en materia de actividad empresarial del Estado", *Revista Derecho y Sociedad*, núm. 31, 2008, p. 284.

⁴¹ Kresalja, *op. cit.*, p. 179.

en el ámbito de las políticas públicas y las políticas sociales. Quedarse al margen de la discusión constitucional de los principios de subsidiariedad y solidaridad podría tener consecuencias políticas inesperadas.

Podríamos llegar a que resulte constitucionalmente imposible que una organización política plantee servicios públicos universales en el marco de una política de Estado social de bienestar porque supondría crear competencia desleal contra el sector privado en flagrante vulneración del principio de subsidiariedad. De cualquier modo, parece que lo ideal es que mantengamos el equilibrio de tensiones entre ambos principios, para efectos de que la discusión sobre la legitimidad de las intervenciones públicas en la economía tenga que ser resuelta en una dinámica de caso por caso. Solo así podremos ser los ciudadanos, al votar, quienes válidamente podamos determinar si queremos un Estado social de bienestar o un Estado liberal, y no sea una autoridad administrativa la que decida por nosotros.

6. Conclusiones

El derecho peruano no es neutral en términos valorativos, así tengamos que renunciar a la pretensión de que se reconozca su análisis como una ciencia. La Constitución peruana, en su intención de establecer un conjunto mínimo de reglas y principios que faciliten la convivencia armónica de una comunidad política, tiene que establecer un sistema de valores que defiende, dejando de lado su neutralidad política. Estos valores pueden ser casi universales, como la protección de la dignidad de la persona humana, o configuraciones más específicas que suponen la protección de ciertas situaciones por encima de otras, como la protección del consumidor, la libre competencia o la protección del trabajador contra el despido arbitrario. La situación antes descrita es aplicable a toda la Constitución, incluyendo también a la llamada Constitución económica.

La Constitución económica juega un papel fundamental en la configuración del orden social y económico de un Estado. Es a través de las llamadas instituciones formales, como el derecho, que se constituyen las reglas de juego que influyen en la conducta de los actores sociales en la economía. Así, el derecho juega un papel crucial en el desarrollo de la economía peruana y en la construcción del orden social.

Hay una tensión entre los principios de subsidiariedad y solidaridad que permite que la discusión sobre la legitimidad de las intervenciones públicas en la economía tenga que resolverse, generalmente, en una dinámica de caso por caso. La tensión y el equilibrio entre ambos principios se debe a que persiguen fines que parecen contradictorios. Por un lado, el principio de subsidiariedad se constituye sobre el derecho a la libertad individual y procura limitar la actividad pública en la economía a lo mínimo necesario, es decir a que cubra las deficiencias o las omisiones del sector privado. Por otro lado, el principio de solidaridad se constituye sobre la igualdad material entre las personas y procura que se brinden las condiciones para el bienestar

en el pleno ejercicio de los derechos fundamentales de las personas y superando cualquier desigualdad, por lo general, a través de la actividad pública. La tensión entre ambos principios se observa en que extender los alcances de uno significa el desmedro del otro; de esta forma, ambos principios se regulan entre sí para efectos de armonizar la libertad individual con la igualdad y la solidaridad social.

La importancia de los principios de subsidiariedad y solidaridad en la configuración del orden económico y social peruano está precisamente en el equilibrio y la tensión que existe naturalmente entre ambos principios. Cuando se logra el equilibrio, se armoniza la libertad individual con la igualdad y la solidaridad social, usualmente en el marco de una economía social de mercado. Ahora bien, cuando el equilibrio entre ambos principios se rompe debido al pobre desarrollo de uno de ellos o a la interpretación extensiva de uno de ellos, se modifican los límites que normalmente se le establecen a la actividad del Estado en la economía, a favor o en contra de esta. El problema que reside en la ruptura del equilibrio entre ambos principios es que la decisión sobre el modelo de Estado en que los ciudadanos quieren vivir se traslada de los electores a la autoridad que ha desarrollado la interpretación extensiva o restrictiva de los principios de subsidiariedad o solidaridad.

Bibliografía

- ARCE, Elmer, *Teoría del derecho*, Lima, Fondo Editorial PUCP, 2013.
- ARIÑO, Gaspar, *Principios de derecho público económico. Modelo de Estado, gestión pública y regulación económica*, Granada, Comares, 1999.
- BLANCAS, Carlos, *La cláusula de Estado social en la Constitución. Análisis de los derechos fundamentales laborales*, Lima, Fondo Editorial PUCP, 2011.
- BULLARD, Alfredo, “El otro pollo. La competencia desleal del Estado por violación del principio de subsidiariedad”, *Revista de Derecho Administrativo*, núm. 10, 2011, pp. 199-209.
- CHAVANCE, Bernard, *Institutional Economics*, Nueva York, Routledge, 2009.
- DE VEGA, Pedro, *La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente*, Madrid, Editorial Tecnos, 1999.
- GROENEWEGEN, John, Antoon SPITHOVEN y Annette VAN DEN VERG, *Institutional Economics. An Introduction*, Nueva York, Palgrave Macmillan, 2010.
- HUAPAYA, Mario y Juana TERRAZOS, “Principio de subsidiariedad: consideraciones respecto a la aplicación constitucional del numeral 14.3 del D. Leg. n.º 1044 en materia de actividad empresarial del Estado”, *Revista Derecho y Sociedad*, núm. 31, 2008, pp. 277-284.
- INSTITUTO NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA Y LA PROPIEDAD INTELECTUAL, *Resolución 2550-2010/SC1-Indecopi*, 14 de setiembre de 2010.
- _____, *Resolución 3134-2010/SC1-Indecopi*, 29 de noviembre de 2010.

- KRESALJA, Baldo, *¿Estado o mercado? El principio de subsidiariedad en la Constitución peruana*, Lima, Fondo Editorial PUCP, 2015.
- KRESALJA, Baldo y César OCHOA, *El régimen económico de la Constitución de 1993*, Lima, Fondo Editorial PUCP, 2012.
- LANDA, César, “Reforma de la constitución económica: desde una perspectiva del Estado social de derecho”, *Academia de la Magistratura. Revista Institucional*, núm. 6, 2002, pp. 213-243.
- _____, *Constitución y fuentes del derecho*, Lima, Editorial Palestra Editores, 2006.
- _____, “Principios rectores y derechos fundamentales del administrado en el marco de la Constitución económica de 1993”, *Revista de Derecho Administrativo*, núm. 3, 2007, pp. 29-46.
- MARTIN, Richard, “Análisis de la ‘función normativa’ de los organismos reguladores”, *Revista IUS ET VERITAS*, año 12, núm. 24, 2002.
- MONTOYA, Victorhugo, “Principios rectores de la Constitución económica”, *Revista Foro Jurídico*, año 5, núm. 9, 2010, pp. 155-166.
- NORTH, Douglass, *Instituciones, cambio institucional y desempeño*, México, Fondo de Cultura Económica, 2012.
- PARDO, José Esteve, *El Estado garante. Idea y realidad*, Madrid, Instituto Nacional de Administración Pública, 2015.
- RODRÍGUEZ-ARANA, Jaime, *Interés general, derecho administrativo y Estado del bienestar*, Madrid, Editorial Iustel, 2012.
- RUBIO, Marcial, *El sistema jurídico. Introducción al derecho*, Lima, Fondo Editorial PUCP, 2009.
- SIECKMANN, Jan, “La ciencia jurídica y la idea de la teoría pura del derecho”, en Laura CLÉRICO y Jan SIECKMANN (coords.), *La teoría del derecho de Hans Kelsen*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2011.
- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ, *Sentencia recaída en el Expediente núm. 00008-2003-AI/TC*, 11 de noviembre de 2003.
- _____, *Sentencia recaída en el Expediente núm. 00004-2010-AI/TC*, 14 de marzo de 2011.
- ZAGREBELSKY, Gustavo, *La ley y su justicia*, Madrid, Editorial Trotta, 2008.

VOLVER A LA TABLA DE CONTENIDO

Fernando B. Escobar Pacheco* (Bolivia)

La Constitución económica olvidada en el debate sobre la estabilidad laboral en Bolivia

RESUMEN

En este trabajo el autor analiza el derecho fundamental a la estabilidad laboral en el ordenamiento jurídico boliviano, con el propósito de argumentar que los desarrollos jurisprudenciales en la materia soslayaron la consideración de la Constitución económica. Se pretende demostrar que, en ciertos casos, es necesario el uso de cláusulas económicas de la Constitución para balancear la situación de derechos fundamentales, principalmente cuando tienen un considerable costo económico. Con casos de jurisprudencia boliviana, lejos de proponer una receta de equilibrio, este trabajo ejemplifica el valor que puede tener la Constitución económica en la interpretación constitucional.

Palabras clave: estabilidad laboral, Constitución económica, jurisprudencia constitucional.

ZUSAMMENFASSUNG

Der Autor befasst sich im vorliegenden Beitrag mit der Stellung des Grundrechts auf Beschäftigungssicherheit in der bolivianischen Rechtsordnung. Dabei vertritt er die Auffassung, dass die Wirtschaftsverfassung bei der Fortentwicklung der Rechtsprechung auf diesem Gebiet nicht in Betracht gezogen wird. Es soll aufgezeigt werden, dass in bestimmten Fällen der Rückgriff auf die Wirtschaftsklauseln der Verfassung für eine angemessene Berücksichtigung der Menschenrechte notwendig ist, insbesondere wenn damit beträchtliche Kosten verbunden sind. Anhand von Fällen aus der bolivianischen Rechtsprechung wird beispielhaft aufgezeigt, welchen Beitrag die Wirtschaftsverfassung zur Verfassungsauslegung leisten kann, wobei jedoch kein Rezept für die Herstellung eines ausgewogenen Verhältnisses vorzulegen.

* Abogado constitucionalista e internacionalista; doctorante en Derecho; magíster en Derecho Internacional y Comparado y en Ciencias Sociales de la Universidad de Lausanne (Suiza). Profesor en varios programas académicos. fernandoescobarp@gmail.com

Schlagwörter: Beschäftigungssicherheit, Wirtschaftsverfassung, Verfassungsrechtssprechung.

SUMMARY

In this work, the author analyzes the fundamental right to employment stability in the Bolivian legal system, arguing that the jurisprudential developments on the subject have avoided consideration of the economic constitution. The author seeks to demonstrate that, in certain cases, the use of economic clauses of the Constitution is necessary to balance the situation of fundamental rights, mainly when they have a considerable economic cost. With cases of Bolivian jurisprudence, far from proposing a recipe for balance, this work exemplifies the value that the economic constitution can have in constitutional interpretation.

Key words: Employment stability, economic constitution, constitutional jurisprudence.

Introducción

Este trabajo se ocupa de la relación entre la aplicación de un derecho fundamental y el contexto constitucional normativo-económico en el que este se encuentra proclamado en Bolivia. A dicho efecto, se ha seleccionado el derecho fundamental a la estabilidad laboral.

La estabilidad laboral no es nueva en el constitucionalismo boliviano. Recordemos que la Constitución Política del Estado de 1967 (CPE 1967) ya la reconocía;¹ sin embargo, normas infraconstitucionales desde 2006² y la propia Constitución Política del Estado de 2009 (CPE), vigente, la han incluido en una dinámica diferente, no solo porque se le ha dado la triple dimensión derecho, garantía y principio, sino porque, además, ha sido alejada de una posición meramente programática.

Mi análisis abarca el debate judicial y el pronunciamiento de las cortes sobre la estabilidad laboral, a efectos de examinar en qué medida este derecho fundamental, que en el constitucionalismo boliviano anterior aparecía como enunciado normativo programático, se constituye hoy en un derecho justiciable y directamente aplicable.

El derecho fundamental a la estabilidad laboral es un ejemplo válido para producir reflexiones iusfilosóficas acerca de los derechos fundamentales, principalmente sobre su relación con la institucionalidad económica que el constituyente

¹ El artículo 157.2 de la CPE 1967 (reformada en 1994 y 2004) señalaba: “Corresponde al Estado crear condiciones que garanticen para todos posibilidades de ocupación laboral, estabilidad en el trabajo y remuneración justa”.

² La primera norma que incluyó un esquema de estabilidad laboral “justiciable” fue el Decreto Supremo (DS) 28699 del 1 de mayo de 2006, el cual dejó sin efecto el artículo 55 del DS 21066, norma que incorporaba la libre rescisión de contratos de trabajo.

ha establecido en la Carta política. En ese contexto, considero que el ejemplo tiene tres virtudes apreciables.

En primer lugar, plasma una situación estructural de efecto horizontal de los derechos fundamentales; al ser un derecho de aplicación directa entre particulares (*drittwirkung*),³ con fuertes implicancias económicas, el derecho a la estabilidad laboral relaciona al trabajador, como titular del derecho, con su empleador, destinatario. En este esquema, el Estado debe tomar medidas para asegurar que el trabajador conserve su fuente de trabajo, pero, al mismo tiempo, debe generar condiciones para que el empleador subsista.

En segundo lugar, coadyuva a la desmitificación de la dicotomía tradicional de protección entre derechos individuales y derechos sociales, considerando que, como se dijo, la vigencia de este derecho requiere, al mismo tiempo, medidas de libertad e igualdad, y que no es sostenible asegurar la estabilidad laboral sin garantías de subsistencia para empleadores.

En tercer lugar, el tránsito de la progresividad a la ejecutabilidad, que ha tenido en Bolivia la fórmula de estabilidad laboral entre la Constitución de 1967 y la actual Constitución de 2009, atestigua la versatilidad de las normas de derechos fundamentales, es decir que cualquier norma de derecho fundamental puede transitar hacia un mayor o menor grado de justiciabilidad, sin más requisito que la decisión política o la proactividad judicial.

La vigencia constitucional de la estabilidad laboral en esta nueva situación de justiciabilidad tiene fuertes repercusiones en las relaciones jurídico-económicas de trabajo, como hasta quiénes y hasta dónde llega la estabilidad laboral, la determinación de causales legítimas de despido, el incremento de litigios constitucionales en materia laboral, etc. En estas líneas pretendo demostrar que la interpretación constitucional sobre derechos fundamentales que tienen una incidencia económica no puede prescindir del análisis sistemático de la CPE, especialmente de las cláusulas contenidas en la Constitución económica, por cuanto en la labor hermenéutica de interpretar el sentido de un derecho fundamental no nos podemos limitar a su contenido retórico y asilado del resto del texto constitucional.

En el caso de la estabilidad laboral en Bolivia, creo que es indispensable considerar su incidencia en otras normas constitucionales. Se propone metodológicamente realizar un análisis jurisprudencial sobre los últimos fallos del Tribunal Constitucional Plurinacional y el Tribunal Supremo de Justicia en materia de estabilidad laboral, para demostrar que obviar la Constitución económica no conduce al mejor resultado hermenéutico.

³ La Corte Federal del Trabajo de Alemania asumió que el trabajador se encuentra en una situación de inferioridad análoga a la del individuo frente al Estado (Ulrich Preuß, "The German *Drittwirkung* Doctrine and its Socio-Political background", en Andras Sajó y Renáta Uity, *The Constitution in Private Relations: Expanding Constitutionalism*, Países Bajos, Eleven International Publishing, 2005, p. 23).

El presente ensayo está organizado en cuatro partes: en la primera se hace referencia a los desarrollos normativos y jurisprudenciales sobre el derecho al trabajo y el derecho a la estabilidad laboral; en la segunda, se expone el contenido de la Constitución económica en Bolivia; y en la tercera parte se analiza jurisprudencia sobre preaviso laboral y estabilidad aplicable a gerentes de empresas; en la última parte se ofrecen las conclusiones de este trabajo.

1. El derecho al trabajo y la estabilidad laboral en Bolivia

La Constitución Política del Estado vigente, a diferencia de su predecesora, reconoce no solo el derecho al trabajo, sino que expresamente establece el derecho fundamental a una fuente laboral estable.⁴ En ese contexto, existen dos derechos fundamentales diferentes en el texto constitucional, pero que, a mi modo de ver, tienen una innegable relación intrínseca, que amerita un breve desarrollo conceptual.

En el actual contexto social y económico, una de las dimensiones más importantes del individuo es la de *homo faber*, no solamente desde la perspectiva de vehículo de acceso a la propiedad privada, sino como escenario fundamental del ejercicio del libre desarrollo de la personalidad, y la persecución del bienestar individual, familiar y de la comunidad.

El derecho al trabajo ocupa un lugar privilegiado en el texto constitucional boliviano, no solo porque su desarrollo es más amplio en relación con la Constitución anterior,⁵ sino porque la Constitución actual le otorga reconocimiento desde el preámbulo,⁶ lo incluye como fin constitucional del Estado⁷ y le asigna la Sección III del Capítulo Quinto del Título II de la carta política.

El derecho al trabajo ha sido definido por el Tribunal Constitucional de Bolivia⁸ como “la potestad, capacidad o facultad que tiene toda persona para desarrollar cualquier actividad física o intelectual tendiente a generar su sustento diario como

⁴ Artículo 46 de la CPE. “I. Toda persona tiene derecho: 1. Al trabajo digno, con seguridad industrial, higiene y salud ocupacional, sin discriminación, y con remuneración o salario justo, equitativo y satisfactorio, que le asegure para sí y su familia una existencia digna. 2. A una fuente laboral estable, en condiciones equitativas y satisfactorias”.

⁵ CPE, artículos 5, 7.10 y 156 a 164.

⁶ El tercer párrafo del Preámbulo de la CPE señala: “Un Estado basado en el respeto e igualdad entre todos, con principios de soberanía, dignidad, complementariedad, solidaridad, armonía y equidad en la distribución y redistribución del producto social, donde predomine la búsqueda del vivir bien; con respeto a la pluralidad económica, social, jurídica, política y cultural de los habitantes de esta tierra; en convivencia colectiva con acceso al agua, trabajo, educación, salud y vivienda para todos”.

⁷ El artículo 8.I de la CPE señala entre los fines del Estado, “Garantizar el acceso de las personas a la educación, a la salud y al trabajo”.

⁸ Sentencia 1132/2000-R del 1 de diciembre de 2000.

el de su familia”. Asimismo, el propio Tribunal Constitucional estableció que “supone que toda persona goce del mismo en condiciones justas, equitativas y satisfactorias, para lo cual dichos Estados garantizarán en sus legislaciones nacionales, de manera particular: a. Una remuneración que asegure como mínimo a todos los trabajadores condiciones de subsistencia digna y decorosa para ellos y sus familias y un salario equitativo e igual por igual trabajo, sin ninguna distinción”.⁹

El derecho al trabajo relativiza la comprensión de la dicotomía entre derechos individuales y derechos sociales.¹⁰ Este derecho fundamental tiene una esencia pluri-dimensional, puesto que implica varios componentes como la seguridad industrial, higiene y salud ocupacional, la equidad en la remuneración o salario justo, equitativo y satisfactorio, la no discriminación,¹¹ salario mínimo, incrementos salariales; reincorporación; descansos remunerados y feriados; cómputo de antigüedad, jornada laboral, horas extras, recargo nocturno, dominicales; aguinaldos, bonos, primas u otros sistemas de participación en las utilidades de la empresa; indemnizaciones y desahucios; maternidad laboral; capacitación y formación profesional,¹² y otros conexos, como el derecho a organizarse en sindicatos¹³ y el derecho a la huelga.¹⁴

Por otra parte, el enunciado normativo “derecho a la fuente laboral estable” del artículo 46 de la CPE contiene dos derechos fundamentales. De un lado, el derecho a que el Estado cree fuentes de trabajo; este es un derecho prestacional progresivo y programático, por el cual el Estado debe asegurar políticas públicas de otorgación de fuentes de empleo en condiciones equitativas y satisfactorias. Así, el artículo 54.I de la CPE dispone: “I. Es obligación del Estado establecer políticas de empleo que eviten la desocupación y la subocupación, con la finalidad de crear, mantener y generar condiciones que garanticen a las trabajadoras y los trabajadores posibilidades de ocupación laboral digna y de remuneración justa”.

De otro lado, el derecho a la estabilidad laboral, o a conservar la fuente de trabajo, proclamado el 1 de mayo de 2006 como derecho directamente ejecutable y justiciable ante las autoridades administrativas y judiciales en Bolivia,¹⁵ a través del DS 28699. Esta norma derogó expresamente el artículo 55 del DS 21060 del 29 de agosto de 1985, que preveía la libre contratación y rescisión en las relaciones laborales, y en su artículo 10.I estableció: “[C]uando el trabajador sea despedido por causas no

⁹ Sentencia 0102/2003 del 4 de noviembre de 2003.

¹⁰ Peter Häberle, *L'Etat constitutionnel*, Marsella, Economica - PUAM, 2004, p. 206.

¹¹ CPE, artículo 46.

¹² CPE, artículo 49.II.

¹³ Artículo 51.I de la CPE: “Todas las trabajadoras y los trabajadores tienen derecho a organizarse en sindicatos de acuerdo con la ley”.

¹⁴ Artículo 53 de la CPE: “Se garantiza el derecho a la huelga como el ejercicio de la facultad legal de las trabajadoras y los trabajadores de suspender labores para la defensa de sus derechos, de acuerdo con la ley”.

¹⁵ Aunque, como veremos, existía ya una forma de estabilidad laboral dirigida exclusivamente a grupos vulnerables, creada mediante jurisprudencia constitucional.

contempladas en el art. 16 de la LGT, podrá optar por el pago de beneficios sociales o por su reincorporación”. Esta norma fue reglamentada mediante la Resolución Ministerial 551/06.

Para el connotado jurista mexicano Mario de la Cueva, el derecho fundamental a la estabilidad laboral “apareció como una de las manifestaciones más cristalinas de la justicia social [...] la estabilidad laboral en el trabajo es la certeza del presente y del futuro”,¹⁶ precisión que considero de suma importancia, puesto que permite afirmar que la estabilidad laboral es producto del constitucionalismo social y que tiene la finalidad de generar un sentimiento de seguridad en el trabajador para evitar la angustia de la inseguridad e inestabilidad en el trabajo.

La estabilidad laboral en Bolivia tiene una connotación tridimensional, tomando en cuenta que se constituye en principio interpretativo de las normas sociales, garantía constitucional¹⁷ y derecho fundamental. La estabilidad laboral como mandato objetivo de protección tiene como núcleo esencial el derecho de la persona a mantener su puesto de trabajo; por ende, establece la interdicción de la arbitrariedad del empleador, quien se encuentra constreñido a utilizar alguna causal reglada de despido, es decir, aplicable únicamente cuando existan causales previstas por ley.

Sin embargo, es necesario precisar que la estabilidad laboral en la doctrina se clasifica como absoluta o rígida, y relativa.¹⁸ Al no existir ningún derecho fundamental que pueda ser tildado de absoluto, prefiero usar la denominación de estabilidad laboral rígida.

La primera forma de estabilidad laboral rígida es la que en la jurisprudencia constitucional boliviana también se conoce como inamovilidad laboral, en virtud de la cual un trabajador no puede ser despedido de su fuente de trabajo, ni siquiera por las causas legales de despido establecidas por el artículo 16 de la LGT, pues esta forma de estabilidad laboral se encuentra reservada para grupos vulnerables,¹⁹ a menos que su destitución sea producto de un proceso administrativo sancionador con ciertas particularidades, como el caso del diferimiento de la sanción, o de excepciones a la inamovilidad en virtud de la naturaleza del cargo ejercido.

¹⁶ Mario de la Cueva, *El nuevo derecho mexicano del trabajo*, México, Editorial Porrúa, 1978, p. 219.

¹⁷ Como recurrentemente ha sido calificado por la jurisprudencia constitucional; ver, por ejemplo, la Sentencia Constitucional Plurinacional 0009/2017.

¹⁸ El Auto Supremo 545/2015 del 4 de agosto de la Sala Contenciosa y Contenciosa Administrativa, Social y Administrativa Primera del Tribunal Supremo de Justicia estableció: “Sobre lo que es estabilidad laboral, la doctrina en la materia, distingue dos grandes bloques, pues estima la existencia de la estabilidad laboral absoluta, que es sinónimo de inamovilidad laboral, y la estabilidad laboral relativa, en la que rompiendo un criterio de flexibilización impone que para su vigencia no medien actos injustificados de parte del empleador”.

¹⁹ Se puede revisar esta línea jurisprudencial, entre muchas otras, en las sentencias constitucionales: SSCC 0068/2003-R, 0632/2004-R, 0086/2012, 0235/2007-R, 0846/2012, 1934/2013, 0614/2012, 0391/2012, 0390/2014.

Por otra parte, la estabilidad laboral relativa es aquella que protege a todos los trabajadores, salvo que se acredite una de las causales legales de despido estipuladas por el ordenamiento jurídico boliviano.²⁰ En Bolivia, esas causales son las previstas por el artículo 16 de la Ley General del Trabajo (LGT) y el artículo 9 del Decreto Reglamentario a la Ley General del Trabajo. Sin embargo, también pueden formar parte otras causales de terminación de la relación laboral, no previstas en estas dos normas, siempre y cuando no se amparen en el principio de flexibilidad laboral. La falta de adecuación de la norma laboral al texto constitucional ha generado que no exista una tipificación clara de las causas razonables de terminación de la relación laboral ni de sus medios de comprobación, a diferencia del Convenio 158 de la OIT, que es más explícito en el momento de reconocer causales de las que puede desencadenarse una terminación de la relación laboral justificada; sin embargo, el referido Convenio no se encuentra ratificado por Bolivia y, por tanto, no es aplicable.

A efectos de exigir la protección del derecho a la estabilidad laboral, impugnando un despido injustificado, en Bolivia existen tres mecanismos procesales: primero, la vía administrativa a través de demandas de reincorporación²¹ ante el Ministerio del Trabajo, Empleo y Previsión Social, por medio de las inspectorías del trabajo en la vía administrativa. Segundo, la vía judicial ante los jueces del trabajo y seguridad social, mediante una demanda laboral de solicitud de reincorporación por despido injustificado.²² Finalmente, la tercera vía es la Constitucional,²³ mediante la acción

²⁰ El Auto Supremo 545/2015 del 4 de agosto de la Sala Contenciosa y Contenciosa Administrativa, Social y Administrativa Primera del Tribunal Supremo de Justicia señaló al respecto: “[E]l despido confrontado al principio de estabilidad y continuidad laboral, en el campo de la regulación de las relaciones laborales, encuentra límite no solo en la existencia de razones justificadas”.

²¹ En relación con la vía administrativa, la solicitud de reincorporación se rige por el DS 28699 del 1 de mayo de 2006 y el DS 495 del 1 de mayo de 2010, normas que plantean que cuando un trabajador haya sido despedido por causas no contempladas en el artículo 16 de la LGT, podrá optar por el pago de los beneficios sociales o por su reincorporación.

²² Por otra parte, la vía judicial consiste en la posibilidad que tiene un trabajador a efectos de demandar judicialmente su reincorporación a su fuente de trabajo, reclamando que ha sido injustificadamente despedido. Esta competencia de los jueces laborales en Bolivia emana del artículo 9 del Código Procesal del Trabajo (CPT), por el cual la Judicatura del Trabajo tiene competencia para decidir las controversias emergentes de los contratos individuales y colectivos del trabajo, de la aplicación de las leyes de seguridad social, vivienda de interés social, denuncias por infracción de leyes sociales.

²³ La vía constitucional, instaurada para vigilar el cumplimiento de las resoluciones emitidas en la vía administrativa por el DS 0495, que modifica el DS 21698, estableció que la conminatoria es obligatoria en su cumplimiento, por lo que el trabajador podrá interponer las acciones constitucionales que correspondan, tomando en cuenta la inmediatez de la protección del derecho constitucional de estabilidad laboral. Esta normativa generó entendimientos como el de la Sentencia Constitucional Plurinacional 0138/2012 del 4 de mayo, modificando el alcance anterior, que determinaba que la vía de impugnación de una omisión de reincorporación era la judicatura laboral (sentencias constitucionales 0880/2004-R, 920/2002-R, 776/2003-R, 1072/2003-R, 1373/2003-R, 1460/2003-R, 314/2004-R). En este sentido, la justicia

de amparo constitucional, con dos funciones: una destinada a proteger a los grupos vulnerables, a través del amparo en casos de inamovilidad; y otra, a efectos de que la justicia constitucional haga cumplir conminatorias de reincorporación emitidas por la instancia administrativa en casos de estabilidad laboral relativa.

2. La Constitución económica en Bolivia y el derecho a la libertad de empresa

Históricamente el término Constitución económica se vincula con la idea del Estado social. Esto se puede constatar en la coincidencia entre la existencia de catálogos de disposiciones constitucionales económicas expandidos con el surgimiento del proceso histórico conocido como constitucionalismo social con las constituciones de principios del siglo XX, de Querétaro y Weimar. Esto no significa que no puedan existir constituciones económicas de un constitucionalismo de mercado.²⁴

De acuerdo con esta doctrina, como lo anota Lasa López,²⁵ la Constitución económica del Estado social, tiene su fundamento legitimador en la preminencia normativa de las disposiciones referidas a la forma de Estado que se traducen en la configuración del Estado social como la decisión constitucional fundamental que impone una relación de funcionalidad a las disposiciones que articulan la Constitución económica y un vínculo social como fuente de definición y límite al mercado.

La historia de la Constitución económica en Bolivia comienza con la Constitución de 1938,²⁶ puesto que hasta antes de 1880 las constituciones en Bolivia no incorporaron disposiciones relativas al orden económico. El profesor Dermizaky afirmaba que la razón para que esto haya sucedido fue el espíritu individualista y liberal, expresión de la Revolución francesa. En mérito a las reformas del constitucionalismo social, en 1938 se incorporó en la Constitución boliviana una sección específica denominada del régimen económico financiero, la misma que con simples cambios perduró hasta 2009 cuando se aprobó la actual Constitución Política del Estado.

constitucional tiene plenas facultades para supervigilar el cumplimiento de las conminatorias que emite el Ministerio del Trabajo, no siendo necesario acudir a la judicatura laboral.

²⁴ No existe definición sobre constitucionalismo, pero, en un sentido moderno, requiere imposición de límites al poder, adherencia al Estado de derecho y protección de derechos fundamentales (Michel Rosenfeld, "Modern Constitutionalism as Interplay Between Identity and Diversity", en Michel Rosenfeld (ed.), *Constitutionalism Identity, difference, and Legitimacy*, Durham, Duke University Press, 1994, p. 3).

²⁵ Ainhoa Lasa López, *Constitución Económica y derecho al trabajo en la Unión Europea*, Granada, Editorial Comares, 2011, p. 4.

²⁶ Al respecto, ver Pablo Dermizaky Peredo, *Derecho constitucional*, 10 ed., Cochabamba, Grupo Editorial Kipus, 2011; en el mismo sentido, William Herrera Añez, "La Constitución económica boliviana", *Revista Boliviana de Derecho*, núm. 1, 2006, pp. 61-83.

La Constitución económica de la actual carta política, si bien se encuentra de alguna manera transversalizada en el texto constitucional, se puede reconocer claramente contenida en la Parte Cuarta de la CPE, titulada Estructura y organización económica del Estado.

En reiteradas cláusulas se caracteriza el modelo económico boliviano como una economía plural, concebida a la luz del Estado social. Así, si bien se reconoce la existencia de la iniciativa privada, esta debe ser siempre asimilada en el escenario de subordinación del propio proceso económico marcado en la Constitución.

La Constitución económica boliviana plural²⁷ reconoce y protege distintos modos de producción. Por esta razón, su vocación es ser tal en un Estado social de derecho, en el que el modelo productivo privado como componente de la economía boliviana debe estar siempre subordinado a una visión social de la construcción de la realidad del país con miras a erradicar la pobreza y las desigualdades.

En ese contexto, la libertad de empresa, la iniciativa privada y el ejercicio del comercio se encuentran absolutamente garantizados (CPE, art. 47), bajo la idea de subordinación de la libre iniciativa privada a disposiciones sociales que pudieran limitar ese ejercicio. Por ello, en este modelo de economía plural del Estado social, los principios que inspiran a la economía plural buscan complementar el interés individual con el vivir bien colectivo, como lo precisa el artículo 306.III de la CPE.

Entre los aspectos que definen a la economía plural boliviana tenemos el artículo 311.II.5 de la CPE, que afirma el respeto a la iniciativa empresarial y la seguridad jurídica, dinámica en la cual la organización económica se sustenta en la obligación de generar trabajo digno y contribuir a la reducción de las desigualdades y a la erradicación de la pobreza (CPE, art. 312 II).

En este escenario, el artículo 313.1 de la CPE determina que para eliminar la pobreza y la exclusión social y económica, la organización económica boliviana establece como propósito la generación del producto social en el marco del respeto de los derechos individuales, así como de los derechos de los pueblos y las naciones.

Es decir, existe un innegable reconocimiento de la empresa en la Constitución económica boliviana, con el fin de que esta coadyuve a la erradicación de la pobreza y la redistribución económica del producto social para reducir desigualdades.

Esta empresa de la Constitución económica plural del Estado social de derecho es titular del derecho fundamental a la libertad de empresa contenido en el artículo 308.II de la CPE. A pesar de que el artículo no se encuentra en el Título II de la Constitución Política del Estado –referido a los derechos fundamentales y garantías–, considerando su contenido sustantivo –proclama que “se garantiza la libertad de

²⁷ El artículo 306.I de la CPE, por su parte, señala que el modelo económico boliviano es plural y está orientado a mejorar la calidad de vida y el vivir bien de todas las bolivianas y todos los bolivianos. Por su parte, el artículo 306.II señala que la economía plural está constituida por las formas de organización económica comunitaria, estatal, privada y social cooperativa.

empresa” y establece que su limitación solo puede hacerse bajo reserva de ley–, no podemos sino estar frente a un auténtico derecho fundamental.

El contenido de este derecho fundamental del artículo 308.II de la CPE implica que ninguna intervención del Estado puede ser arbitraria, irrazonable, desvirtuar el núcleo o contenido esencial de este derecho fundamental o imponer una limitación que no tenga una finalidad necesaria en el orden económico constitucional del Estado.

En ese contexto, considero indispensable tomar en cuenta que estas disposiciones de la Constitución económica son necesarias para las reflexiones sobre la estabilidad laboral en Bolivia.

Las disposiciones de la Constitución económica tienen un sentido más progresivo (carta de navegación) que de efecto directo, como, por ejemplo, el artículo 306. I de la CPE, el cual señala: “El modelo económico boliviano es plural y *está orientado* a mejorar la calidad de vida y el vivir bien de todas las bolivianas y los bolivianos”. No obstante, entre Constitución económica y realidad de la economía puede existir una gran brecha; no podemos negar que son normas que deben justamente guiar la conducta de los intérpretes de la Constitución.

3. La estabilidad laboral en acción

3.1. ¿Preaviso frente a estabilidad laboral?

La palabra preaviso definida por el *Diccionario de la Lengua Española* “es el aviso obligatorio previo a la realización de un acto”. En materia laboral, una de las formas de preaviso es la notificación obligatoria previa que realiza una de las partes de una relación laboral a la otra, a efectos de comunicar la culminación de la relación. A mi modo de entender, las finalidades del preaviso laboral son: i) desde la óptica del trabajador, tener un periodo de tiempo remunerado en el que sea consciente de la finalización de la relación laboral, en el que pueda buscar una nueva fuente de empleo; ii) desde la perspectiva del empleador, tener un periodo de tiempo para buscar y formar a un sustituto antes de que asuma la función. Es decir, conceptualmente, el preaviso se constituye en un aviso anticipado del acto de terminación laboral, pero no es el acto de culminación en sí mismo.

En un reciente fallo –Sentencia Constitucional Plurinacional 009/2017–, el Tribunal Constitucional declaró la inconstitucionalidad del artículo 12 de la LGT,²⁸ norma

²⁸ Artículo 12: el contrato podrá pactarse por tiempo indefinido, cierto tiempo o realización de obra o servicio. En el primer caso, ninguna de las partes podrá rescindirle sin previo aviso a la otra, conforme a las siguientes reglas: 1) tratándose de contratos con obreros, con una semana de anticipación, después de un mes de trabajo ininterrumpido; con 15 días, después de 6 meses y con 30, después de un año; 2) tratándose de contratos con empleados, con 30 días de anticipación por el empleado y con 90 por el patrono después de tres meses

que establecía la figura del preaviso a la culminación del contrato de trabajo; sin embargo, antes de que ello sucediera se emitieron dos sentencias constitucionales que generaron debate y controversia sobre la relación entre preaviso y estabilidad laboral en Bolivia.

En primer lugar, el Tribunal Constitucional de Bolivia, en la SCP 1262/2013 del 1 de agosto, a efectos de decidir una controversia²⁹ en la que se discutía la aplicación del artículo 12 de la LGT, estableció que el preaviso no había sido suprimido del ordenamiento jurídico, pero que tenían que establecerse subreglas para compatibilizarlo con la estabilidad laboral. Así, la referida sentencia estableció: i) en caso de despido con el preaviso establecido en el artículo 12 de la LGT, el trabajador puede aceptar la desvinculación y recibir sus beneficios sociales salvo el desahucio; ii) si el trabajador no acepta el preaviso, podrá optar por su reincorporación; iii) en caso de que el empleador, no obstante conocer que no se aceptó el preaviso, materialice el despido, la trabajadora o el trabajador podrán solicitar su reincorporación; iv) en caso de que el empleador no cumpla con la conminatoria de reincorporación que emitan las jefaturas departamentales, la trabajadora o el trabajador tiene la facultad de acudir a la justicia constitucional para exigir el cumplimiento.

Estas subreglas se sustentaron en que la referida SCP 1262/2013 entendió que la institución del preaviso establecida en el artículo 12 de la LGT resulta contraria a la estabilidad laboral, al representar desvinculación laboral por la sola voluntad del empleador sin que medie una causa legal justificada. Asimismo, entendió que, para su materialización, el derecho fundamental a la estabilidad laboral excluye toda decisión unilateral del empleador de extinguir la relación laboral sin que exista una causa legal justificada. Con base en este razonamiento, entendió que la conminatoria de reincorporación era correcta y, por tanto, concedió la tutela impetrada en la acción de amparo, disponiendo la reincorporación del trabajador.

Con ese desarrollo argumentativo considero que comenzó la mitificación sobre la idea de un preaviso contrario a la estabilidad laboral; a mi modo de ver, la referida sentencia confundió la noción de despido con la de preaviso, y en lugar de realizar una clarificación conceptual, a efectos de determinar que el preaviso era el mecanismo por el cual se comunicaba el despido, y no el despido en sí mismo, entendió que el artículo 12 de la LGT disponía la posibilidad del despido sin causa justificada.

Posteriormente a la señalada sentencia, se presentó una problemática similar que fue resuelta por otra Sala del mismo Tribunal Constitucional mediante la SCP

de trabajo ininterrumpido. La parte que omitiere el aviso abonará una suma equivalente al sueldo o salario de los periodos establecidos.

²⁹ Un trabajador del Seguro Social Universitario de La Paz había sido notificado mediante un preaviso del 11 de junio de 2012, con la decisión de la culminación de la relación laboral con esa institución. El trabajador consideró que, desde la vigencia de la Constitución Política del Estado, del DS 28699 y la derogatoria del artículo 55 del DS 21060, estaba vigente el derecho a la estabilidad laboral. El seguro Social Universitario de La Paz respaldaba su decisión en el artículo 12 de la LGT, como se lo hizo saber al trabajador.

0907/2016-S3 del 26 de agosto,³⁰ la que entendió que los contratos se constituyen en una de las fuentes por excelencia que materializan el principio de la autonomía de la voluntad, citando el artículo 454 del Código Civil, referido a la libertad contractual. Con base en este último señaló que es un principio aplicable a relaciones de trabajo, por el cual es posible incorporar la cláusula de preaviso a relaciones de trabajo estipuladas por el artículo 12 de la LGT. Asimismo, se refirió a la SCP 1262/2013, señalando que esta no dispuso de manera expresa la expulsión del ordenamiento jurídico del artículo 12 de la LGT; en consecuencia, concluyó que la conminatoria de reincorporación, al no haber considerado estos aspectos, no estaba debidamente fundamentada y, por tanto, no podía ameritar una tutela constitucional y no se dispuso la reincorporación del trabajador.

Finalmente se emitió la SCP 0009/2017 del 24 de marzo de 2017, la cual dispuso la inconstitucionalidad del artículo 12 de la LGT y del artículo único del DS 6813 del 3 de julio de 1964,³¹ argumentando:

1. El preaviso en su aplicación se limitó a liberar al empleador de cancelar el desahucio, no existiendo casos en los cuales el trabajador haya hecho uso de este instituto;
2. La figura del preaviso antes era compatible con el orden jurídico laboral en atención al art. 55 del DS 21060, pero la disposición fue dejada sin efecto por el DS 28699;
3. El preaviso es susceptible de ser utilizado para justificar un despido arbitrario sin que medie causa legal alguna;
4. El preaviso se encuentra desfasado con el principio de estabilidad laboral del art. 46, por lo que viola el principio de supremacía constitucional.

En el análisis global de estas sentencias es evidente que el artículo 12 de la LGT fue entendido como una norma habilitante de un despido injustificado; sin embargo, de una interpretación literal de la norma también se puede arribar a una interpretación distinta, en el sentido de que no es una norma sustantiva relativa al despido, sino una norma que estableció la garantía de aviso previo a la terminación de la relación laboral.

En ese contexto, también desde el punto de vista hermenéutico, se pudo haber utilizado la concordancia práctica con otras normas de la Ley General del Trabajo, como el artículo 16 de la LGT, y con normas constitucionales, como los artículos 46

³⁰ Se trata del caso de una trabajadora de Petrobras Bolivia S.A., quien denunció que fue notificada por una Notaria de Fe Pública con una nota de preaviso, donde se le comunicaba que su relación laboral concluiría en 90 días.

³¹ El artículo único del DS 6813 estableció: “A partir de la fecha, el preaviso de retiro para obreros será de 90 días después de 3 meses de trabajo ininterrumpido, al igual que para los empleados”.

y 308.II de la CPE, para, a través de una interpretación conforme con la Constitución, determinar que un preaviso compatible con la estabilidad laboral es posible.

De ahí que las subreglas y el entendimiento desarrollados por la SCP 1262/2013 eran innecesarios; por su parte, la SCP 0907/2016-S3 utilizó entre sus fundamentos el principio de autonomía de la voluntad y la presunción de constitucionalidad del artículo 12 de la LGT, argumentos que tampoco eran necesarios, puesto que independientemente de que se hubiese estipulado o no una cláusula relativa al preaviso en el caso concreto, el artículo 12 de la LGT estaba vigente, como ya lo había reconocido la propia SCP 1262/2013.

La SCP 0907/2016-S3 generó polémica en Bolivia, porque fue entendida como que el Tribunal Constitucional hubiese restituido el despido contrario a las reglas de la estabilidad laboral. Ante esto, la Sala Plena del Tribunal Constitucional Plurinacional decidió emitir un comunicado de prensa el 13 de enero de 2016, donde estableció que decidió no avocar las sentencias 1262/2013 y 907/2016-S3, puesto que consideraba que la SCP 907/2016-S3 era un fallo aislado y, por ende, estableció que la SCP 1262/2013 constituía la jurisprudencia vigente. Más allá de que en todas estas decisiones, incluido el comunicado de prensa, se evidencia que no existió un manejo adecuado de técnica jurisprudencial, es claro que la génesis del problema comenzó con la interpretación mitificante³² de que preaviso y estabilidad son incompatibles.

Por su parte, la SCP 0009/2017 mantuvo la idea de preaviso como sinónimo de despido sin causa justificada, sustentándose en la forma en la cual entiende que se aplica en la realidad social. Asimismo, el elemento neurálgico del fallo constitucional, lejos de ser el contraste normativo, fue cómo asumió que en la práctica funcionaba el artículo 12 de la LGT. Al margen de las cuestionantes argumentativas y sobre los efectos de la inconstitucionalidad total de las normas contenidas en el artículo 12 de la LGT, el problema central de la sentencia es que se mantuvo en la idea de que no existe la posibilidad de un preaviso compatible con la estabilidad laboral.

Mi hipótesis es que una interpretación diferente del artículo 12 de la LGT hubiese sido más favorable para todos los actores de la relación laboral. Un preaviso compatible con la estabilidad laboral implica no desconocer que todos los trabajadores tienen estabilidad, conforme al artículo 46 de la CPE, y que, por tanto, solo pueden ser despedidos por causales legales de destitución; pero, al mismo tiempo, significa que cualquier despido solo se podría hacer efectivo luego de que el trabajador haya tenido el tiempo previsto por el artículo 12 de la LGT para buscar una nueva fuente de empleo. Asimismo, conforme al artículo 308.II de la CPE, otorgar a la empresa la posibilidad de buscar al sustituto anticipadamente resulta de suma importancia, pues el abandono intempestivo del trabajador no coadyuva a la continuidad de las labores de la empresa.

³² Según una de las acepciones del *Diccionario de la Lengua Española*, un mito es una “[p]ersona o cosa a la que se atribuyen cualidades o excelencias que no tiene”.

Por su parte, en relación con la noción de preaviso como derecho del trabajador a efectos de tener un tiempo previo a su desvinculación definitiva para buscar una fuente laboral, al ser desvinculado por una causal legítima, bien pudo haberse hecho una disquisición sobre las causales legítimas emergentes de un proceso disciplinario y aquellas de comprobación directa. Así, se hubiera podido dimensionar la forma en que un preaviso compatible con la estabilidad laboral podía aplicarse con miras a equilibrar el respeto de los artículos 46 y 308.II de la CPE, es decir, a la luz de la Constitución económica que incentiva la iniciativa privada subordinada a derechos sociales para el bienestar común (vivir bien).

Entonces, y conforme a lo señalado previamente, hubiese bastado la constitucionalidad condicionada de la frase “podrá rescindirlo” del artículo 12 de la LGT, a efectos de que se entienda en el marco de la estabilidad laboral del artículo 46 de la CPE, es decir que solo podrá rescindirse el contrato de trabajo cuando concurra una causal justificada de despido conforme a la Ley General del Trabajo y normas aplicables.

3.2. Estabilidad laboral para gerentes

La Sala Social del Tribunal Supremo de Justicia de Bolivia, en el Auto Supremo 69/2014,³³ falló en el fondo declarando fundado un recurso de casación y, en consecuencia, improbadamente la demanda laboral de un gerente que, alegando estabilidad laboral, solicitaba su reincorporación.

El Auto Supremo 69/2014 entendió que la estabilidad laboral no era aplicable al caso concreto, por tratarse de un cargo de gerente general de una cooperativa. Tomando en cuenta la doctrina laboral y el artículo 95 de la Ley de Sociedades Cooperativas, se consideró que el cargo contiene una naturaleza propia y diferenciada de la relación con los demás trabajadores, en razón de la confianza y estrecha relación con el destino de la entidad donde presta sus servicios, infiriéndose que dada la jerarquía y naturaleza del cargo, el gerente representa más bien a la parte patronal de la cooperativa, por lo que no podía establecerse el alcance de las normas constitucionales y legales sobre la estabilidad laboral en el caso de un gerente de cooperativa.

Impugnado el Auto Supremo mediante una acción de amparo constitucional, se constituyó un Tribunal, el cual, mediante la Resolución 182 del 2 de junio de 2014, dispuso la nulidad del Auto Supremo 69/2014 de 5 de marzo, y ordenó que la Sala correspondiente del Tribunal Supremo de Justicia dictase de manera inmediata un nuevo fallo.

En el procedimiento de revisión, el Tribunal Constitucional, en la SCP 0214/2014, decidió ratificar la tutela constitucional, ingresando al fondo del análisis de la

³³ Emergente de un recurso de casación presentado por la Cooperativa Telefónica que cuestiona la decisión de los tribunales inferiores de reincorporar a un gerente a su puesto de trabajo, con el argumento de que se encuentra amparado por la estabilidad laboral.

legalidad ordinaria y estableciendo que la estabilidad laboral alcanzaba al gerente de la cooperativa, en virtud de una interpretación del artículo 48 de la CPE.

El Auto Supremo 288, emitido para dar cumplimiento a la Resolución Constitucional 182,³⁴ no tenía otra alternativa que declarar probada la demanda de reincorporación. Sin embargo, los magistrados obligados a decidir la reincorporación usaron argumentos destinados a cuestionar la decisión.

El Auto Supremo dio todos los argumentos que podían ser necesarios para respaldar el Auto Supremo 69/2014 y establecer que no procedía la reincorporación laboral del exgerente, tomando en cuenta la naturaleza del cargo, y que, por tanto, no se aplicaba para él la estabilidad laboral; sin embargo, se encontraban absolutamente constreñidos a aplicar la decisión de la justicia constitucional por mandato del principio de obligatoriedad de las sentencias constitucionales previsto por el artículo 203 de la CPE.

En ese contexto, más allá de que el caso resulte anecdótico y pueda ameritar varias páginas de reflexión, el hecho fue que la Sala Social del Tribunal Supremo de Justicia, máxima autoridad en materia judicial laboral en Bolivia, fue obligada a aplicar un entendimiento jurisprudencial importante en materia laboral con el cual estaba en manifiesto desacuerdo, como lo argumentó dentro del mismo fallo. En la problemática examinada se visibiliza con claridad la ausencia de una consideración de la Constitución económica como componente de análisis, pues en este caso se debió haber valorado que la estabilidad laboral no puede ser entendida en términos absolutos, y que existen situaciones en que esta debe compatibilizarse con el respeto a la libertad de empresa, puesto que no resulta razonable que una sociedad, independientemente de su forma constitutiva, tenga la obligación de mantener un gerente que no inspira confianza a un consejo directivo o a los propietarios.

4. Conclusiones

Considerando los fallos mencionados en conjunto, vemos que en la interpretación del derecho fundamental a la estabilidad laboral en Bolivia se ha soslayado incluir en el análisis elementos de la Constitución económica, como las cláusulas constitucionales previstas por los artículos 306 y 308.II de la CPE.

En este contexto, a mi modo de ver, tomar en cuenta la Constitución económica podría haber permitido llegar a resultados hermenéuticos diferentes, reflexionando sobre en qué medida es bueno para la iniciativa privada obligar a una empresa a mantener a un gerente, pese a que haya perdido la confianza de los propietarios de

³⁴ Los fallos constitucionales son de cumplimiento inmediato y obligatorio, y, en consecuencia, no se podía esperar la emisión de la Sentencia Constitucional en revisión, por lo que el Auto Supremo basó su decisión en la Resolución Constitucional 182 y no en la Sentencia Constitucional Plurinacional 214/2014.

la compañía, o en qué medida es viable un esquema laboral para empresas donde los trabajadores pueden irse sin previo aviso; o, finalmente, en qué medida es posible un preaviso compatible con la estabilidad laboral.

La interpretación constitucional de normas de derechos fundamentales que tienen un costo económico que debe ser cubierto por particulares no puede perder de vista la necesidad de considerar el pacto social económico como componente de análisis. El proceso de interpretación jurídica es un escenario de negociación sobre la vigencia y conmensurabilidad de las decisiones; por ello, considero que el intérprete de normas con impacto económico debe tener en cuenta el pacto social económico que se encuentra en la Constitución.

Ello no quiere decir que en este trabajo se esté proponiendo una receta destinada a la manera en que se deben juzgar los casos que lo involucren; sin embargo, se pretende mostrar que los derechos fundamentales con incidencia económica, no pueden perder de vista la existencia de cláusulas económicas en la Constitución.

Para la satisfacción del derecho a la estabilidad laboral, el Estado tiene obligaciones pluridimensionales positivas y negativas que no solo emergen del artículo 46 de la CPE, pues, como todos los derechos fundamentales, su vigencia real depende de una relación entre lo macro y lo micro, de un equilibrio entre libertad e igualdad, más aún si los actores privados aparecen en ambas caras de la moneda. Como ya ha sido señalado, “la sola enunciación en las constituciones de cláusulas que reconozcan los derechos y promuevan normas económicas y sociales no genera para la sociedad situaciones espontáneas de bienestar social”,³⁵ no solo porque todos los derechos tengan de algún modo un costo económico,³⁶ sino porque la labor del Estado está en encontrar un balance necesario entre la imposición de garantizar derechos fundamentales de contenido económico y garantizar la existencia de los actores privados que sostienen esos derechos.

Finalmente, considero que estas reflexiones llevan a concluir en la versatilidad de las normas de derechos fundamentales, pues lejos de constituirse en una estructura anquilosada, el constituyente, el legislador, el juez, todos pueden tomar decisiones que material e inmediatamente cambien el panorama de su aplicabilidad y de su dimensión práctica. Por ello estoy convencido de que el bienestar social (principio de vivir bien en términos de la Constitución boliviana) no se genera simplemente con postulados normativos, sino con decisiones razonables.

³⁵ Roberto Dromi, *El derecho público en la hipermodernidad*, Madrid, Editorial Hispania Libros, 2005, p. 61.

³⁶ Dennis M. Davis, “Socio-economic rights: has the promise of eradicating the divide between first and second generation rights been fulfilled?”, en Tom Ginsburg y Rosalind Dixon (eds.), *Comparative Constitutional Law*, UK, Edward Elgar, 2011, p. 521.

Bibliografía

- DE LA CUEVA, Mario, *El nuevo derecho mexicano del trabajo*, México, Editorial Porrúa, 1978.
- DAVIS, Dennis M., “Socio-economic rights: has the promise of eradicating the divide between first and second generation rights been fulfilled?”, en Tom GINSBURG y Rosalind DIXON (eds.), *Comparative Constitutional Law*, UK, Edward Elgar, 2011.
- DERMIZAKY PEREDO, Pablo, *Derecho constitucional*, 10 ed., Cochabamba, Grupo Editorial Kipus, 2011.
- DROMI, Roberto, *El derecho público en la hipermodernidad*, Madrid, Editorial Hispania Libros, 2005.
- HÄBERLE, Peter, *L'Etat constitutionnel*, Marsella, Economica - PUAM, 2004.
- HERRERA AÑEZ, William, “La constitución económica boliviana”, *Revista Boliviana de Derecho*, núm. 1, 2006, pp. 61- 83.
- LASA LÓPEZ, Ainhoa, *Constitución económica y derecho al trabajo en la Unión Europea*, Granada, Editorial Comares, 2011.
- PREUSS, Ulrich, “The German Drittwirkung Doctrine and its Socio-Political background”, en Andras SAJÓ y Renáta UITY, *The Constitution in Private Relations: Expanding Constitutionalism*, Países Bajos, Eleven International Publishing, 2005.
- ROSENFELD, Michel, “Modern Constitutionalism as Interplay between Identity and Diversity”, en Michel ROSENFELD (ed.), *Constitutionalism Identity, difference, and Legitimacy*, Durham, Duke University Press 1994.

VOLVER A LA TABLA DE CONTENIDO

César Landa Arroyo* (Perú)

Constitucionalización del derecho mercantil en el Perú**

RESUMEN

La Constitución, al ser la norma suprema del sistema jurídico peruano, irradia su fuerza normativa a todos los ámbitos del derecho. Por su parte, el derecho mercantil es una rama que se basa en la autonomía privada; sin embargo, en nuestro ordenamiento no existe zona que esté exenta de control constitucional. En este artículo se analiza la constitucionalización del derecho mercantil a través de un recorrido por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional que, aplicando principios y derechos fundamentales, ha influido en la implementación de las normas mercantiles en el Perú.

Palabras clave: derecho constitucional, derecho mercantil, Constitución económica.

ZUSAMMENFASSUNG

Als höchste Norm des peruanischen Rechtssystems entfaltet die Verfassung ihre normierende Wirkung in allen Bereichen des Rechts. Das Handelsrecht ist dagegen ein Rechtsgebiet, das auf der privaten Autonomie beruht. In unserer Rechtsordnung gibt es jedoch keinen Bereich, der der Kontrolle der Verfassung entzogen ist. Der Beitrag analysiert die Konstitutionalisierung des Handelsrechts anhand der Rechtsprechung des Verfassungsgerichts, das über die Anwendung von Grundprinzipien und Grundrechten Einfluss auf die Umsetzung der handelsrechtlichen Vorschriften in Peru nimmt.

Schlagwörter: Verfassungsrecht, Handelsrecht, Wirtschaftsverfassung.

* Abogado; doctor en Derecho de la Universidad Alcalá de Henares (España); posdoctorado en la Universidad de Bayreuth y en el Instituto Max-Planck de Heidelberg (Alemania). Expresidente del Tribunal Constitucional del Perú; exdecano de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP); profesor de Derecho Constitucional y Derecho Procesal Constitucional en la PUCP y en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. clanda@pucp.edu.pe

** El presente artículo está basado en César Landa, "Constitucionalización del derecho mercantil", *Revista de Derecho Themis*, núm. 67, 2015.

SUMMARY

The Constitution, as the supreme law in the Peruvian legal system, radiates its normative force to all spheres of the law. Commercial law is a branch that is based on private autonomy; however, in our legal system, no area is exempt from constitutional review. This article analyzes the constitutionalization of commercial law through a survey of the jurisprudence of the Constitutional Court, which, applying fundamental principles and rights, has influenced the application of commercial regulations in Peru.

Key words: Constitutional law, commercial law, economic constitution.

Introducción

Desde la aparición del Tribunal Constitucional, con potestades tanto para interpretar los derechos fundamentales como para declarar inconstitucionales las leyes conforme a la Constitución o llenar sus vacíos normativos, se ha iniciado un proceso de constitucionalización del derecho, incluido el derecho mercantil. Simultáneamente, el Poder Judicial ha quedado rezagado debido a las limitaciones del modelo tradicional del derecho con que opera, basado exclusivamente en el principio de legalidad y su sistema de resolución de conflictos, la mayoría de las veces formalista, sin necesariamente tutelar los derechos fundamentales económicos consagrados en la Constitución. Esto ha permitido que la justicia constitucional haya asumido una cuota cualitativa de resolver los conflictos de derechos mercantiles entre los particulares, en el marco de los principios y derechos constitucionales.

Este proceso de transformación jurídico-mercantil se ha producido con mayor claridad desde la última década a partir del crecimiento de la economía en el país, que ha dado lugar al desarrollo jurídico de una serie de actos comerciales, como la creación, transformación y disolución de sociedades, suscripción de actos y contratos mercantiles, aumentos y reducciones de capital, con incidencia en los derechos de preferencia y en los accionistas minoritarios, así como también en los títulos valores, la publicidad mercantil y la privacidad empresarial, entre otros. Ellos han merecido pronunciamientos del Tribunal Constitucional, no *ex officio*, sino a pedido de parte.

Pero lo significativo de dicho proceso de constitucionalización del derecho mercantil es que ello ha supuesto que el Tribunal Constitucional no solo desarrolle principios constitucionales económicos, sino también derechos fundamentales económicos, desde donde ha realizado su tarea jurisprudencial. Por eso, a continuación se presentan los principios constitucionales que rigen al derecho mercantil y los derechos fundamentales mercantiles que la jurisprudencia constitucional ha concebido; por último, se realiza una reflexión final sobre la materia.

1. Principios constitucionales que rigen el derecho mercantil

Los principios son normas aplicables en algunos casos directamente y en otros indirectamente, al vincularse con artículos concretos. En ambos casos, los principios limitan la discrecionalidad del legislador, pero abren la posibilidad para una discrecionalidad judicial.¹ No obstante, con una fundamental diferencia entre estos, los jueces deberán emplear un argumento racional, mientras que los legisladores solamente las decisiones oportunas.

Los principios constitucionales económicos con eficacia directa o indirecta afirman el Estado constitucional, por cuanto cumplen con las siguientes funciones jurídicas:²

1. Establecer un conjunto de lineamientos y objetivos económicos y sociales que dan sentido de unidad política al pueblo, a través de la Constitución.
2. Otorgar fuerza normativa al texto económico constitucional, aplicándose tanto cláusulas interpretativas como normas jurídicas directamente vinculantes.
3. Operar como límites insuperables –cláusulas pétreas– del ordenamiento jurídico nacional y de la propia reforma constitucional.
4. Integrar el sistema de fuentes del derecho ante los vacíos de la norma jurídica.

Analicemos algunos de los principios de la Constitución económica, de acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal Constitucional.

1.1. Iniciativa privada libre que se ejerce en una economía social de mercado

En julio de 2003, el señor Roberto Nesta Brero, en representación de 5.728 ciudadanos, interpuso una acción de inconstitucionalidad contra el artículo 4 del Decreto de Urgencia 140-2001, el cual permitía, de manera excepcional y por razones de interés nacional o necesidad pública, la fijación de tarifas mínimas para

¹ Robert Alexy, *Theorie der Grundrechte*, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 1985, pp. 90 y ss.; Josef Esser, *Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts*, Tübingen, Mohr Siebeck Verlag, 1956, pp. 87 y ss.; Luis Prieto Sachís, *Constitucionalismo y positivismo*, México, Fontamara, 1997, pp. 11 y ss.

² Giorgio del Vecchio, *Studi sul diritto*, vol. I, Milán, Giuffrè, 1958, pp. 205-270; Mijail Mendoza Escalante, *Los principios fundamentales del derecho constitucional peruano*, Lima, Gráfica Bellido, 2000, p. 200; Carlos Hakkanson, “La posición constitucional de los principios en la Carta de 1993”, *Revista de Derecho*, vol. 1, 2000, pp. 75-98.

la prestación del servicio de transporte terrestre nacional e internacional de pasajeros y de carga.³

Los demandantes alegaron que la norma en cuestión contravenía los derechos fundamentales a la libre iniciativa privada, a la libertad de empresa, a la libertad de contratación y a la propiedad. En lo referido a la libre iniciativa privada, el Tribunal Constitucional señaló que se trata del derecho de toda persona natural o jurídica a “emprender y desarrollar, con autonomía plena, la actividad económica de su preferencia, afectando o destinando bienes de cualquier tipo a la producción y al intercambio económico con la finalidad de obtener un beneficio o ganancia material”.⁴

Sin embargo, indicó que la iniciativa privada puede desplegarse en tanto no contravenga los intereses generales de la comunidad, considerando que toda actividad económica debe ejercerse en el marco del principio de una economía social de mercado.⁵ Al respecto, el Tribunal Constitucional señaló que la economía social de mercado se caracteriza por tres elementos fundamentales: (i) el bienestar social, (ii) el mercado libre y (iii) el rol subsidiario y solidario del Estado.⁶

En su relación con la economía social de mercado, la iniciativa privada implica el ejercicio de una actividad empresarial con pleno respeto de los derechos fundamentales de terceros y bajo la normativa que regula la participación de los agentes

³ Sentencia del Tribunal Constitucional, Expediente 0008-2003-AI, 11 de noviembre de 2003.

⁴ *Ibid.*, fundamento jurídico 17.

⁵ Artículo 58. “La iniciativa privada es libre. Se ejerce en una economía social de mercado. Bajo este régimen, el Estado orienta el desarrollo del país, y actúa principalmente en las áreas de promoción de empleo, salud, educación, seguridad, servicios públicos e infraestructura”.

⁶ Sentencia del Tribunal Constitucional, Expediente 0008-2003-AI, 11 de noviembre de 2003. Fundamento Jurídico 13: “García Pelayo asevera que esta modalidad estadual, históricamente, es el intento de adaptación del Estado tradicional o Estado Liberal Mínimo a las condiciones sociales de la civilización industrial y post-industrial, con sus nuevos y complejos problemas, pero también con sus grandes posibilidades técnicas, económicas y organizativas, en un contexto de respeto a los derechos fundamentales.

Las nuevas funciones del Estado moderno tienen que ver con aspectos económicos, sociales, políticos y jurídicos.

a) Supuestos económicos

La economía social de mercado es una condición importante del Estado social y democrático de derecho. Por ello debe ser ejercida con responsabilidad social y bajo el presupuesto de los valores constitucionales de la libertad y la justicia. A tal efecto está caracterizada, fundamentalmente, por los tres elementos siguientes:

2.2.1. Bienestar social; lo que debe traducirse en empleos productivos, trabajo digno y reparto justo del ingreso.

2.2.2. Mercado libre; lo que supone, por un lado, el respeto a la propiedad, a la iniciativa privada y a una libre competencia regida, prima facie, por la oferta y la demanda en el mercado; y, por otro, el combate a los oligopolios y monopolios.

2.2.3. Un Estado subsidiario y solidario, de manera tal que las acciones estatales directas aparezcan como auxiliares, complementarias y temporales.

En suma, se trata de una economía que busque garantizar que la productividad individual sea, por contrapartida, sinónimo de progreso social”.

económicos en el mercado, con el objeto de corregir las distorsiones que puedan afectar la libre competencia, proteger la salud y la seguridad ciudadanas.

Aplicados dichos fundamentos al caso concreto, el Tribunal Constitucional determinó que la fijación de tarifas mínimas para la prestación del servicio de transporte terrestre constituía una medida innecesaria para proteger la salud y seguridad de los ciudadanos, así como para garantizar el desenvolvimiento de los agentes económicos en un escenario de libre competencia.

La razón de dicha posición estribó en que, a juicio del Tribunal Constitucional, existen medidas menos restrictivas a los derechos fundamentales de contenido económico para alcanzar el mismo fin, en el marco del respeto al principio de una economía social de mercado; es decir, el Tribunal Constitucional realizó un test de razonabilidad y proporcionalidad, como forma de resolución de los conflictos entre los derechos y las normas legales.

1.2. Libertad de empresa y orden público constitucional

En virtud de la sentencia recaída en el Expediente 3330-2004-AA, del 11 de julio de 2005, el Tribunal Constitucional desarrolló el contenido del derecho a la libertad de empresa, así como los límites impuestos a su ejercicio en aras de garantizar la protección de otros principios y bienes constitucionalmente legítimos. La controversia giró en torno a la solicitud de licencia de funcionamiento de la discoteca Calle Ocho, la cual fue otorgada de manera provisional y, posteriormente, declarada improcedente, disponiéndose la clausura total del local, en tanto el titular del mismo no cumplió con acreditar el certificado de compatibilidad de uso.

A propósito de dicha controversia, el Tribunal Constitucional señaló que, de conformidad con lo estipulado en el artículo 59 de la Constitución,⁷ el ejercicio del derecho a la libertad de empresa no debía ser contrario a los principios de la moral, las buenas costumbres, o a los derechos a la salud ni a la seguridad de las personas; es decir, normas de orden público constitucional. Sin embargo, refirió que la lista mencionada era meramente enunciativa, en tanto podían imponerse otras limitaciones fundadas en la protección del principio de la dignidad de la persona humana.

Con relación al caso concreto, el Tribunal Constitucional señaló que tras una inspección efectuada en la discoteca Calle Ocho se verificó que se admitía el acceso a menores de edad en horarios no permitidos, lo cual contravendría el principio de la moral pública y el libre desarrollo de los menores. Así, el Tribunal Constitucional estableció que “no puede alegarse, legal ni legítimamente, el ejercicio del derecho a la libertad de empresa, cuando de dicho ejercicio se derive la exposición de niños

⁷ Artículo 59. “El Estado estimula la creación de riqueza y garantiza la libertad de trabajo y la libertad de empresa, comercio e industria. El ejercicio de estas libertades no debe ser lesivo a la moral, ni a la salud, ni a la seguridad pública. El Estado brinda oportunidades de superación a los sectores que sufren cualquier desigualdad; en tal sentido, promueve las pequeñas empresas en todas sus modalidades”.

y adolescentes a riesgos innecesarios e injustificados que pudieran afectar su salud, integridad, libre desarrollo y su bienestar en general”⁸

Por otro lado, el Tribunal Constitucional señaló que otro aspecto que debía considerarse a efectos de aprobar la licencia de funcionamiento de una discoteca son los ruidos molestos que podrían contravenir la paz y tranquilidad de los vecinos. Asimismo, señaló que la aprobación de la licencia de funcionamiento de una discoteca debía sujetarse a la protección de la salud pública, por medio del cumplimiento de las normas de higiene y salubridad correspondientes, y de la seguridad pública, a través del adecuado acondicionamiento del local que permita la seguridad de quienes concurren a él.

1.3. Libre competencia y derechos de los usuarios y consumidores

A propósito de un recurso de agravio constitucional interpuesto por las empresas Ferretería Salvador S.R.L. y Distribuidora Norte Pacasmayo S.R.L. (DINO), el Tribunal Constitucional evaluó si la orden de cese de las actividades que constituyen abuso de posición de dominio impuesta por el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (Indecopi) vulnera los derechos a la libertad de contratación, a la iniciativa privada y libertad de empresa, y, en última instancia, al principio de la libre competencia en el mercado.

En efecto, la Sala de Defensa de la Competencia del Indecopi, mediante Resolución 256-2005/TDC-Indecopi, determinó que la empresa DINO incurrió en prácticas de abuso de posición de dominio en las modalidades de discriminación de precios y ventas atadas, en tanto estableció la obligación de compra exclusiva como condición para obtener descuentos e impuso como condición de afiliación a la red de empresas subdistribuidoras de DINO la compra exclusiva de todos los materiales de construcción, respectivamente. Como consecuencia de dicha determinación, el Indecopi ordenó a DINO el cese inmediato y definitivo de las conductas señaladas, lo cual implicaba que incumpliera sus compromisos contractuales contraídos con Ferretería Salvador.

En relación con las presuntas vulneraciones alegadas por los demandantes, el Tribunal Constitucional señaló que la libertad de contratación debe ejercerse en armonía con el orden público y el bien común. Precisamente, el Indecopi se encuentra facultado, entre otros aspectos, para identificar y sancionar las conductas contrarias al principio de la libre competencia y que afecten los derechos de los consumidores y usuarios. Así, la orden provisional de cese de las conductas contrarias al principio de la libre competencia constituyó una medida razonable y proporcional, a fin de asegurar el cumplimiento de la decisión adoptada por el Indecopi para proteger el derecho de los usuarios y consumidores.

⁸ Sentencia del Tribunal Constitucional, Expediente 3330-2004-AA, 11 de julio de 2005, fundamento jurídico 37.

1.4. Responsabilidad social de las empresas

En la sentencia recaída en el Expediente 0048- 2004-AI, del 1 de abril de 2005, al Tribunal Constitucional le correspondió evaluar si la Ley 28258, Ley de Regalía Minera,⁹ transgredía las normas constitucionales vinculadas al derecho de propiedad, derecho a la libertad contractual y a la igualdad de trato.

En dicha oportunidad, más de 5.000 ciudadanos presentaron una demanda de inconstitucionalidad contra la referida Ley, la cual obligó a los titulares de concesiones mineras a pagar al Estado una regalía minera como contraprestación económica por la explotación de recursos minerales metálicos y no metálicos. Además, dispuso que el cálculo de la regalía minera se establezca sobre el valor del concentrado o su equivalente, conforme a la cotización de los precios del mercado internacional.

A decir de los demandantes, y en lo referido a la presunta vulneración del derecho a la propiedad, la obligación de pagar una regalía minera impuso un desembolso que no se originaba en una prestación recíproca del Estado; por el contrario, significaba una detracción patrimonial injustificada del valor obtenido por la transformación del mineral bruto en concentrado.

Al respecto, el Tribunal Constitucional refirió que la regalía minera se justifica en el uso o aprovechamiento de un bien de propiedad de la nación, de modo que constituye una compensación por el traslado del dominio de dicho bien al titular de la explotación minera.

Asimismo, señaló que ni la propiedad, ni la autonomía privada constituyen derechos irrestrictos y que, en cambio, en el marco de una economía social de mercado, la participación de los agentes económicos debe desarrollarse de conformidad con los principios del bien común y del interés general. Máxime, considerando que la controversia gira en torno al aprovechamiento de recursos naturales que constituyen patrimonio de la nación. Así, el Tribunal Constitucional precisó que la actividad empresarial en este ámbito debe sujetarse a las condiciones y modalidades de otorgamiento a particulares, cuyo objetivo primordial es la preservación del medio ambiente a través de un aprovechamiento sostenible de los recursos naturales.

Con base en dicha línea de argumentación, el Tribunal Constitucional destacó la importancia de la responsabilidad social de la empresa, entendida como “el fomento de iniciativas que promuevan una mayor responsabilidad ambiental; el fomento de inversiones en pro de las comunidades afincadas en el área de explotación; la

⁹ La Ley 28258 crea la Regalía Minera como contraprestación económica que los titulares de las concesiones mineras pagan al Estado por la explotación de los recursos minerales metálicos y no metálicos. Se establece su cálculo sobre el valor del concentrado o su equivalente, conforme a la cotización de los precios del mercado internacional, debiendo ser determinada mensualmente, según los rangos establecidos en la ley. Su recaudación será distribuida, según porcentajes establecidos por ley, a los gobiernos locales, regionales y a las universidades nacionales de la región donde está ubicada la mina.

búsqueda del desarrollo y la difusión de tecnologías compatibles con la conservación del ambiente, entre otras”¹⁰

De este modo, se impone a los titulares de concesiones mineras la obligación de hacer una explotación y uso racional y sostenible de los recursos naturales, tendientes a garantizar el mantenimiento de un ambiente equilibrado y adecuado al desarrollo de la vida. Así, el Tribunal Constitucional señaló que el aprovechamiento socialmente responsable de los recursos naturales debe regirse por los principios de desarrollo sostenible, conservación, prevención, restauración, mejora, precautorio y compensación.

2. Derechos fundamentales mercantiles

Los derechos fundamentales son propios de las personas naturales, pero no excluyen que también sean exigibles en lo concerniente por las personas jurídicas privadas. Ciertamente, la Constitución de 1979 previó expresamente en su artículo 3: “Los derechos fundamentales rigen también para las personas jurídicas peruanas, en cuanto les son aplicables”; mientras que la Constitución de 1993 no mantuvo dicho artículo.

Pero el Tribunal Constitucional se ha encargado de interpretar ese vacío normativo, y ha señalado que toda persona –incluidas las personas jurídicas peruanas y las extranjeras, con límites– goza enunciativamente de derechos fundamentales como (i) la igualdad ante la ley, (ii) la inviolabilidad del domicilio, (iii) el derecho de propiedad, (iv) el secreto bancario, (v) la reserva tributaria, (vi) la libertad de asociación, (vii) la libertad de contratación, (viii) la libre competencia, (ix) el buen nombre, así como (x) el derecho al debido proceso.¹¹

De modo que la titularidad de los derechos fundamentales ha trascendido a la persona humana; no es que por su titularidad pasiva solo se interpongan contra el Estado, sino que, contemporáneamente, se concibe accionarlos también contra particulares. Por ese motivo, personas naturales o jurídicas han planteado fundamentalmente demandas de amparo para buscar protección no solo de principios constitucionales económicos, sino también de algunos derechos fundamentales económicos de carácter mercantil, como los que se describen en los apartados siguientes.

2.1. Libre acceso al mercado

El 25 de octubre de 2007, el señor Rafael Bernardo López Aliaga Cazorla, en representación de la empresa Peruval Corp. S.A., interpuso una demanda de amparo

¹⁰ Sentencia del Tribunal Constitucional, Expediente 0048-2004-PI, 1 de abril de 2005, fundamento jurídico 26.

¹¹ Sentencia del Tribunal Constitucional, Expediente 04972-2006-PA, 4 de agosto de 2006.

contra el Ministerio de Transportes y Comunicaciones, a fin de que se declarara la inaplicación para su caso del Decreto Supremo 031-2007- MTC, el cual, a juicio del demandante, reducía los requisitos para obtener el permiso de operación para prestar servicios de transporte ferroviario en los Ferrocarriles del Sur y Sureste del Perú.

Hasta antes de la entrada en vigencia del mencionado Decreto Supremo, el demandante había gozado de la concesión para la explotación económica de la vía férrea y del transporte ferroviario de Cuzco a Quillabamba –parando en Aguas Calientes, es decir, Machu Picchu– en calidad de concesionario monopólico legal, por un periodo de cinco años que, al momento de interponer la demanda, ya había vencido.

En ese entendido, el demandante alegó que la reducción de requisitos permitiría el ingreso al mercado de empresas diminutas, en detrimento de la calidad del servicio. Asimismo, indicó que el ingreso de dichas empresas al mercado convertiría a Ferrocarril Transandino S.A., empresa sobre la cual es titular del 50% de acciones, en responsable solidario por el incumplimiento de las normas de seguridad efectuado por los nuevos operadores.

Al respecto, el Tribunal Constitucional, mediante sentencia recaída en el Expediente 00051-2011- PA, indicó que el Decreto Supremo en cuestión únicamente fijaba condiciones bajo las cuales los operadores podían prestar el servicio de transporte ferroviario y que algunas de ellas incluso imponían nuevas exigencias. Por otro lado, constató que la Resolución Ministerial que establecía responsabilidad solidaria del concesionario respecto de las causas atribuibles a otros operadores había sido dejada sin efecto.

De modo que, a juicio del Tribunal Constitucional, lo que el demandante pretendía con la demanda era dedicarse a la actividad ferroviaria sin competidores, desconociendo así que uno de los elementos esenciales de una economía social de mercado es la libre competencia. De dicho principio constitucional se deriva el derecho al libre acceso al mercado, motivo por el cual el Tribunal Constitucional indicó que se trata de “garantizar el acceso al mercado en igualdad de condiciones, al tiempo de reprimir y limitar el abuso de posiciones de dominio o monopólicas”.¹²

Por otro lado, a propósito de la Sentencia recaída en el Expediente 1209-2006-PA, del 14 de marzo de 2006, el Tribunal Constitucional se refirió específicamente al derecho a la libertad de empresa desde la perspectiva del acceso y permanencia en el mercado. En efecto, mediante Resolución 1 del 9 de diciembre de 2004, el Vigésimo Sexto Juzgado en lo Civil de Lima concedió la medida cautelar solicitada por la empresa Unión de Cervecerías Peruanas Backus y Johnson S.A.A. (en adelante, Backus), ordenando que la empresa Compañía Cervecera Ambev Perú S.A.C. (en adelante, Ambev) se abstuviera de: (i) tomar posesión de los envases de vidrio de

¹² Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente 00051-2011-PA, de fecha 31 de mayo de 2011, fundamento jurídico 20.

propiedad de Backus; (ii) introducir al mercado peruano, utilizar o envasar sus productos en botellas iguales a las de Backus; y (iii) intercambiar botellas iguales a las de Backus. Dicha decisión fue confirmada por la Quinta Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, mediante Resolución 8, de fecha 18 de mayo de 2005.

Por tal motivo, Ambev interpuso demanda de amparo contra los vocales de la Quinta Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima y el juez del Vigésimo Sexto Juzgado en lo Civil de Lima, a fin de que se declarara la nulidad de las resoluciones mencionadas, en tanto habrían afectado sus derechos a la libertad de empresa, libertad de industria y libertad de contratación.

A propósito de dicha controversia, el Tribunal Constitucional señaló que el derecho a la libertad de empresa incluye dentro de su ámbito de protección el acceso al mercado en condiciones de igualdad. Bajo tal óptica, el Tribunal indicó que la imposibilidad de intercambio de botellas dispuesta por la medida cautelar discutida, de ningún modo restringía el acceso o permanencia en el mercado de Ambev, toda vez que en el mercado cervecero peruano había en circulación suficiente cantidad de botellas que no eran de propiedad de Backus, sino de los usuarios e incluso de Ambev, las cuales podían ser utilizadas por la demandante en sus transacciones comerciales. Ciertamente, el Tribunal Constitucional no consideró que el mayor número de botellas del mercado –alrededor de 80 millones de botellas– pertenecían a Backus.

2.2. Transformación de sociedades

En agosto de 2005, el Banco Central de Reserva de Perú (BCR) interpuso una demanda de conflicto competencial contra la Superintendencia de Banca, Seguros y Administradoras Privadas de Fondos de Pensiones (SBS), solicitando que se declarara su competencia para emitir opinión previa en los procedimientos iniciados ante la SBS para autorizar la transformación de la sucursal de una empresa del sistema financiero del exterior en una empresa constituida en el Perú, y que, en consecuencia, se declarara la nulidad de la Resolución SBS 655-2004, a través de la cual se autorizó la transformación del Citibank N.A. Sucursal de Lima, en Citibank del Perú S.A.¹³

Al respecto, el Tribunal Constitucional señaló que, dada la incidencia mutua entre las funciones que la Constitución les ha conferido a la SBS y al BCR, corresponde que ambas entidades estrechen lazos de coordinación en materia de estabilidad económico-financiera y orden público económico. Por tal motivo, estableció que, en caso de que la sucursal de una empresa del sistema financiero del exterior solicitara su transformación en una empresa con personería jurídica propia, se requiere la opinión previa del BCR, a fin de garantizar la estabilidad monetaria.

¹³ Sentencia del Tribunal Constitucional, Expediente 00005-2005-CC, 18 de noviembre de 2005.

Si bien no en todos los casos la simple transformación societaria da necesariamente lugar a una variación en las operaciones que pueda afectar la estabilidad monetaria, ello requiere ser corroborado mediante un estudio de factibilidad y opinión técnica del órgano competente para tal efecto, esto es, el BCR. No obstante lo resuelto, esta sentencia interpretativa no tuvo efectos anulatorios de la resolución de la SBS que facultó a operar a Citibank del Perú S.A., a pesar de que la SBS omitió pedir información al BCR, sino para casos a futuro.

2.3. Pacto comisorio

En marzo de 2007, la empresa Unión Tours S.A. interpuso demanda de amparo contra Lan Perú S.A. (Lan Perú), a fin de que se dejara sin efecto su decisión de rebajar el pago de la comisión mercantil por venta de boletos de avión al 1% y que cumpliera con cancelar el 10%, de conformidad con lo dispuesto por la Resolución Directoral 21- 80-TC/AE, de fecha 18 de abril de 1980.¹⁴

En dicha oportunidad, el Tribunal Constitucional destacó que los actos de comercio debían ser ejecutados y cumplidos de buena fe, en virtud de los términos en los que fueron redactados los contratos, sin que se dé lugar a interpretaciones arbitrarias. Sin embargo, la mayoría de magistrados declaró que la vía judicial ordinaria y no la constitucional era la competente. No obstante en voto singular del suscrito, se consideró inadmisibile que Lan Perú hubiera desconocido el pago de la contraprestación pactada, calificándolo como una infracción a la buena fe contractual y a las prestaciones recíprocas contractualmente establecidas:

De ahí que el monto del pago de la comisión por venta de pasajes aéreos debe ser un monto razonable y proporcional (evidentemente no podría ser el 1%) a la actividad que realizan las agencias de viaje, dado que quiebra la relación positiva que debe existir entre los costos y el beneficio que la libertad de empresa protege. Más aún si así se establece en los acuerdos suscritos entre la Asociación de Transporte Aéreo Internacional (IATA) y las agencias de viajes, al prever que: “Por la venta del servicio de transporte aéreo y de servicios auxiliares por parte del agente, en virtud del presente Acuerdo, el transportista deberá remunerar al agente en la forma y en la cantidad que se establezcan periódicamente, y comunicarlo a la agente de la Aerolínea. Esa remuneración deberá constituir una compensación total por los servicios prestados a la Aerolínea”.¹⁵

El sentido del fallo en mayoría se reiteró en otros casos similares que plantearon algunas agencias de viajes con diferentes líneas aéreas, sobre la base de que desde la aprobación de la Constitución de 1993 y la Ley Marco de la Inversión Privada

¹⁴ Sentencia del Tribunal Constitucional, Expediente 04941-2008-PA, febrero de 2010.

¹⁵ *Ibid.*, fundamento jurídico 17 del voto singular del magistrado Landa Arroyo.

–Decreto Legislativo 757–, la mencionada Resolución Directoral 21-80-TC/AE, de fecha 18 de abril de 1980, había quedado abrogada; es decir que el monto de la comisión mercantil no podía ser fijado por una norma legal, sino por las leyes de la oferta y la demanda del mercado.

2.4. Contrato mercantil y representación legal

Con motivo de la resolución de la controversia contenida en el Expediente 328-2001-AA, el Tribunal Constitucional descartó la naturaleza constitucional del derecho de preferencia en la adquisición de acciones de una sociedad. La controversia tomó lugar en tanto el señor Víctor Montori Alfaro interpuso una acción de amparo contra las compañías Minera Milpo S.A., Minera Cuyuma S.A., los señores Ulrich Ekkehard Rath y Alfonso Bustamante Bustamante, y la empresa Wickeburg Corp., a fin de que se declarara la nulidad de la transferencia de 2.806.349 acciones de la Compañía Minera Milpo S.A., efectuada por su subsidiaria, la Compañía Minera Cuyuma, a la empresa Wickeburg Corp.

El demandante señaló que dicha operación del representante legal de la empresa no fue consultada al directorio ni a los accionistas, violándose sus derechos para la suscripción preferente de acciones, consagrados en el artículo 95 de la Ley General de Sociedades y el artículo 2.07 (d.1) del estatuto, los cuales disponían que, en los casos de colocación de acciones, estas debían ser primeramente ofrecidas a los accionistas.

Al respecto, el Tribunal Constitucional refirió que el derecho de preferencia invocado por el demandante no se encontraba consagrado en la Constitución, sino que derivaba de su especial condición de accionista de la sociedad, siendo que el origen de dicho derecho puede derivar únicamente de una ley o del estatuto de la sociedad. Sin embargo, bajo la consideración de que en el presente caso no se había vulnerado un derecho constitucional que pudiera ser objeto de un proceso de amparo, el Tribunal Constitucional declaró improcedente la demanda por falta de legitimidad para obrar y representación defectuosa del demandado.

De otro lado, el Tribunal Constitucional resolvió la demanda de amparo de la empresa minera Sulliden Shahuindo S.A.C. contra una resolución del Poder Judicial también en materia de amparo, promovida por la Compañía de Exploraciones Algamarca S.A. y la Compañía Minera Algamarca S.A. contra la Oficina Registral Nororiental y otros, donde se resolvió la eficacia del contrato civil de transferencia de concesiones mineras, celebrado entre la Minera Sulliden Shahuindo S.A.C. y las compañías mineras Algamarca, bajo el argumento central de que el gerente general de la Compañía Minera Algamarca S.A. y la Compañía de Exploraciones Algamarca S.A. no podía celebrar el contrato de transferencia de concesiones mineras por el cual transfirió dichos derechos mineros a Minera Sulliden Shahuindo S.A.C.¹⁶

¹⁶ Sentencia del Tribunal Constitucional, Expediente 00094-2007-PA, 20 de agosto de 2008.

El Tribunal Constitucional se pronunció declarando que se admitiera a trámite el amparo de la empresa Sulliden Shahuindo, dado que existía una materia no solo de carácter civil-mercantil sobre la representación legal de las empresas mineras y los poderes suficientes del gerente general para disponer la transferencia de las concesiones mineras, sino un asunto con contenido constitucional, pues dicha cuestión controvertida se encontraba bajo jurisdicción arbitral por parte de la Minera Sulliden Shahuindo, que había demandado a las empresas mineras Algamarca la ejecución del contrato.

2.5. Aumentos y reducción de capital y derechos de suscripción preferente

En diciembre de 2007, la señora Flor de María Ibáñez Salvador interpuso demanda de amparo contra la Empresa Agraria Chiquitoy S.A. (en adelante, Chiquitoy), el Complejo Agroindustrial Cartavio S.A.A., el Fondo de Inversiones Diversificadas S.A., el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual-La Libertad y el procurador público a cargo de la Procuraduría Pública de la Oficina de la Presidencia del Consejo de Ministros, a fin de que se declararan nulos los acuerdos adoptados en Junta de Acreedores de Chiquitoy de fecha 6 de diciembre de 2006, los cuales vulneraron sus derechos a la libre iniciativa privada, a la libertad de empresa, a la libertad de trabajo, a la propiedad, al debido proceso corporativo particular y a la interdicción a la arbitrariedad.¹⁷

La demandante precisó que mediante Junta de Acreedores de fecha 6 de diciembre de 2006 se acordó, entre otros aspectos, la reducción a cero (o) del capital social de Chiquitoy y, simultánea e inmediatamente, llamaron a la suscripción de las acciones solo con los créditos efectivos del Fondo de Inversiones Diversificadas S.A. y Cartavio S.A.C., que se capitalizaron con el aumento de capital. Esta práctica societaria, conocida como “operación acordeón”, facilitó la incorporación de los acreedores de la empresa mediante la capitalización de sus créditos, pero los accionistas minoritarios, como la demandante, fueron “licuados” por la operación societaria mencionada.

La demandante, si bien señaló que dicho acuerdo recogió el derecho de suscripción preferente de los accionistas, resaltó que se estableció una cláusula irrazonable que impedía el ejercicio de dicho derecho.¹⁸ Por otro lado, indicó que en ningún momento se realizó el cálculo de los montos dinerarios requeridos para el pago de la suscripción accionaria, ni se reguló el momento del ejercicio de la suscripción preferente.

¹⁷ Sentencia del Tribunal Constitucional, Expediente 00228-2009-PA, 4 de abril de 2011.

¹⁸ Según lo informado por la demandante, en dicha Junta de Accionistas se acordó que el pago de las acciones suscritas debía hacerse en efectivo en el mismo momento de la Junta.

En dicha oportunidad, el Tribunal Constitucional señaló que si bien el impedimento del ejercicio del derecho de suscripción preferente de acciones no se encuadra dentro de la gama de derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, debe considerarse que, dada la reducción del capital a cero, el impedimento alegado guarda vinculación con los derechos a la libre iniciativa privada y de asociación. Ello en la medida en que la reducción a cero del capital social, impuesta por una mayoría accionaria a los socios minoritarios, incide en la posibilidad de estos últimos de pertenecer a la sociedad (derecho de asociación) y de desarrollar a través de esta una actividad económica (derecho a la iniciativa privada).

En razón de ello, el Tribunal Constitucional determinó que la omisión de la Junta de fijar la cantidad de acciones por suscribir y el monto dinerario requerido para ello impidieron arbitrariamente el ejercicio del derecho de suscripción preferente de la demandante, comprometiéndose, incluso, su condición de accionista de la sociedad, motivo por el cual declaró fundada la demanda.

Con oportunidad de otra demanda de amparo, interpuesta por el señor Josué Javier Tejada Mejía contra la Universidad Privada Antonio Guillermo Urrelo S.A.C., el Tribunal Constitucional rechazó la aplicación de cláusulas estatutarias inconstitucionales.¹⁹

El demandante solicitó que se declarara sin efecto el acuerdo de la Junta General de Accionistas de fecha 6 de abril de 2009, mediante el cual se aprobó su exclusión como socio de la entidad denunciada, y se ordenara su reincorporación. Al respecto, el demandante precisó que, a raíz del inicio de procesos judiciales con el objeto de cuestionar los acuerdos adoptados en diversas sesiones de la Junta General, se adoptó una modificación al Estatuto Social, cuya aplicación generó su exclusión como socio.

Al respecto, el Tribunal Constitucional indicó que, aun cuando el Estatuto sujetaba la exclusión a que la acción judicial fuera declarada improcedente, inadmisibles o infundada, el solo temor a que la demanda fuera desestimada generaba una restricción del derecho al libre acceso a la jurisdicción.

Por tal motivo, el Tribunal Constitucional declaró la inconstitucionalidad de la cláusula estatutaria en cuestión y declaró fundada la demanda.

Por otro lado, con fecha 19 de julio de 2011, el señor Gino César Solari Arias, en representación de la empresa Clarion Holding Limited Corporation, interpuso una demanda de amparo contra la empresa Talingo Corporation,²⁰ solicitando, entre otros, que se abstuviera de cualquier conducta tendiente a impedir, obstruir, perjudicar o paralizar las actividades, administración y funciones de la Compañía Minera San Ignacio de Morococha S.A. (en adelante, Simsa), de la cual tanto el demandante como la demandada eran accionistas.

¹⁹ Sentencia del Tribunal Constitucional, Expediente 00189-2010-PA, 7 de marzo de 2011.

²⁰ Sentencia del Tribunal Constitucional, Expediente 02871-2012-PA, 25 de septiembre de 2013.

El demandante precisó que Talingo Corporation había cursado cartas altisonantes a los apoderados de Simsa y a distintas entidades financieras, las cuales estaban destinadas a difundir temor y neutralizar las actividades financieras y los negocios de dicha empresa.

En relación con ello, el Tribunal Constitucional verificó que el contenido de dichas cartas estaba orientado a cuestionar ante terceros la validez de los acuerdos societarios adoptados mediante Junta General de Accionistas de fecha 21 de enero de 2011.

En dicha medida indicó que la conducta de la demandada tenía respaldo en una medida cautelar de anotación de demanda de nulidad de acuerdos societarios que se encontraba debidamente inscrita en la Partida Registral 11369709, de Simsa. Asimismo, el Tribunal Constitucional refirió que la remisión de las cartas cuestionadas no implicaba una amenaza a los derechos fundamentales alegados, ya que no impedían ni obstaculizaban el funcionamiento de Simsa, motivo por el cual declaró infundada la demanda.

2.6. Pago de títulos valores, avales y bonos

A propósito de un proceso de ejecución seguido por el Banco de Comercio contra Andreas Kulenkampf von Bismarck y María Schwalb de Kulenkampf von Bismarck, los ejecutados interpusieron una demanda de amparo, de fecha 22 de mayo de 2002, a fin de evitar que se dispusiera el remate de los derechos y acciones sobre el inmueble de su propiedad, así como el embargo de los bienes muebles de su propiedad, “hasta que se dicte sentencia final en el proceso judicial sobre anulabilidad parcial de acto jurídico e indemnización por daños y perjuicios seguido por ellos en contra del Banco de Comercio”, toda vez que la escritura pública con base en la cual se promovieron los procesos de ejecución se refería a pagarés fraudulentos.²¹

En dicha oportunidad, el Tribunal Constitucional señaló que los títulos valores incompletos deben ser completados para su presentación a cobro de conformidad con lo pactado por las partes. Asimismo, indicó que, en caso de que no se haya consignado ninguna referencia a la adición de intereses moratorios y compensatorios, corresponde que el título valor sea completado por el importe original y los intereses devengados se paguen en ejecución de sentencia.

Con relación al caso concreto, el Tribunal Constitucional constató que los pagarés puestos a cobro habían sido completados por montos superiores a lo expresamente asumido como deuda, calificando dicho hecho como un *ejercicio abusivo del derecho* como acreedor. Asimismo, verificó que en los pagarés puestos a cobro se habían consignado dos fechas distintas de emisión, con lo cual declaró que se habían perjudicado y, en consecuencia, no tenían la calidad de título valor ni mérito

²¹ Sentencia del Tribunal Constitucional, Expediente 04087-2011-PA, 28 de mayo de 2012.

ejecutivo. Por tales motivos, el Tribunal Constitucional decidió declarar fundada la demanda de amparo.

Por otro lado, con fecha 24 de octubre de 2000, la señora Julia Soledad Chávez Zúñiga interpuso una acción de amparo contra el Banco Wiese Sudameris, por considerar que se había afectado su derecho a la propiedad, toda vez que el demandado dispuso del dinero de su cuenta de ahorros para compensar la deuda incumplida por la Asociación de Comerciantes El Dorado, respecto de la cual la demandante era avalista a través de la suscripción de un pagaré.

Al respecto, el Tribunal Constitucional señaló que el inciso 11 del artículo 132 de la Ley 26702, Ley General del Sistema Financiero y de Seguros, “prevé la posibilidad de que las empresas bancarias acreedoras compensen sus acreencias con los activos (léase cuenta de ahorros) del deudor que mantenga en su poder; claro está, siempre que la deuda se encuentre vencida y, en el caso de pagarés, siempre que se encuentren debidamente protestados”.²² Asimismo, el Tribunal reconoció que el acreedor podía dirigirse indistintamente contra cualquier deudor solidario, sea este avalista o avalado.

Por tal motivo, el Tribunal Constitucional concluyó que el denunciado no había incurrido en abuso de derecho ni había vulnerado el derecho constitucional al ahorro de la demandada, en tanto se encontraba facultado para hacer uso de la garantía personal convenida en virtud del pagaré suscrito por la demandada.

En otro caso, en el año 2013, el Tribunal Constitucional resolvió en vía de ejecución de la sentencia recaída en el Expediente 022-96-I/TC, del 15 de marzo de 2001, en la que se declaró la inconstitucionalidad de algunas normas legales vinculadas con el pago de los bonos de la deuda agraria, que el Estado honrara dicha deuda de acuerdo con un método de actualización a precio de mercado y en efectivo, mediante la dolarización de las deudas, y en favor de algunos bancos nacionales –Banco de Crédito del Perú– y de fondos internacionales de recuperación de deudas –los llamados “fondos buitres” –, que habían comprado dichos bonos a precio vil de los originarios tenedores de bonos que habían sido expropiados por la Reforma Agraria sin un pago indemnizatorio justipreciado.

En efecto, el Tribunal Constitucional se pronunció en 1996 declarando inconstitucionales los artículos 1, 2 y la Primera Disposición Final de la Ley 26597, así como la Disposición Transitoria Única de la Ley 26756, dado que dichas normas legales establecieron un pago al valor nominal de los bienes expropiados por la Reforma Agraria llevada a cabo a partir del año 1969, violando el mandato constitucional del pago del valor justipreciado de los bienes expropiados, dispuesto en la Constitución de 1933, así como también en la Constitución de 1979 y, sobre todo, el artículo 70 de la Constitución de 1993.

²² Sentencia del Tribunal Constitucional, Expediente 410-2002-AA, 15 de octubre de 2002, fundamento jurídico 9.

De modo que el Tribunal Constitucional dispuso en vía de ejecución de sentencia de una acción de control abstracto de las leyes mencionadas, una medida de ejecución concreta, que es propia de la protección judicial de una acción de amparo, no de una acción de inconstitucionalidad. Más aún, el Tribunal Constitucional estableció reglas que fijaban el factor de actualización de la deuda en dólares americanos y la tasa de interés de los bonos del tesoro americano. Asimismo, señaló que el mandato de su sentencia de ejecución era obligatorio a todos los poderes públicos y, en particular, para el Poder Judicial.²³ Ello, con la finalidad de que las reclamaciones por el pago de los actuales tenedores de los bonos de la deuda agraria puedan realizarse mediante procesos judiciales para el cobro de sus acreencias, pudiendo solicitar el embargo de los bienes de dominio privado del Estado.

2.7. Publicidad mercantil

Con fecha 9 de enero de 2004, Aesthetic International S.R.L. interpuso una demanda de amparo contra Indecopi, solicitando que se declarara inaplicable la Resolución 097-2003-CCD-Indecopi, así como la Resolución 0538-2003-TDC-Indecopi, dictadas en favor de la empresa Merck Sharp & Dohme Perú S.R.L., por considerar afectados sus derechos a la libertad de opinión, expresión y difusión del pensamiento y libertad de trabajo.²⁴

Las resoluciones administrativas se emitieron con infracción al principio de veracidad y denigración publicitaria por haber difundido un anuncio publicitario en el que afirmaba la ineficacia de productos que previenen o detienen la caída del cabello, lo que afectó los intereses legítimos de Merck Sharp & Dohme. Siguiendo la tesis del Indecopi, el Tribunal Constitucional señaló que Aesthetic Internacional S.R.L. tenía la obligación de acreditar o probar la veracidad de su anuncio publicitario sobre la ineficacia de los productos contra la caída del cabello.

Ello se funda en que el artículo 65 de la Constitución dispone que el Estado está obligado a defender el interés de los consumidores y usuarios. Para tal efecto, garantiza el derecho a la información sobre los bienes y servicios que se encuentran a su disposición en el mercado, particularmente para velar por la salud y la seguridad de la población.

En ese entendido, el Tribunal Constitucional consideró que el artículo 4 del Decreto Legislativo 691, Ley de Protección del Consumidor, resultaba aplicable a los mensajes publicitarios que los consumidores perciben como comprobables mediante un análisis integral y superficial de los anuncios, según lo establecido por el Indecopi. Por tanto, el Tribunal Constitucional declaró infundada la demanda de Aesthetic International S.R.L.

²³ Resolución del Tribunal Constitucional, Expediente 00022-1996-PI, 8 de agosto de 2013.

²⁴ Sentencia del Tribunal Constitucional, Expediente 185-2007-PA, 18 de agosto de 2009.

Con fecha 9 de abril de 2007, el señor Jorge Manuel Linares Bustamante interpuso demanda de amparo contra la empresa Gloria S.A. y el Indecopi, por considerar que la difusión de la publicidad referida al producto Leche Gloria resultaba discriminatoria, en tanto reflejaría una actitud de menosprecio hacia las personas de baja estatura.

Asimismo, indicó que la publicidad referida sería engañosa, toda vez que señalaría que el solo consumo de dicho producto contribuye al crecimiento de los niños, siendo que dicho dato no está científicamente probado.²⁵

En relación con la discriminación alegada por el demandante, el Tribunal Constitucional señaló que la publicidad en cuestión no evidencia “distinción, exclusión, restricción o preferencia que se base en la raza o la estatura, y que tenga por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos de las personas”.²⁶ Por el contrario, indicó que el demandante no había brindado un parámetro de comparación que permitiera efectuar un juicio de igualdad, incurriendo en una alegación meramente subjetiva; obviando el principio de la suplencia de queja deficiente o *iura novit curia*, en virtud del cual los jueces deben aplicar el derecho que corresponde al proceso, aunque no haya sido invocado por la parte.

Cabe señalar que el Tribunal Constitucional decidió no analizar la publicidad engañosa invocada por el demandante, en tanto dicho extremo había sido desestimado en primera instancia y consentido por el demandante. En consecuencia, en esta sentencia se pone en evidencia una falta de motivación objetiva –principio de congruencia procesal–, dado que los magistrados constitucionales que resolvieron el caso prefirieron evadir pronunciarse sobre un tema central para tutelar o rechazar la demanda acerca de la publicidad engañosa, so pretexto de que la sentencia de primera instancia que debían revisar ya la había rechazado.

2.8. Privacidad empresarial

Con fecha 21 de agosto de 2001, la empresa Nuevo Mundo Holding S.A. interpuso una acción de *habeas data* contra la SBS, solicitando que se le proporcionara la información denegada por carta notarial de fecha 18 de julio de 2001.²⁷ La demandante precisó que la SBS no le proporcionó copias de los documentos que los interventores designados por la SBS en el Banco Nuevo Mundo entregaron al Banco Interamericano de Finanzas, vulnerándose así su derecho de acceso a la información documentada.

²⁵ Sentencia del Tribunal Constitucional, Expediente 02342-2012-PA, 23 de octubre de 2012.

²⁶ *Ibid.*, fundamento jurídico 6.

²⁷ Sentencia del Tribunal Constitucional, Expediente 1219-2003-HD, 21 de enero de 2004.

A propósito de dicha controversia, el Tribunal Constitucional estableció que el derecho de acceso a la información puede ser objeto de limitaciones derivadas de la necesidad de armonizar su ejercicio con otros derechos, como el derecho a la intimidad personal, o bienes constitucionalmente relevantes, como la seguridad nacional, y siempre que estas hayan sido expresamente previstas por ley.

En esta línea, el Tribunal Constitucional señaló que el secreto bancario, entendido como la reserva de la esfera de la vida privada de los individuos o de las personas jurídicas de derecho privado que realizan operaciones bancarias o financieras, constituye un límite al ejercicio del derecho de acceso a la información pública.

En concordancia con ello indicó que el secreto bancario forma parte del contenido constitucionalmente protegido del derecho a la intimidad, de modo que su conocimiento y acceso solo pueden levantarse, según el inciso 5 del artículo 5 de la Constitución, “a pedido del juez, del Fiscal de la Nación o de una Comisión Investigadora del Congreso con arreglo a ley y siempre que se refiera al caso investigado”.²⁸

En referencia al caso en concreto, el Tribunal Constitucional estableció que la SBS es un órgano que se encuentra sujeto al principio de publicidad dispuesto en el artículo I, del Título Preliminar de la Ley del Procedimiento Administrativo General, de modo que debe presumirse que la información que mantiene tiene carácter público. De ello deriva la obligación de la SBS de proporcionar la información solicitada por los particulares y no exigir expresión de causa.

En ese entendido, el TC señaló que si bien la SBS tiene la obligación de preservar el secreto bancario, la demandante había efectuado una solicitud de información genérica e imprecisa, con lo cual la SBS se hallaba en la obligación de seleccionar y entregar aquella información que no estaba protegida por el secreto bancario.

Por tal motivo, el Tribunal Constitucional concluyó que la negativa generalizada de la SBS a entregar la información requerida resultaba incompatible con el derecho de acceso a la información, y los principios de publicidad y transparencia que notifican toda la información que posee el Estado. Por los argumentos expuestos, el Tribunal Constitucional declaró fundada la demanda.

En otro caso, en la sentencia recaída en el Expediente 0072-2004-AA, del 7 de abril de 2005, el Tribunal Constitucional declaró infundada una demanda de amparo que presentó Carabaya Inversiones y Finanzas S.A. (CIF) contra la Corte Superior de Arequipa, debido a que la Comisión Nacional Supervisora de Empresas y Valores (Conasev) dispuso que CIF, no listada en bolsa, debía presentar información financiera consolidada y auditada de la empresa Inca Tops S.A., de la cual era propietaria del 90% de acciones y que listaba en bolsa, a pesar de que CIF, al no listar en bolsa, no estaba obligada a brindar dicha información, según la Resolución 722- 97-EF/95.10, Reglamento de Propiedad Indirecta, Vinculación y Grupo Económico.

No obstante, quedaron pendientes algunos temas constitucionales sobre el carácter de CIF como empresa matriz de Inca Tops S.A.; esto es, si la empresa matriz

²⁸ *Ibid.*, fundamento jurídico 9.

podría oponer su derecho a la privacidad empresarial para no entregar la información solicitada, y si correspondía usar el principio de razonabilidad y proporcionalidad para resolver este conflicto.²⁹

Sobre el particular, el fundamento de voto del suscrito desarrolló el contenido constitucional del derecho a la información pública, el carácter de la información económica, la necesidad de la información sobre los mercados financieros, la información como elemento esencial para la protección de los inversionistas, en particular, el requerimiento de la información de la empresa Carabaya de Inversiones y Financiera con carácter de matriz. Todo ello convertía, en principio, en una necesidad de conocimiento público la información respecto a CIF.

Junto a ello, se expuso el derecho a la privacidad financiera y se desarrolló el contenido constitucional del derecho a la privacidad empresarial, donde se planteó la diferenciación entre la intimidad personal y la privacidad empresarial, desarrollando lo que es el secreto industrial o comercial del que goza CIF.

Por ello, el fundamento de voto culmina con el análisis de proporcionalidad para resolver el conflicto entre los derechos constitucionales mencionados, señalando que la medida limitativa que dispuso Conasev sobre CIF era adecuada para garantizar la transparencia del mercado de valores y brindar la necesaria información a los inversionistas. Asimismo, la medida era necesaria al no existir una disposición menos gravosa, desde que CIF controla el 90% de las acciones de Inca Tops S.A., que cotiza en el mercado. Finalmente, la medida de Conasev era estrictamente proporcional porque guardaba una relación razonable con el fin que se pretendía alcanzar mediante el balance entre sus costos y sus beneficios.

2.9. Disolución de sociedades

Como consecuencia de la intervención en 1981 del Banco de la Industria de la Construcción (BIC) por parte de la SBS, se interpusieron dos procesos constitucionales. Uno lo resolvió en 1984 el antiguo Tribunal de Garantías Constitucionales, en virtud del cual las empresas vinculadas al BIC –Grupo Vulcano– demandaron que la disolución del derecho de asociación solo podía ser realizada por resolución judicial, no por resolución administrativa, de conformidad con lo que disponía el inciso 11 del artículo 2 de la Constitución de 1979.

Sin embargo, el Tribunal de Garantías Constitucionales (11-12-84), en la acción de amparo de la Compañía Industrial y Comercial Vulcano S.A. y otros, contra la Superintendencia de Banca y Seguros, señaló que dicha protección constitucional estaba referida a las asociaciones y fundaciones sin fines de lucro, mas no a las asociaciones bancarias, que, como las entidades dedicadas a la banca, finanzas y seguros,

²⁹ Sentencia del Tribunal Constitucional, Expediente 0072-2004-AA, 7 de abril de 2005, fundamentos jurídicos 4-24 del voto del magistrado Landa Arroyo.

se sujetaban a la Ley de Sociedades Mercantiles. De allí que la orden administrativa de la disolución del BIC no fuera inconstitucional.

Con motivo de la intervención al BIC, pocos años después, el señor Luis Alberto León Rupp, su socio principal, interpuso una demanda de indemnización contra la SBS, debido a que no pudieron cobrar unos intereses a favor del BIC por un monto ascendente a 4 millones de dólares americanos.³⁰ Dicha demanda fue declarada fundada en primera instancia judicial, consecuencia de lo cual la SBS interpuso recurso de apelación argumentando que, en tanto el proceso liquidatorio aún no había finalizado, los beneficios o perjuicios derivados de la gestión de los liquidadores solo podían determinarse cuando finalizara el proceso.

Posteriormente, la Cuarta Sala Civil de Lima revocó el sentido de la demanda y la declaró infundada, lo cual fue luego confirmado por la Corte Suprema. En razón de ello, con fecha 23 de noviembre de 1999, el señor León Rupp interpuso demanda de indemnización por daños y perjuicios contra la SBS y el Ministerio de Economía y Finanzas, frente a lo cual dichas entidades dedujeron excepciones de prescripción.

Dichas excepciones fueron declaradas infundadas en primera instancia; sin embargo, fueron luego declaradas fundadas por la Segunda Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima. Finalmente, la Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República confirmó las resoluciones emitidas por la Sala Civil en casi todos sus extremos, pero dejó a salvo el derecho de indemnización del demandante, únicamente respecto de la ganancia anual dejada de percibir durante el proceso liquidatorio.

3. Conclusión

Como la Constitución es la norma jurídica suprema a nivel nacional, las leyes no deben ser aplicadas en contra de sus principios y derechos constitucionales; sin embargo, este principio de supremacía jurídica de la Constitución en sentido formal y material, no puede llevarse al extremo de sobreconstitucionalizar las distintas áreas del derecho, como el derecho mercantil. Máxime si cada rama del derecho cuenta con principios y reglas propias de su actuación, que reposan no solamente en el principio de legalidad, sino también, muchas veces, en tratados internacionales que obligan a los Estados a respetar determinadas prácticas con base en la legalidad nacional.

La actuación jurisprudencial del Tribunal Constitucional en materia de derecho mercantil, de la cual se ha dado cuenta en este trabajo, pone en evidencia que, en principio, los jueces constitucionales han procurado una protección de los derechos mercantiles mediante la aplicación de ciertos principios constitucionales, como (i)

³⁰ Sentencia del Tribunal Constitucional, Expediente 04498-2008-PA, 19 de octubre de 2009.

la libre iniciativa privada en una economía social de mercado, (ii) el libre acceso al mercado sin afectar el derecho de la competencia, (iii) la libertad de empresa con respeto del orden público constitucional, (iv) las prácticas comerciales conforme con los derechos de los consumidores, y (v) la responsabilidad social de las empresas en el pago de obligaciones fiscales no tributarias.

Asimismo, la jurisprudencia constitucional también ha puesto en evidencia que la tutela de los derechos mercantiles se procura a través de los derechos fundamentales económicos, tales como el libre acceso al mercado en el marco de las normas legales, la transformación de sociedades en armonía con los organismos constitucionales competentes de autorizarla, el establecimiento de las comisiones mercantiles en función de los convenios internacionales, la validez de los contratos mercantiles suscritos por mandatarios competentes, el incremento del capital social con respeto al derecho de preferencia y de las minorías, el pago de los títulos valores conforme a la seguridad jurídica, la publicidad comercial, la privacidad empresarial y la disolución empresarial.

Si bien las prácticas mercantiles tienen sus propias reglas legales, estas se han delimitado en su aplicación en función de la Constitución, con base en la interpretación, en unos casos estricta, del contenido de las leyes mercantiles y, en otros, con base en una interpretación flexible de las mismas, claro está, con los riesgos de interpretaciones y falta de motivación suficiente o incompleta. Por ello, la mejor garantía del respeto de los actos comprendidos en el derecho mercantil es el respeto irrestricto de los derechos fundamentales y de la supremacía constitucional, razonable y proporcional.

Bibliografía

- ALEXY, Robert, *Theorie der Grundrechte*, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 1985.
- DEL VECCHIO, Giorgio, *Studi sul diritto*, vol. I, Milán, Giuffrè, 1958.
- ESSER, Josef, *Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts*, Tübingen, Mohr Siebeck Verlag, 1956.
- HAKKANSON, Carlos, “La posición constitucional de los principios en la Carta de 1993”, *Revista de Derecho*, vol. 1, 2000.
- MENDOZA ESCALANTE, Mijail, *Los principios fundamentales del derecho constitucional peruano*, Lima, Gráfica Bellido, 2000.
- PRIETO SANCHÍS, Luis, *Constitucionalismo y positivismo*, México, Fontamara, 1997.

VOLVER A LA TABLA DE CONTENIDO

Matías Pedernera Allende* (Argentina)

Los compromisos internacionales sobre derechos fundamentales y su influencia en la política económica. Reflexiones a partir del caso argentino**

RESUMEN

La constitucionalización de tratados de derechos humanos ha generado una multiplicidad de obligaciones en cabeza de los Estados parte. La política económica no es ajena a esas obligaciones. En este trabajo se tomará como punto de partida el caso argentino, desde el que se mostrará que los compromisos internacionales relativos a derechos fundamentales impactan el diseño económico de un Estado. Para ello, se señalarán las obligaciones genéricas del Estado frente a los derechos. Asimismo, se indicarán las implicancias conceptuales de los derechos en relación con la política económica. Finalmente, se analizará por qué dichas obligaciones reducen la discrecionalidad de los poderes públicos en el diseño económico del Estado.

Palabras clave: obligaciones iusfundamentales, política económica, reducción de discrecionalidad.

ZUSAMMENFASSUNG

Die Konstitutionalisierung von Menschenrechtsverträgen hat den Unterzeichnerstaaten vielfältige vorrangige Verpflichtungen auferlegt, wovon auch die Wirtschaftspolitik nicht ausgenommen ist. Am Beispiel Argentiniens legt der Beitrag dar, wie die internationalen Verpflichtungen auf dem Gebiet der Menschenrechte die wirtschaftspolitische Ausrichtung eines Staates beeinflussen. Dazu wird zunächst auf die aus den Rechten erwachsenden allgemeinen Verpflichtungen des Staates eingegangen. Sodann werden die konzeptionellen Auswirkungen der Rechte auf die

* Abogado (UNC); maestrando en Derecho y Argumentación (UNC) y en Global Rule of Law and Constitutional Democracy (Università degli studi di Genova). Profesor adscrito de las cátedras de Derecho Constitucional y Filosofía del Derecho (UNC). m.pedernera.allende@gmail.com

** El autor agradece las valiosas sugerencias de los revisores anónimos del texto.

Wirtschaftspolitik dargelegt. Abschließend wird untersucht, inwiefern die genannten Verpflichtungen den Entscheidungsspielraum der staatlichen Stellen hinsichtlich der wirtschaftspolitischen Ausrichtung des Staates einschränken.

Schlagwörter: Grundrechtliche Verpflichtungen, Wirtschaftspolitik, Einschränkung des Entscheidungsspielraums.

SUMMARY

The constitutionalization of human rights treaties has generated a multiplicity of obligations of the State parties. Economic policy does not fall outside these obligations. This work will take the Argentine case as a starting point, from which it will be shown that international commitments related to fundamental rights have an impact on the economic design of a State. To this end, it will discuss the State's generic obligations vis-à-vis rights. It will also address the conceptual implications of rights in relation to economic policy. Finally, it will analyze why these obligations reduce the discretion of public powers in the economic design of the State.

Key words: Obligations related to fundamental rights, economic policy, reduction of discretion.

Introducción

La incorporación de tratados de derechos humanos a los sistemas constitucionales ha traído numerosas consecuencias. Uno de los efectos más fuertes de esa incorporación ha sido el de control jurisdiccional por parte de órganos supranacionales. Así, el reconocimiento de derechos a las personas que viven en la jurisdicción de los Estados adherentes les genera la posibilidad de exigir judicialmente su cumplimiento desde las instancias nacionales a las internacionales.

En ese contexto, podría afirmarse que otro efecto de la incorporación de tratados de derechos humanos a los sistemas jurídicos nacionales tiene que ver con el diseño económico de los Estados parte. Así, el compromiso del Estado a cumplir determinadas exigencias respecto de los derechos fundamentales necesariamente repercute en qué medidas de política económica se toman e incluso en cuáles no se toman. De algún modo, la discrecionalidad política en la configuración del plan económico se reduce.

Ello es así, por cuanto la asunción de los mencionados compromisos internacionales genera obligaciones para los Estados relativas al desarrollo progresivo de los derechos. Ciertamente, no todas las decisiones de política económica son idóneas para promover derechos. Y entre las idóneas, no todas son igualmente eficaces.

En este trabajo se mostrará, en un plano descriptivo, cómo impactan los compromisos internacionales relativos a derechos fundamentales en el diseño económico de un Estado, en particular del caso argentino. Para ello, en primer lugar, se señalarán

las obligaciones genéricas que el Estado tiene frente a los derechos. Luego, se indicarán las implicancias conceptuales que los derechos generan a nivel económico. Finalmente, se analizará por qué es posible afirmar que los compromisos señalados tienden a reducir la discrecionalidad de los poderes públicos en el diseño de la política económica. Si bien el punto de partida es el caso argentino, las conclusiones pueden ser aplicables a aquellos Estados que han adherido a ciertos compromisos internacionales de derechos humanos.

1. Compromisos iusfundamentales y obligaciones estatales

El punto de partida de este trabajo será un presupuesto fáctico del que se siguen consecuencias jurídicas. Este punto inicial tiene que ver con la asunción de compromisos por parte de los Estados en general y del argentino en particular. Que un Estado reconozca ciertos derechos mediante mecanismos institucionales para obligarse *ad intra* y *ad extra* del marco nacional, es un hecho generador de obligaciones para ese Estado y de la consecuente posibilidad de exigir derechos por parte de los ciudadanos.

La situación descrita es aplicable a Estados que han suscrito instrumentos internacionales de derechos humanos y han aceptado la competencia de los órganos jurisdiccionales previstos por esos instrumentos. Uno de ellos es el Estado argentino. El caso de la República Argentina es particular por cuanto algunas de las convenciones señaladas gozan de estatus constitucional mediante su inclusión en la carta política en el conocido artículo 75, inciso 22. Así, texto constitucional y tratados internacionales han pasado a formar un todo normativo llamado “bloque de constitucionalidad federal”.¹

De ese modo, el señalado artículo atribuye jerarquía constitucional, entre otros, a los siguientes instrumentos: Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; Convención Americana sobre Derechos Humanos; Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Pidesc); Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) y su Protocolo Facultativo, y la Convención sobre los Derechos del Niño.

Por ello, se ha dicho que el vértice de la estructura jurídica se extiende, y los órganos de control de constitucionalidad se multiplican. De ese modo, el sistema de fuentes crece de manera exponencial.² Sin lugar a dudas, en todos aquellos Estados donde se repite este esquema de protección intensa hay consecuencias de índole institucional, jurídica e incluso económica.

¹ Germán Bidart Campos, *Tratado elemental de derecho constitucional argentino*, t. VI, Buenos Aires, Ediar, 1995, pp. 583-587.

² Cfr. Andrés Rossetti, “Globalización, derechos humanos y control de convencionalidad: efectos en el sistema jurídico argentino”, en Silvia Palacio de Caeiro (dir.), *Tratado de derechos humanos y su influencia en el derecho argentino*, Buenos Aires, La Ley, 2015, p. 198.

En relación con las consecuencias jurídicas, se han precisado al menos tres obligaciones de tipo general que vinculan a los Estados parte de estos instrumentos internacionales.³ Se trata de (i) la obligación de adoptar medidas inmediatas, (ii) de garantizar niveles esenciales de derechos y (iii) de lograr progresivamente los derechos a los que se comprometió. El cumplimiento de estas obligaciones no solo debe verificarse ahora en el contexto del control de constitucionalidad, sino también como una exigencia del llamado control de “convencionalidad”.⁴

Una de las obligaciones que surge para el Estado adherente a las normas internacionales que consagran derechos fundamentales es la de *adoptar medidas inmediatas*. Esto quiere decir que, una vez asumidos los compromisos, el Estado

debe comenzar a “dar pasos”, que sus pasos deben apuntar hacia la meta establecida y que debe marchar hacia esa meta tan rápido como le sea posible. En todo caso le corresponderá justificar por qué no ha marchado, por qué ha ido hacia otro lado o retrocedido, o por qué no ha marchado más rápido.⁵

Uno de los principios fundamentales de la adopción de medidas inmediatas tiene que ver con la no discriminación.⁶ En efecto, el goce igualitario entre los miembros de una comunidad política no admite dilación alguna. Al respecto, se han señalado dos concepciones de igualdad que varían en intensidad. Una de ellas, la igualdad como no discriminación, hace referencia a la clásica igualdad ante la ley que excluye la arbitrariedad por parte del Estado. La otra, la igualdad como no sometimiento, se concentra en las situaciones de inequidad estructural y busca revertir situaciones de subordinación que la primera concepción puede no contemplar.⁷

La igualdad en el goce de los derechos sugiere la aplicación tanto de una como de otra concepción. En efecto, tal como ha señalado el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (CDESC) respecto al derecho a la educación, “[l]a prohibición de discriminación no está supeditada ni a una implementación gradual ni a la disponibilidad de recursos y se aplica plena e inmediatamente a todos los

³ Se seguirá el esquema propuesto por Víctor Abramovich y Christian Courtis en *Los derechos sociales como derechos exigibles* (Madrid, Trotta, 2002, *passim*). Si bien en la obra los autores hacen referencia a obligaciones emanadas de los derechos económicos, sociales y culturales, aquí se las tomará en sentido genérico, aplicándolas a los derechos fundamentales en general. En el apartado siguiente se hará referencia a la relatividad de la distinción que también estudian los autores referidos.

⁴ Víctor Bazán y Claudio Nash (eds.), *Justicia constitucional y derechos fundamentales. El control de convencionalidad*, Bogotá, Konrad Adenauer Stiftung, 2012, *passim*.

⁵ Abramovich y Courtis, *op. cit.*, pp. 79-80.

⁶ Cfr. *Ibid.*, p. 82.

⁷ Roberto Saba, *Más allá de la igualdad formal ante la ley: ¿Qué les debe el Estado a los grupos desaventajados?*, Buenos Aires, Siglo Veintiuno Editores, 2016, p. 79.

aspectos de la educación y abarca todos los motivos de discriminación rechazados internacionalmente”⁸

Bajo ese principio, Abramovich y Courtis han destacado al menos tres medidas que el Estado debe adoptar. Una de ellas tiene que ver con la adecuación del marco legal.⁹ Es decir, debe derogar o modificar todas aquellas normas que impidan el cumplimiento de sus obligaciones o resulten discriminatorias.¹⁰

Otra de las medidas que el Estado debe disponer en el marco del Pidesc, pero extensible a todos los derechos de jerarquía constitucional, tiene que ver con el relevamiento de información, vigilancia efectiva y diseño de planes de cumplimiento.¹¹ Una consecuencia de la adopción de medidas inmediatas es la verificación de la efectividad de los derechos. La producción de información es un presupuesto de la vigilancia, y esta debe estar disponible para asegurar el control. A su vez, la vigilancia debe ir acompañada de un plan de acción para asegurar el cumplimiento de dichos derechos.¹²

En el marco de las obligaciones inmediatas, el Estado debe además asegurar recursos judiciales efectivos. La efectividad del recurso tiene que ver, por una parte, con una estructura adecuada para el tipo de derecho que se trate.¹³ Esto es, que el diseño clásico de recursos para resguardar derechos civiles no debe dejar de lado a otros tipos de derechos. En esta línea, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha destacado que la efectividad del recurso se sustenta en “el principio de que la norma está encaminada a producir un efecto y no puede interpretarse en el sentido que no produzca ninguno o su resultado sea manifiestamente absurdo o irrazonable [...] Un recurso debe ser, además, eficaz, es decir, capaz de producir el resultado para el que ha sido concebido”.¹⁴

Otra de las consecuencias jurídicas que emana de los referidos instrumentos internacionales de derechos humanos es la *garantía de niveles esenciales de los derechos*. Un concepto emanado del derecho constitucional que guarda estrecha relación con esta obligación es la garantía del contenido esencial de los derechos. Al respecto, se ha dicho que “el contenido esencial prescribe [...] que los órganos de gobierno del

⁸ CDESC, OG núm. 13, punto 31, citado en Christian Courtis, “Políticas sociales, programas sociales, derechos sociales. Ideas para una construcción garantista”, en Víctor Abramovich y Laura Pautassi (comps.), *La medición de derechos en las políticas sociales*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2010, p. 37.

⁹ Abramovich y Courtis, *op. cit.*, p. 81.

¹⁰ En el marco del sistema interamericano, ello constituye una consecuencia del control de convencionalidad, que –según lo resuelto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el Caso Gelman vs. Uruguay– incluye tanto la emisión como la aplicación de las normas.

¹¹ Cfr. Abramovich y Courtis, *op. cit.*, p. 83.

¹² *Ibid.*, p. 84.

¹³ *Ibid.*, p. 87.

¹⁴ Corte IDH, Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras, Sentencia de 29 de julio de 1988, Serie C, párrafos 64 y 66.

Estado desarrollen los derechos fundamentales, de manera que puedan ser realmente ejercidos por todos los ciudadanos. Esta propuesta hermenéutica implica, entre otras cosas, resaltar la faceta prestacional de los derechos fundamentales”¹⁵

Así, el cumplimiento de esta obligación puede implicar acciones de naturaleza positiva cuando los derechos no puedan ser realmente ejercidos por sus titulares, esto es, no alcancen los mínimos. O simplemente de conservación cuando esos mínimos se cumplan. Sobre ello, el CDESC ha señalado que “un Estado en el que un número importante de individuos está privado de alimentos esenciales, de atención primaria de salud esencial, de abrigo y vivienda básicos o de las formas básicas de enseñanza, *prima facie* no está cumpliendo sus obligaciones”¹⁶

Finalmente, otra de las obligaciones generales que surge para el Estado es el logro progresivo de los derechos que se ha comprometido asegurar.¹⁷ Se trata de la obligación de progresividad y prohibición de regresividad desarrollada específicamente en el contexto de los derechos económicos, sociales y culturales. Así, el artículo 2 del PIDESC establece el compromiso de los Estados parte en la adopción de medidas “especialmente económicas y técnicas, hasta el máximo de los recursos de que disponga, para *lograr progresivamente*, por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos”.

Se ha señalado que la progresividad presupone dos sentidos complementarios.¹⁸ Por un lado, la gradualidad. Esto es, que los derechos no pueden realizarse en un periodo corto de tiempo. Sin embargo, ello se inscribe en un contexto en el cual los Estados firmantes se han comprometido a una realización inmediata de los derechos.

El otro sentido de la progresividad consiste en la obligación del Estado de mejorar las condiciones de disfrute de los derechos. La contracara de esto es la prohibición de regresividad. Es decir, el Estado no debe adoptar políticas o normas que empeoren la situación de los derechos cuando se ha llegado a cierto nivel.

Sobre los parámetros de medición de la prohibición de regresividad, el CDESC ha señalado que

la prohibición de regresividad significa que cualquier medida adoptada por el Estado que suprima, restrinja o limite el contenido del derecho garantizado por la ley, constituye, *prima facie*, una violación del derecho en cuestión. Esto conlleva una comparación entre las legislaciones, regulaciones o prácticas

¹⁵ Juan Cianciardo, *El ejercicio regular de los derechos. Análisis y crítica del conflictivismo*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2007, p. 277.

¹⁶ CDESC, OG núm. 3, punto 10, citado en Abramovich y Courtis, *op. cit.*, p. 89.

¹⁷ Cfr. Abramovich y Courtis, *op. cit.*, p. 93.

¹⁸ *Idem*.

previamente existentes y la aprobada posteriormente, con el fin de evaluar su carácter regresivo.¹⁹

La somera descripción precedente de las obligaciones estatales frente a los derechos fundamentales emanados de convenciones internacionales muestra que el Estado se halla fuertemente vinculado. Tiene obligaciones de diversa índole, respecto de las cuales debe tomar diversas medidas institucionales que se extienden desde el campo legal al campo del diseño de políticas públicas, todo ello sujeto al control judicial.

2. Implicancias económicas de la normatividad de los derechos

En el apartado anterior se ha mostrado de manera genérica cómo el Estado que asume compromisos respecto a los derechos fundamentales se halla fuertemente vinculado. Ahora bien, las obligaciones del Estado deben realizarse a través de diversos medios. Uno de esos medios fundamentales tiene que ver con los recursos económicos. En otras palabras, el goce de los derechos depende de los recursos económicos. En este apartado se abordará la cuestión relativa a la proyección económica de los derechos fundamentales desde un punto de vista conceptual.

La presencia del elemento conceptual “derechos fundamentales” implica la idea de normatividad. Como contrapartida, ello supone la idea de deberes: afirmar que alguien tiene un derecho a algo supone afirmar conjuntamente que alguien tiene un deber correlativo con respecto al mismo objeto del derecho.²⁰ Así se ha mostrado en el apartado precedente: el Estado que ha suscrito convenios internacionales tiene fuertes deberes respecto a los derechos.

Ahora, si bien cada derecho tiene formas de cumplimiento específico, podría afirmarse que desde el punto de vista de los recursos económicos hay cierta unidad entre los derechos. Goza de cierta difusión aquella distinción que señala que para el cumplimiento de los derechos civiles es preciso una abstención del Estado, mientras que para satisfacer derechos sociales es necesaria la acción estatal. No obstante, desde la óptica económica, todos los derechos precisan de una estructura económica que los respalde.

¹⁹ Comisión Internacional de Juristas, *Los tribunales y la exigibilidad legal de los derechos económicos, sociales y culturales. Experiencias comparadas de justiciabilidad*, trad. de Cristina Fangmann, Ginebra, CIJ, 2010, p. 34.

²⁰ Desde la óptica moral de los derechos, es decir, no necesariamente positiva, se ha señalado que aquello que se debe moralmente no coincide por completo con los deberes u obligaciones morales sino que tiene un contenido más amplio. Así, una adecuada comprensión de los derechos no solo tiene una dimensión deóntica sino también una dimensión valorativa: el objeto del derecho es un *bien* para los miembros de la clase a la que se adscribe el derecho (Carlos S. Nino, *Ética y derechos humanos*, Buenos Aires, Astrea, 1989, pp. 37-38).

En efecto, se ha dicho que todo derecho que goce de protección legal es necesariamente positivo, en el sentido de que requiere la acción del Estado. Así, “si los derechos fueran meras inmunidades a la interferencia pública, la virtud suprema del Gobierno (en relación con el ejercicio de los derechos) sería la parálisis o la invalidez. Pero un Estado incapacitado no puede proteger las libertades individuales, ni siquiera las que parecen totalmente ‘negativas’, como el derecho a no ser torturado”.²¹

Esto quiere decir que como mínimo es necesaria una maquinaria estatal eficiente para asegurar el cumplimiento de los derechos, aun de aquellos que en apariencia no requieran gran actividad. La contrapartida de esta afirmación es aquel argumento que señala que el Estado debería limitarse solamente a la protección de la propiedad o la libertad individual y no asumir compromisos de tipo social. Sin embargo, aun cuando de hecho ello no sea posible mientras subsista la vigencia de instrumentos internacionales de protección de derechos, tampoco sería cierto a nivel conceptual. Ello por cuanto incluso la libertad privada depende de la calidad de las instituciones públicas.²²

De allí, en consecuencia, el común denominador entre derechos civiles y derechos sociales:

A los derechos sociales les sucede en cierta medida algo semejante a lo que acaece respecto de los derechos de libertad, que [...] se basan en recursos sociales, públicos. Estos recursos no solo son necesarios para el mantenimiento del poder coercitivo del Estado, sino que sirven además para dotar a los individuos de las condiciones materiales y espirituales de vida necesarias que aseguren su favorable disposición a la aceptación y al respeto de los derechos de los demás.²³

La realización de los derechos fundamentales tiene un costo económico. Pero, para que esa satisfacción resulte posible es necesario contar con mecanismos de control. Existen varios frentes de protección de los derechos; sin embargo, uno de índole económica particular es el presupuesto. Se lo ha catalogado como una garantía institucional para la realización de derechos.

Al respecto, se ha destacado que “el presupuesto es el instrumento legislativo que marca en gran medida la política pública que lleve a cabo la Administración en materia de derechos”.²⁴ Mediante este instrumento legislativo es posible verificar la deferencia del Estado hacia los derechos fundamentales, observando de qué modo las partidas presupuestarias respaldan los planes de acción para la satisfacción de

²¹ Stephen Holmes y Cass Sunstein, *El costo de los derechos*, trad. de Stella Mastrangelo, Buenos Aires, Siglo Veintiuno Editores, 2012, p. 64.

²² *Ibid.*, p. 137.

²³ Gianluigi Palombella, *La autoridad de los derechos*, trad. de José Calvo González y Cristina Monereo Atienza, Madrid, Trotta, 2006, pp. 55-56.

²⁴ Courtis, *op. cit.*, p. 140.

derechos. En este sentido, la idea de control se hace presente en torno a la discusión del presupuesto. Tanto las agencias oficiales como las organizaciones de derechos humanos y los ciudadanos en general debieran poder verificar que el presupuesto acompañe los compromisos iusfundamentales. Apuntalan este control, el acceso a la información pública y el combate a la corrupción.²⁵

Ahora bien, el fuerte compromiso que demandan los derechos fundamentales, de alguna manera debilita la libertad de configuración que el legislador tiene sobre el presupuesto. Tal como ha afirmado Alexy, “todos los derechos fundamentales limitan la competencia del legislador; a menudo, lo hacen de una manera incómoda para este y, a veces, afectan también su competencia presupuestaria”²⁶

Resulta ilustrativo en este punto traer a colación un caso resuelto por la Corte Suprema argentina²⁷ sobre derecho a la vivienda. Allí, uno de los argumentos de la parte demandada (Ciudad de Buenos Aires) fue que los cursos de acción del Estado se encontraban atados a una limitación presupuestaria generada por un presupuesto inelástico. Al respecto, los jueces determinaron que la asignación de los recursos presupuestarios por parte del Estado subnacional, no puede prescindir de la obligación primera a la que se comprometió el Estado argentino: dar plena efectividad a los derechos reconocidos en sus textos. De ese objetivo depende el argumento de la utilización del máximo de los recursos disponibles.²⁸

El mismo tribunal argentino ha advertido la gravedad de la situación en la que “los derechos de los habitantes se [encontrasen] a merced de la discrecionalidad con que el poder público resolviese llevar su política económica”²⁹. De este modo, puede afirmarse que los derechos “configuran los límites exteriores de la competencia legal de las instituciones políticas” y ayudan “a definir lo que está bien o mal que el Gobierno haga”³⁰. Y ello es también aplicable al diseño de la política económica y la asignación de recursos presupuestarios.

Ciertamente, los instrumentos que consagran derechos no son planes de tipo económico. Sin embargo, dado que todo derecho implica un costo, y que las obligaciones estatales adquieren una fuerte vigencia en el momento de configurar el presupuesto, dichos instrumentos marcan el rumbo económico de un Estado de

²⁵ *Ibid.*, p. 141.

²⁶ Robert Alexy, “Derechos sociales fundamentales”, en Miguel Carbonell, Juan A. Cruz Parceroy y Rodolfo Vázquez (comps.), *Derechos sociales y derechos de las minorías*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2000, p. 80. Disponible en: <http://www.bibliojuridica.org/libros/4/1658/4.pdf>.

²⁷ Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN), Q. C. c/ Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires.

²⁸ *Ibid.*, considerando 14.º del voto mayoritario.

²⁹ CSJN, Tobar, Leónidas c/ E.N. Mro. Defensa Contaduría General del Ejército, Ley 25.453 s/ amparo, Ley 16.986.

³⁰ Fernando Atria, “Legalismo, derechos y política”, en Roberto Saba (ed.), *Los derechos fundamentales*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2001, p. 108.

una manera bien clara. Los derechos fundamentales se erigen en límites fuertes a la configuración de la política económica. En consecuencia, ello reduce la discrecionalidad de las agencias ejecutivas y legislativas en la creatividad del diseño económico.

3. Derechos, política económica y reducción de la discrecionalidad

Como se ha indicado, la fuerte protección constitucional de los derechos fundamentales ha hecho que la discrecionalidad de los poderes políticos se reduzca también en materia económica. La existencia de textos constitucionales normativos “genera de modo directo derechos y obligaciones inmediatamente exigibles”,³¹ de manera que ya no es imprescindible la mediación del legislador para que los mandatos constitucionales resulten efectivos.³² En otras palabras, la normatividad de los derechos constitucionales se define “por la viabilidad de hacer obligatorio su cumplimiento, de darle aplicación sin necesidad ineludible de intermediarios, de obtener sanción o remedio al incumplimiento o a la violación”.³³ En este punto se aprecia la relevancia del control judicial.

Una de las llamadas “doctrinas evasivas” del control de constitucionalidad es la de las cuestiones políticas no justiciables. El fundamento de esta doctrina tiene que ver con el respeto a las competencias privativas de cada uno de los poderes del Estado o con su alto contenido político. Tanto un caso como el otro quedarían exentos del control de los jueces.³⁴ Así, la propia Corte Suprema argentina ha dicho que “la misión más delicada de la Justicia de la Nación es la de saberse mantener dentro de la órbita de su jurisdicción sin menoscabar las funciones que incumben a los otros poderes o jurisdicciones”.³⁵

Así, una premisa clásica de la idea de división de poderes ha sido la señalada por Alexander Hamilton en la lectura LXVIII de *El Federalista*, en cuanto a que al poder ejecutivo le corresponde la espada, al poder legislativo el control de la bolsa, y, por tanto, el poder judicial es el más débil de los tres. Que el poder legislativo controle la bolsa quiere decir que la fijación y el diseño de la política económica son privativos de este.³⁶

³¹ Luis Prieto Sanchís, “Neoconstitucionalismo y ponderación judicial”, *AFDUAM*, núm. 5, 2001, p. 205.

³² *Ibid.*, p. 206.

³³ Germán Bidart Campos, *El derecho de la constitución y su fuerza normativa*, Buenos Aires, Ediar, 2004, p. 29.

³⁴ Alfonso Santiago, *La Corte Suprema y el control político*, Buenos Aires, Ábaco, 1999, p. 175.

³⁵ CSJN, “Ricardo Bonevo”, *Fallos* 155:248.

³⁶ Ciertamente, la distinción es histórica; sin embargo, es relevante considerar el papel del Poder Judicial en los inicios del constitucionalismo moderno, ajeno a las cuestiones económicas.

Sin embargo, tal como se ha visto, cada vez más cuestiones de índole económica, esto es, de recursos necesarios para la satisfacción de derechos, son objeto de control jurisdiccional. Es que, como se ha explicado, el sistema constitucional contemporáneo tiende a distinguir “entre lo que es propiamente cuestión política, es decir, la facultad privativa y discrecional de los poderes no revisable judicialmente, y lo que es cuestión constitucional, cuyo examen sí están habilitados a realizar los jueces”.³⁷

Podría afirmarse que aquella tendencia tiene al menos una condición y una consecuencia. La condición es la llamada “dimensión prestacional” de los derechos. La expresión tiene su origen en el marco de la doctrina constitucionalista española. Así, el artículo 9.2 de la Constitución de España de 1978 dispone: “Corresponde a los poderes públicos *promover las condiciones* para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; *remover* los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud”.

Así, se ha dicho que promover la libertad y la igualdad significa promover los derechos fundamentales. En el contexto de un Estado social de derecho, ello requiere un papel activo del Estado. De ese modo, las prestaciones constitucionales pueden consistir en actividades de dar o de hacer. En cuanto a las obligaciones de “dar”, ellas se concretan en prestaciones de naturaleza económica. Es decir, se trata de asegurar las condiciones materiales para que los ciudadanos hallen satisfechos sus derechos. En cuanto a las obligaciones de “hacer”, ellas constituyen medidas de facilitación que generan las condiciones para el desarrollo de los derechos.³⁸

En consecuencia, este esquema básico que demanda un papel fuerte por parte del Estado, no es sino la simplificación del esquema de protección de derechos que surge de los instrumentos internacionales que demandan derechos. Su premisa básica es que la simple abstención del Estado como modo de respetar derechos ha quedado en el pasado.

La consecuencia de este esquema prestacional en el marco de un Estado de derecho tiene que ver con el control de constitucionalidad. En efecto, se ha hecho referencia a las tensiones generadas por la consagración de los derechos y la discrecionalidad de los poderes políticos en el diseño del plan económico. Así, frente a esta órbita antes ajena al control judicial, ahora resulta actual y necesario un “control de razonabilidad” de las políticas públicas.³⁹

De esta manera, una medida de gobierno –en particular, una de política económica– quedará bajo escrutinio del poder judicial cuando afecte derechos

³⁷ Santiago, *op. cit.*, p. 176.

³⁸ Antonio Martínez Pujalte, “Dimensión prestacional de los derechos fundamentales e inconstitucionalidad por omisión”, en Antonio Martínez Pujalte y Tomás de Domingo, *Los derechos fundamentales en el sistema constitucional*, Granada, Comares, 2011, pp. 146-147.

³⁹ Sobre el control de la razonabilidad de las políticas públicas, ver Alfonso Santiago, “El alcance del control judicial de razonabilidad de las políticas públicas. Perspectiva argentina y comparada”, en Christian Steiner (ed.), *Anuario de derecho constitucional latinoamericano 2014*, Bogotá, KAS, 2014.

fundamentales. El control judicial deberá verificar la razonabilidad de la medida en dos pasos: considerando su razonabilidad, entendida como balance entre costos y beneficios, y teniendo en cuenta la razonabilidad como no alteración de los derechos en cuestión.⁴⁰ Por ello se ha afirmado que “la garantía del contenido esencial es una exigencia de la faz negativa de los derechos, en tanto que el principio de razonabilidad viene exigido por la faz positiva o prestacional”.⁴¹

En consecuencia, las decisiones de gobierno en materia de política económica deben transitar por el cauce trazado por la razonabilidad. Por un lado, deberán ser adecuadas, necesarias y guardar una relación razonable con los fines establecidos en la Constitución. Por otro lado, no deberán alterar (por acción u omisión) los derechos fundamentales consagrados en la misma.

Como puede observarse, la discrecionalidad de las agencias ejecutivas o legislativas se reduce a la hora de adoptar decisiones en materia económica. La jurisprudencia de la Corte argentina ha señalado este hecho al destacar que

las políticas tienen un marco constitucional que no pueden exceder, que son las garantías que señala la Constitución y que amparan a todos los habitantes de la Nación [...] No se trata de evaluar qué política sería más conveniente para la mejor realización de ciertos derechos, sino evitar las consecuencias de las que clara y decididamente ponen en peligro o lesionan bienes jurídicos fundamentales tutelados por la Constitución.⁴²

Ronald Dworkin ha estudiado los sentidos de la discrecionalidad en el ámbito judicial. Sin embargo, dada la claridad y la utilidad práctica de la distinción, aquí se hará uso de la misma para verificar en qué medida puede afirmarse que los funcionarios políticos conservan potestades discrecionales para adoptar decisiones de política económica.⁴³

Un primer sentido de discreción tiene que ver con la imposibilidad de aplicación mecánica de una regla (por ejemplo: satisfacer el derecho x de manera progresiva). Así, el empleo de la norma por parte del funcionario requiere discernimiento, puesto que la información necesaria a tal fin es limitada. De ese modo, se dice que hay discrecionalidad, ya que los estándares que guían la adopción de la decisión pueden ser razonablemente interpretados de maneras diversas por personas diferentes.

Un segundo sentido de discreción hace referencia a la ausencia de controles desde una autoridad superior respecto de quien aplica la regla. En este sentido, se dice

⁴⁰ Cfr. Juan Cianciardo, *El principio de razonabilidad, del debido proceso sustantivo al moderno juicio de proporcionalidad*, Buenos Aires, Ábaco, 2009, pp. 112-113.

⁴¹ *Ibid.*, p. 114.

⁴² CSJN, “Verbitsky”, *Fallos* 328:1146, citado en Santiago, 1999, *op. cit.*, p. 310.

⁴³ Ronald Dworkin, *Los derechos en serio*, trad. de Marta Guastavino, Madrid, Ariel, 1989, pp. 83 y ss.

que la decisión es no revisable y que la autoridad del aplicador es final, por tanto, hay una libertad a la hora de resolver.

Finalmente, en tercer lugar, es posible hablar de un sentido fuerte de discreción. Este sentido supone que el agente de la decisión no está limitado por estándar alguno. En otras palabras, aunque la actividad esté rodeada de deberes, este tercer sentido implica que no hay un deber concreto que oriente hacia una decisión determinada.

A partir de todo lo expuesto puede verse cómo en relación con los tres sentidos precedentes, la discrecionalidad política se reduce. Por un lado, porque aun cuando hay diversas maneras razonables de llevar a cabo una política de derechos fundamentales, los cursos de acción están fuertemente orientados hacia la satisfacción de los mismos y asegurados mediante las exigencias de inmediatez, no discriminación, progresividad, etc. La discrecionalidad es, entonces, débil.

Por otro lado, porque al haberse erosionado la idea de cuestión política no justificable, los poderes políticos tienen frente a sí un poder controlador que tiene el deber constitucional de verificar la razonabilidad de la decisiones que tome.

Finalmente, es evidente que las decisiones políticas que afectan derechos fundamentales se hallan rodeadas de estándares legales que van desde directivas genéricas, como las mencionadas, exigencias específicas propias de cada derecho, y el control de razonabilidad que exige los tres subprincipios nombrados *supra*. Es decir, claramente, tanto el poder ejecutivo como el poder legislativo carecen de discrecionalidad en sentido fuerte a la hora de diseñar la política económica.

4. Conclusiones

La asunción de compromisos internacionales relativos a derechos humanos por parte de un Estado genera para este una multiplicidad de obligaciones. Ciertamente, estas dependen de cada derecho en particular. Pero, a su vez, es posible identificar al menos tres obligaciones genéricas comunes a todos los derechos fundamentales: la obligación de adoptar medidas inmediatas, la de garantizar niveles esenciales de derechos y la de lograr progresivamente los derechos a los que se comprometió.

Una razón para agrupar todos los derechos sin distinción sobre su carácter civil o social tiene que ver con el accionar positivo del Estado para su efectividad. En efecto, todos los derechos precisan de un Estado fuerte con capacidad para satisfacerlos. Esa capacidad depende en gran medida de los recursos económicos. Sin recursos no es posible satisfacer derechos. Por ello, todos los derechos requieren de una maquinaria estatal –jurídica, económica e institucional– para su realización, incluso aquellos que *prima facie* se satisfacen mediante aparentes abstenciones del Estado.

Un valioso instrumento para controlar cómo el Estado cumple sus obligaciones en materia de derechos fundamentales es el presupuesto. A través suyo, es posible cotejar de qué modo los poderes públicos cumplen con los estándares de satisfacción

de derechos. La presencia de estos estándares, a su vez, limita la libertad de configuración presupuestaria del legislador. Ciertamente, la discrecionalidad del legislador no puede presuponer discrecionalidad respecto de la satisfacción de derechos reconocidos constitucionalmente.

En este sentido, si una política pública afecta un derecho fundamental, queda habilitado el control judicial. Ello de algún modo limita la idea de “cuestiones políticas no justiciables” sostenida por la Corte argentina. Así, si bien los jueces no podrán pronunciarse sobre la conveniencia de adoptar determinada política, sí deberán determinar si esta es o no razonable. Donde lo razonable implica efectuar un balance entre costos y beneficios que la medida de gobierno supone, y la alteración o no de derechos fundamentales.

Finalmente, es posible afirmar que en la situación actual de constitucionalización de derechos protegidos internacionalmente, los poderes políticos poseen una discrecionalidad débil para configurar la política económica. Ello, por un lado, porque no tienen demasiado margen de interpretación de los estándares que deben guiar a la política económica: hay un claro sentido de deferencia hacia los derechos. Por otro lado, porque todas aquellas decisiones que afecten derechos son controlables judicialmente. Finalmente, la presencia de reglas en orden a la satisfacción de derechos –obligaciones genéricas– hace que las agencias estatales carezcan de una libertad total a la hora de tomar decisiones que atañen al diseño económico del Estado.

Bibliografía

- ABRAMOVICH, Víctor y Christian COURTIS, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Madrid, Trotta, 2002.
- ABRAMOVICH, Víctor y Laura PAUTASSI (comps.), *La medición de derechos en las políticas sociales*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2010.
- ALEXY, Robert, “Derechos sociales fundamentales”, en Miguel CARBONELL, Juan A. CRUZ PARCERO y Rodolfo VÁZQUEZ (comps.), *Derechos sociales y derechos de las minorías*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2000.
- ATRIA, Fernando, “Legalismo, derechos y política”, en Roberto SABA (ed.), *Los derechos fundamentales*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2001.
- BAZÁN, Víctor y Claudio NASH (eds.), *Justicia constitucional y derechos fundamentales. El control de convencionalidad*, Bogotá, Konrad Adenauer Stiftung, 2012.
- BIDART CAMPOS, Germán, *Tratado elemental de derecho constitucional argentino*, t. IV, Buenos Aires, Ediar, 1995.
- _____, *El derecho de la constitución y su fuerza normativa*, Buenos Aires, Ediar, 2004.
- CARBONELL, Miguel, Juan A. CRUZ PARCERO y Rodolfo VÁZQUEZ (comps.), *Derechos sociales y derechos de las minorías*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2000.

- CIANCIARDO, Juan, *El ejercicio regular de los derechos. Análisis y crítica del conflictivismo*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2007.
- _____, *El principio de razonabilidad, del debido proceso sustantivo al moderno juicio de proporcionalidad*, Buenos Aires, Ábaco, 2009.
- CIANCIARDO, Juan y Pilar ZAMBRANO, “Los a priori de la cultura de derechos”, *Cuestiones constitucionales*, vol. 1, núm. 34, 2016, pp. 103-142.
- COMISIÓN INTERNACIONAL DE JURISTAS, *Los tribunales y la exigibilidad legal de los derechos económicos, sociales y culturales. Experiencias comparadas de justicia-bilidad*, trad. de Cristina Fangmann, Ginebra, CIJ, 2010.
- COURTIS, Christian, “Políticas sociales, programas sociales, derechos sociales. Ideas para una construcción garantista”, en Víctor ABRAMOVICH y Laura PAUTASSI (comps.), *La medición de derechos en las políticas sociales*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2010.
- DWORKIN, Ronald, *Los derechos en serio*, trad. de Marta Guastavino, Madrid, Ariel, 1989.
- HOLMES, Stephen y Cass SUNSTEIN, *El costo de los derechos*, trad. de Stella Mastrangelo, Buenos Aires, Siglo Veintiuno Editores, 2012.
- MARTÍNEZ PUJALTE, Antonio, “Dimensión prestacional de los derechos fundamentales e inconstitucionalidad por omisión”, en Antonio MARTÍNEZ PUJALTE y Tomás DE DOMINGO, *Los derechos fundamentales en el sistema constitucional*, Granada, Comares, 2011.
- MARTÍNEZ PUJALTE, Antonio y Tomás DE DOMINGO, *Los derechos fundamentales en el sistema constitucional*, Granada, Comares, 2011.
- NINO, Carlos S., *Ética y derechos humanos*, Buenos Aires, Astrea, 1989.
- PALACIO DE CAEIRO, Silvia (dir.), *Tratado de derechos humanos y su influencia en el derecho argentino*, Buenos Aires, La Ley, 2015.
- PALOMBELLA, Gianluigi, *La autoridad de los derechos*, trad. de José Calvo González y Cristina Monereo Atienza, Madrid, Trotta, 2006.
- PRIETO SANCHÍS, Luis, “Neoconstitucionalismo y ponderación judicial”, *AFDUAM*, núm. 5, 2001, pp. 201-227.
- ROSSETTI, Andrés, “Globalización, derechos humanos y control de convencionalidad: efectos en el sistema jurídico argentino”, en Silvia PALACIO DE CAEIRO (dir.), *Tratado de derechos humanos y su influencia en el derecho argentino*, Buenos Aires, La Ley, 2015.
- SABA, Roberto (ed.), *Los derechos fundamentales*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2001.
- SABA, Roberto, *Más allá de la igualdad formal ante la ley: ¿Qué les debe el Estado a los grupos desaventajados?*, Buenos Aires, Siglo Veintiuno Editores, 2016.
- SANTIAGO, Alfonso, *La Corte Suprema y el control político*, Buenos Aires, Ábaco, 1999.
- _____, “El alcance del control judicial de razonabilidad de las políticas públicas. Perspectiva argentina y comparada”, en Christian STEINER (ed.), *Anuario de derecho constitucional latinoamericano 2014*, Bogotá, Konrad Adenauer Stiftung, 2014.
- STEINER, Christian (ed.), *Anuario de derecho constitucional latinoamericano 2014*, Bogotá, Konrad Adenauer Stiftung, 2014.

VOLVER A LA TABLA DE CONTENIDO

Carlos Ramón Salcedo Camacho* (República Dominicana)

Economía, planificación y desarrollo en la Constitución dominicana

RESUMEN

Con la proclamación de la Constitución de 2010, la República Dominicana se declaró como un Estado social y democrático de derecho. Por tanto, en su contenido se incluyeron las directrices de las políticas públicas, las acciones, los instrumentos y las garantías que debe poner en marcha el Estado para alcanzar los objetivos individuales y colectivos reflejados en el texto constitucional. Una de esas herramientas es la planificación e intervención en la economía para alcanzar el desarrollo y progreso social, a través de la concreción de los derechos fundamentales, específicamente de aquellos que exigen una acción positiva del Estado para su materialización.

Palabras clave: Constitución económica, planificación y desarrollo.

ZUSAMMENFASSUNG

Mit der Verkündung der Verfassung von 2010 hat sich die Dominikanische Republik zu einem sozialen und demokratischen Rechtsstaat erklärt. Dementsprechend enthält sie Leitlinien für die öffentliche Politik, Aktionen, Instrumente und Garantien, die der Staat einleiten muss, um die im Verfassungstext niedergelegten individuellen und kollektiven Ziele zu erreichen. Zu diesen Instrumenten gehören die wirtschaftliche Planung und Eingriffe in die Wirtschaft, um über die Konkretisierung der Grundrechte, und hierbei insbesondere solcher Rechte, zu deren Umsetzung der Staat positive Maßnahmen ergreifen muss, einen Beitrag zur Entwicklung und zum sozialem Fortschritt zu leisten.

Schlagwörter: Wirtschaftsverfassung, Planung und Entwicklung.

* 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 & Astacio. carlos3osalcedo@gmail.com

SUMMARY

With the proclamation of the Constitution of 2010, the Dominican Republic declared itself as a democratic social state based on the rule of law. Therefore, it included public policy guidelines, actions, instruments and guarantees that must be implemented by the State to achieve the individual and collective objectives that are reflected in the constitutional text. One of these tools is economic planning and intervention in order to achieve social development and progress through the realization of fundamental rights, specifically those that demand positive action by the State for their materialization.

Key words: Economic constitution, planning and development.

Introducción

Por disposición del artículo 7 de la Constitución, la República Dominicana es un Estado social y democrático de derecho cimentado en el respeto de la dignidad humana, los derechos fundamentales, la soberanía popular y la separación de los poderes públicos. Esto implica que:

el Estado no solo está basado en el respeto de los derechos fundamentales y la separación e independencia de los poderes (Estado de derecho) ni en la soberanía popular (Estado democrático) sino que *también es un Estado que procura el respeto a la dignidad humana, que solo puede lograrse allí donde se remueven los obstáculos a la plena igualdad de todos los dominicanos, lo cual implica sobre todo la garantía de los derechos sociales y la referencia social de todos los derechos fundamentales* (Estado social).¹ (Énfasis agregado)

Es precisamente por esa concepción de Estado que la Constitución de la República establece como función esencial de este “la protección efectiva de los derechos de la persona, el respeto de su dignidad y la obtención de los medios que le permitan perfeccionarse de forma igualitaria, equitativa y progresiva, dentro de un marco de libertad individual y de justicia social”² De ahí que la participación del Estado en materia de protección de derechos no será tan solo la de garante, sino que se exige una participación activa como propulsor de cambios y conductor de proyectos y planes que permitan el desarrollo y la justicia social.

¹ Eduardo Jorge Prats, “Artículo 7”, en Carlos Villaverde Gómez y Félix Tena Sosa (eds.), *Constitución comentada*, Santo Domingo, Fundación Institucionalidad y Justicia (Finjus), 2012, p. 64.

² Constitución de la República Dominicana, artículo 8, 13 de junio de 2015, *Gaceta Oficial*, núm, 10805.

Así lo ha destacado la doctrina, al referirse a la fórmula del Estado social y democrático de derecho proclamado en nuestro texto constitucional, para la cual los cambios y las transformaciones sociales y políticas que surgieron principalmente luego de la Segunda Guerra Mundial provocaron que los Estados abandonaran los viejos modelos abstencionistas y asumieran “como propios los objetivos de establecer y asegurar unos mínimos de condiciones de vida para todas las personas y procurar la disposición de medios que cubran las necesidades de las personas y grupos que puedan estar en una situación más desfavorecida”.³

De lo anterior se desprende que el Estado dominicano se aleja de la visión liberal clásica donde se espera que “los bienes existentes se repartan por la mano invisible del mercado entre las personas”. Por el contrario, se busca que intervenga en la satisfacción “de la equidad y de la justicia social al momento de la repartición de lo producido”, lo que implica que el Estado debe preocuparse por el funcionamiento de la economía en su conjunto.⁴

Dada la obligación del Estado de definir objetivos y proyectos que aseguren unos mínimos de condiciones de vida, y de que se dispongan ciertos medios para cubrir las necesidades de los ciudadanos, deben instaurarse diversos mecanismos que faciliten la concreción de esos derechos, sobre todo en Estados deficitarios que no disponen de los medios económicos para lograr que todos los ciudadanos gocen plenamente de sus derechos, por lo menos los esenciales. Para ello, la Constitución de la República ha dispuesto la planificación como herramienta necesaria para alcanzar el desarrollo y progreso social, en los términos que veremos más adelante.

En efecto, consideramos que la planificación es una herramienta fundamental para alcanzar el desarrollo y progreso social en cualquier Estado, de lo que se desprende que la inclusión de elementos de planificación como base esencial de las políticas públicas del Estado dominicano constituye un avance para lograr la cohesión y el desarrollo social. Esto, junto a la promulgación de la ley que instituyó la Estrategia Nacional de Desarrollo son vías que trazan una ruta al Estado dominicano para alcanzar los objetivos de mejoría social, crecimiento y desarrollo económico que hacen falta, respondiendo además al llamado de organismos internacionales como el Banco Mundial y el Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD), entre otros.

Para explicar mejor nuestra posición sobre cómo la planificación del Estado es una herramienta para alcanzar el desarrollo y el progreso social, a continuación analizaremos el régimen de la Constitución económica y sus herramientas, con la finalidad de abordar aquellos mecanismos que permitirían al Estado dominicano alcanzar los objetivos propuestos para la concreción de los derechos fundamentales y el cumplimiento de su función esencial.

³ Cfr. Eduardo Jorge Prats, *Derecho constitucional*, vol. II, Santo Domingo, Ius Novum, 2012 [2005], p. 661.

⁴ Cfr. Eduardo Jorge Prats, *Derecho constitucional*, vol. I, Santo Domingo, Ius Novum, 2010 [2003], p. 596.

1. Régimen económico de la Constitución de la República Dominicana y fundamentación de su incorporación

Antes de describir el régimen económico de la Constitución de la República es pertinente hacer referencia al concepto de Constitución económica y a su relevancia como parte del cuerpo normativo supremo de cualquier Estado. La Constitución económica se define como un conjunto de principios, criterios, valores y reglas esenciales que rigen la vida económica y social de un país atendiendo a las directrices de la Constitución. De ahí que se trata de un “orden económico constitucional” integrado en la estructura básica de la ley de leyes.⁵

A este respecto se ha pronunciado la Corte Constitucional de Colombia –tribunal cuya doctrina jurisprudencial ha servido de referencia para la doctrina constitucional en la República Dominicana– al considerar que:

las garantías constitucionales propias de la libertad de empresa encuentran su verdadero sentido cuando se les comprende, no como prerrogativas sin límite y exclusivamente destinadas a la maximización del beneficio de los participantes en el mercado, sino cuando son entendidas en el marco de la protección del interés social. Ello en el entendido que existe una cláusula general a favor del Estado, que le permite intervenir en la economía con el fin de proteger los bienes y valores constitucionales que se concretizan en las operaciones de intercambio de bienes y servicios.⁶

En ese sentido, la doctrina ha destacado que la intervención del Estado en la economía a través de la Constitución

tiene como objetivo ser el medio para optimizar la productividad y, así, atender y proveer necesidades y mejores niveles de vida para la población –entendida o comprendida en una clase social especialmente tutelada como es la de los consumidores– y, para ese fin, aunado al progreso y bienestar de los garantes económicos, es que se promueve el desarrollo nacional que alcanza objetivos instrumentales también de carácter social y político.⁷

Con esta visión se pretende abandonar el apego estricto a las reglas del mercado en determinados sectores de la economía para tratar de dirigir su actividad

⁵ Ver Gaspar Ariño, *Economía y Estado*, Madrid, Marcial Pons, 1993, p. 13, citado en Jean Claude Tron Petit, “Principios en derecho económico-constitucional”, Eduardo Ferrer MacGregor 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. XI, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 2008, p. 794.

⁶ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-228/2010, párrafo. 10.

⁷ Tron Petit, *op. cit.*, p. 814.

económica según los parámetros necesarios a fin de lograr la justicia y equidad social. Una muestra de ello es el establecimiento de incentivos para que las empresas constructoras colaboren con el Estado en la reducción del déficit habitacional, como lo es otorgar facilidades y exenciones fiscales a las empresas que se comprometan a construir ese tipo de viviendas.⁸

En este punto nos hacemos eco de lo planteado con la firmeza y claridad acostumbrada por el maestro Ferrajoli, al admitir que:

se ha producido así una inversión de la relación entre política y economía: ya no son los Estados, con sus políticas, los que controlan el mundo de los negocios y regulan y gobiernan la vida económica y social en función de los intereses públicos y generales, sino que son los poderes incontrolados de los mercados los que imponen a los Estados políticas antidemocráticas y antisociales, para ventaja de los intereses privados de maximización de beneficios y de rapiña de los bienes colectivos.⁹

En ese sentido, y con la finalidad de combatir esas fuerzas incontroladas de los mercados, el Estado social y democrático de derecho “impone la protección de los derechos constitucionales desde una perspectiva fáctica, esto es, comprometida con la satisfacción de los intereses de los grupos sociales menos favorecidos, a través de una relación de dependencia entre la ciudadanía plena y el acceso efectivo a las garantías y libertades”.¹⁰ Es por ello que, como hemos afirmado, para hacer efectiva esa protección de derechos se hace imprescindible la intervención del Estado en la economía, no solo como regulador, sino también como agente activo para satisfacer las necesidades de la población con la colaboración del sector privado, de forma planificada y sin generar mayores distorsiones en la economía, a fin de lograr la igualdad social y la distribución de las riquezas a las que se contrae el texto constitucional.

Con base en esto, la Constitución dominicana prevé los principios rectores del régimen económico, vinculando al Estado en la economía, no como un simple y mero espectador, o partícipe tibio que actúa cuando los tribunales como garantes le exigen la satisfacción de las necesidades de los ciudadanos, sino que se pone a su cargo la consecución de objetivos tendentes a alcanzar esa satisfacción de necesidades de forma progresiva y programada.

Con ello, el edificio constitucional, jurídica e institucionalmente, afirma y asume tanto la concepción formal como la concepción material del Estado de derecho, de

⁸ Ver considerandos decimoséptimo, decimoctavo y decimonoveno de la Ley 189-11 para el Desarrollo del Mercado Hipotecario y el Fideicomiso en la República Dominicana, 22 de julio de 2011, *Gaceta Oficial*, núm. 10628.

⁹ Luigi Ferrajoli y Juan Ruiz Manero, *Dos modelos de constitucionalismo: una conversación*, Madrid, Trotta, 2012, p. 146.

¹⁰ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-288/2012, párrafo 27.

la afirmación de la libertad del ser humano, de las garantías y acciones concretas del Estado para su debido ejercicio y realización, pues en todo Estado se constituye un orden que se va concretando gradualmente desde la norma fundamental hasta los actos jurídicos más particulares,¹¹ lo que significa que no basta con la formulación o el reconocimiento de derechos, libertades, garantías y acciones en el texto constitucional. Es necesario que en los hechos haya evidencias de su realización progresiva.

En efecto, el artículo 217 de la Constitución de la República establece las bases del desarrollo humano al disponer que “el régimen económico se orienta hacia la búsqueda del desarrollo humano. Se fundamenta en el crecimiento económico, la redistribución de la riqueza, la justicia social, la equidad, la cohesión social y territorial y la sostenibilidad ambiental, en un marco de libre competencia, igualdad de oportunidades, responsabilidad social, participación y solidaridad”. De ahí que los artículos 218 al 222 de la carta sustantiva de la nación dominicana reconozcan la libertad de empresa, la iniciativa privada, el incremento del bienestar social, la subsidiariedad del Estado, la sujeción de este y de los ciudadanos al ordenamiento jurídico, la igualdad de tratamiento en la actividad empresarial y la promoción de iniciativas económicas populares.

De igual forma, la Constitución de la República contiene dos mandatos de vital importancia para el desarrollo del país, los cuales están estrechamente vinculados con los principios del régimen económico y la función esencial del Estado social y democrático de derecho. Estos mandatos están dados en los artículos 241 y 242, que establecen que el Poder Ejecutivo someterá al Congreso Nacional una estrategia de desarrollo con la que se definirá la visión de nación a largo plazo, así como un plan nacional plurianual del sector público que contendrá los programas y proyectos que deberán ejecutarse durante su vigencia.

El reconocimiento de los principios contenidos en los artículos 218 a 222, y la inclusión de los mandatos de los artículos 241 y 242 de la Constitución dominicana, no solo van en sintonía con las tendencias modernas de incorporar reglas de índole económica en los textos constitucionales, sino que también tienen en su base la consolidación del Estado dominicano como un agente con participación activa en la economía, y no precisamente como empresario, sino más bien como ejecutor de políticas públicas tendentes a la justicia social. Así ha sido reconocido por la doctrina al establecer que “la finalidad de tal incorporación normativa [refiriéndose a las normas sobre régimen económico en la Constitución] es enfatizar la idea de que toda economía colectiva debe cumplir mínimos supuestos de justicia”.¹²

Uno de los pilares sobre los que se edifica el Estado social es:

¹¹ Cfr. Jorge Reinaldo A. Vanossi, *El estado de derecho en el constitucionalismo social*, Buenos Aires, Editorial Universitaria de Buenos Aires, 2000, p. 48.

¹² Óscar Urviola Hani, “El régimen económico constitucional”, en Miguel A. Tejada (ed.), *Anuario 2013 tribunal constitucional de la República Dominicana*, Santo Domingo, Conadex, 2014, p. 157.

la intervención en el ciclo económico y la búsqueda de la redistribución de la riqueza mediante el control y la fiscalización de la actividad económica así como a través de la intervención directa e indirecta del sector público de la economía vía la Administración, las empresas públicas del gasto público, la planificación, el presupuesto y los impuestos.¹³

¿Cómo puede el Estado alcanzar ese objetivo si no a través de los mecanismos indicados? ¿Acaso sería posible lograr la equidad y la justicia social solo bajo la aplicación de las reglas del Estado de derecho o el meramente democrático? La experiencia comparada y los informes internacionales nos han demostrado que no es posible, pues se necesita de ese componente social para que los Estados se comprometan con niveles de rigurosidad a alcanzar los mínimos para una vida digna de la colectividad.¹⁴

Como resultado de ese análisis se ha definido que el Estado social y democrático de derecho no se aleja de “los principios y derechos básicos de la noción primigenia del Estado de derecho, tales como la libertad, la seguridad, la propiedad privada y la igualdad ante la ley”.¹⁵ Por el contrario, se concentra en alcanzar una mayor efectividad, al dotar de un contenido material a esos derechos sociales de vital importancia para el desarrollo y fundamentándose en que los conceptos de individuo y sociedad no son contradictorios sino de implicación recíproca.¹⁶

En tal tenor, con mucho acierto ha manifestado Luigi Ferrajoli que:

*no es concebible una efectiva autonomía en el ejercicio de los derechos políticos sin la garantía de los derechos de libertad, ni ejercicio efectivo de libertades fundamentales sin la satisfacción de los derechos sociales, desde los relativos a la subsistencia y la salud a los referidos a la educación y a la información. A la inversa, la defensa y, antes aún, la conquista de garantías idóneas de los derechos sociales no son posibles sin la garantía de los derechos de libertad y de los derechos civiles y políticos.*¹⁷ (Énfasis agregado)

Esa correlación de los derechos políticos, de libertad y los sociales pone de manifiesto la clara y evidente necesidad de la intervención del Estado en algunos sectores de la economía para incentivar el desarrollo y la equidad social y el porqué de que esto se contemple en las normas supremas de los Estados:

¹³ Prats, *op. cit.*, 2010, p. 592.

¹⁴ Banco Mundial, *Inclusión social: clave de la prosperidad para todos*, Washington, D. C., Banco Mundial, 2013, pp. 5-6.

¹⁵ Urviola Hani, *op. cit.*, p. 158.

¹⁶ *Idem.*

¹⁷ Luigi Ferrajoli, *Principia iuris: teoría del derecho y de la democracia*, vol. 2. *Teoría de la democracia*, Madrid, Trotta, 2011, p. 413.

*Todos los derechos fundamentales, y no solamente los derechos de libertad, son, cada uno por razones y de manera distintas, factores o presupuestos del crecimiento económico. A la inversa, sus violaciones e incumplimientos no solo producen una degradación de las condiciones de vida de las personas, sino que concluyen siempre también en una destrucción de energías y una reducción de la productividad y la riqueza.*¹⁸ (Énfasis agregado)

Atendiendo a esa realidad, los Estados modernos tienden a incluir en sus constituciones los principios y lineamientos básicos de los regímenes económicos según su función esencial, procurando que esas directrices sirvan como herramientas para el desarrollo económico y social de cada uno de sus ciudadanos.¹⁹

2. Normativa sobre planificación y desarrollo, y protección de derechos de los ciudadanos: la experiencia dominicana

Como parte de su obligación de lograr la cohesión y justicia social, el Estado dominicano realizó los esfuerzos necesarios para que en el año 2006 se promulgara la Ley 496/2006 que crea la Secretaría de Estado de Economía, Planificación y Desarrollo (SEEPYD). A partir de este hecho se comienza a trabajar como un Estado social y democrático de derecho donde la finalidad no es solo servir como Estado prestacional, con serios vicios de ineficiencia,²⁰ sino que se tiende a la planificación y programación de metas objetivas, según las posibilidades del Estado, que garanticen la realización efectiva de los derechos fundamentales de los ciudadanos.

Con la promulgación de la indicada ley, el Estado dominicano continuó con el proceso de modernización de la administración pública iniciado en la década de los noventa, pero esta vez concentrándose en el desarrollo de la nación con “cohesión económica, social, territorial y administrativa”, donde se integran como ejes fundamentales la planificación del gasto y la inversión pública, y la gestión de los recursos humanos del sector público.²¹ Por esto se determinó que la misión del Ministerio de Economía, Planificación y Desarrollo (anteriormente denominado Secretaría de Estado) es “conducir y coordinar el proceso de formulación, gestión, seguimiento

¹⁸ *Ibid.*, p. 68.

¹⁹ Vanossi, *op. cit.*, pp. 537-543.

²⁰ Banco Mundial y Ministerio de Economía, Planificación y Desarrollo de la República Dominicana, “Mejoramiento de la calidad del gasto público en la República Dominicana”. Disponible en: http://siteresources.worldbank.org/EXTLACREGTOPPUBSECGOV/Resources/1214773_DR_Dual_Language_Book_sp.pdf.

²¹ Considerandos de la Ley 496-06 que crea la Secretaría de Estado de Economía, Planificación y Desarrollo (SEEPYD), 28 de diciembre de 2006, *Gaceta Oficial*, núm. 10400.

y evaluación de las políticas macroeconómicas y de desarrollo sostenible para la obtención de la cohesión económica, social, territorial e institucional de la nación”²²

En el artículo 4 de la mencionada Ley 496/2006 se establece que algunas de las atribuciones y funciones de dicho Ministerio son: (i) conducir y coordinar el proceso de formulación, gestión, seguimiento y evaluación de las políticas macroeconómicas; (ii) formular la Estrategia Nacional de Desarrollo y el Plan Plurianual del Sector Público; (iii) formular y proponer una política de desarrollo económico, social, territorial y administrativa sostenible; (iv) coordinar la *formulación y ejecución de los planes, proyectos y programas de desarrollo de los organismos públicos*; y (v) *evaluar los resultados obtenidos en el cumplimiento de las políticas de desarrollo en todos los órdenes, a través de la ejecución de los programas y proyectos a cargo de los organismos del sector público.*

Aun si no es de conocimiento popular o la población general no ha asimilado las funciones de este Ministerio, de la lectura de estas funciones es evidente la gran labor que tiene a su cargo y su relevancia en el desarrollo económico, político, social y hasta cultural de la República Dominicana. Este es el organismo del Estado que se encarga de que el crecimiento económico no sea desproporcional y que genere equidad.

La experiencia en los Estados modernos de reciente tradición democrática (social y de derecho) es que las necesidades personales y sociales no pueden ser satisfechas con las bondades y funciones propias del mercado, pues no es el espacio idóneo ni pertinente para conseguir la igualdad social ni efectos de redistribución.²³ En consecuencia, se requiere el establecimiento de estructuras políticas y jurídicas que fomenten y faciliten la solidaridad, la cual no surge de la interacción de los participantes en los mercados, sino que puede surgir como una virtud o por medio de la coacción social.²⁴

En esas atenciones, nuestra Ley de leyes pone a cargo del Estado tareas de diseño, transformación y modernización de las estructuras económicas y sociales para promover la igualdad real y efectiva entre los dominicanos.²⁵ Para lograr esos objetivos y cumplir sus funciones, el Ministerio de Economía, Planificación y Desarrollo debe ceñirse al mandato constitucional de la planificación y dirigir todos sus esfuerzos a que esa planificación se concrete en la forma y los plazos pautados en los planes y programas definidos para cada periodo.

Y es que precisamente, “la igualdad jurídica requiere de una estructura económica adecuada que trate de hacer posible estos principios”²⁶ Es por esto que se requiere

²² Artículo 2 de la Ley 496-06 que crea la Secretaría de Estado de Economía, Planificación y Desarrollo (SEEPYD), 28 de diciembre de 2006, *Gaceta Oficial*, núm. 10400.

²³ Cfr. Tron Petit, *op. cit.*, p. 793.

²⁴ *Idem.*

²⁵ Jorge Prats, *op. cit.*, 2010, p. 601.

²⁶ Urviola Hani, *op. cit.*, p. 158.

que el Estado cuente con las condiciones materiales que le permitan alcanzar las metas trazadas y, a su vez, que este identifique los fines de su contenido social, con la finalidad de que pueda definir el ámbito de su actuación o abstención, según sus posibilidades y las necesidades de sus ciudadanos.²⁷

Sobre la planificación del Estado y su finalidad se ha pronunciado la Corte Constitucional de Colombia, definiéndola como “el proceso de racionalización política, técnica y participativa para el manejo económico público y el logro de los objetivos colectivos básicos del sistema constitucional”.²⁸ En esa misma decisión, la Corte destacó que la planeación

implica un proceso de estudio y programación de las directrices macro-económicas necesarias que permiten al Estado cumplir en forma oportuna y adecuada con las políticas básicas de todo Gobierno, como son, entre otros, el empleo, la vivienda, el desarrollo agrícola, la industria, el servicio de la deuda y cambios internacionales, la conducción del sector financiero, y, en general, todos los aspectos que permiten el desarrollo de un país dentro de parámetros ciertos.²⁹

En esos términos, es factible afirmar que la planeación del Estado –en su concepción de Estado social– deviene de la intervención de la administración en la economía y “se trata de una imposición constitucional conducente a la adopción de medidas existenciales para los individuos y grupos que, en virtud de condiciones particulares o de condiciones sociales, encuentran dificultades en el desarrollo de su personalidad en términos económicos, sociales o culturales”.³⁰ De ahí que la doctrina se refiera a la planificación económica como instrumento de racionalización o forma moderada de intervención en la economía para alcanzar determinados objetivos,³¹ especificándose los medios o las técnicas para conseguirlo.³²

A pesar de que el Ministerio de Economía, Planificación y Desarrollo fue establecido en el año 2006 como órgano encargado de la planificación de políticas públicas, del diseño de estas y del seguimiento para que se logre su cumplimiento, no es sino hasta la promulgación de la Ley 1/2012 que la República Dominicana cuenta con

²⁷ *Idem.*

²⁸ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-652/2015, párrafo 3.

²⁹ *Ibid.*, párrafo 3.1.

³⁰ Prats, *op. cit.*, 2010, p. 603.

³¹ John Jairo Morales Alzate, *Derecho económico constitucional colombiano: una breve comparación con el derecho alemán*, Bogotá, Grupo Editorial Ibáñez, 2005, p. 314; Prats, *ibid.*, 2010, p. 700.

³² Tron Petit, *op. cit.*, p. 822.

una Estrategia Nacional de Desarrollo 2030³³ con miras a alcanzar determinados objetivos hacia el año 2030.

Según el artículo 2 de dicha ley, esta estrategia

abarca el ejercicio por parte del sector público nacional y local de sus funciones de regulación, promoción y producción de bienes y servicios, así como la creación de las condiciones básicas que propicien la sinergia entre las acciones públicas y privadas para el logro de la Visión de la Nación de Largo Plazo y los Objetivos y Metas de dicha Estrategia.

Es importante aclarar que en las últimas dos décadas el Poder Ejecutivo y el Congreso Nacional de la República Dominicana se avocaron a un proceso de transformación de la administración pública y las herramientas con que cuentan para realizar las tareas que le han sido encomendadas, encontrándose dentro de ese proceso la aprobación y promulgación de la mencionada Ley 1/2012 que establece la Estrategia Nacional de Desarrollo 2030. Esta ley describe el proyecto de nación a largo plazo que se tiene para la República Dominicana y define claramente los ejes, objetivos y líneas de acción estratégicas que deberá seguir la administración pública para lograr el país deseado.

Con dicha ley se pretende alcanzar la concreción de los derechos fundamentales a partir de la mejoría de los sistemas de salud y educación, el fortalecimiento de la administración, entre otros, lo que constituye el verdadero valor del derecho, como afirma R. von Ihering, que descansa por completo en el conocimiento de sus funciones, es decir, en la posibilidad de su realización práctica.³⁴

Por disposición de los artículos 7, 8, 9 y 10 de la indicada Ley 1/2012, los ejes estratégicos del Estado dominicano serán los siguientes:

- a) Primer eje: procura alcanzar un Estado social y democrático de derecho real, con instituciones que actúen conforme a la ética, la transparencia y la eficacia que garantizarán la seguridad y promoverán la equidad, la gobernabilidad, la convivencia pacífica y el desarrollo nacional y local.
- b) Segundo eje: persigue una sociedad con igualdad de derechos y oportunidades, en la que se garantice a toda la población la educación, la salud, el acceso a la vivienda digna y servicios básicos de calidad, promoviendo así la reducción progresiva de la pobreza y la desigualdad social y territorial.
- c) Tercer eje: pretende lograr una economía sostenible, integradora y competitiva, orientada a la calidad y la desconcentración de la riqueza, que sea

³³ Cumpliendo con el mandato constitucional contenido en el artículo 241 de la Constitución de la República Dominicana, se promulgó la Ley 1-12 que establece la Estrategia Nacional de Desarrollo 2030, *Gaceta Oficial*, núm. 10656, 26 de enero de 2012.

³⁴ R. von Ihering, en Jorge Reinaldo A. Vanossi, *op. cit.*, p. 59.

ambientalmente sostenible, pero sobre todo que genere un crecimiento alto y sostenido con equidad y empleo digno.

- d) Cuarto eje: busca fomentar una sociedad de producción y consumo ambientalmente sostenible, de forma que se gestionen con equidad y eficacia los riesgos ambientales y los recursos naturales, tomando en cuenta los cambios climáticos.

Estos ejes estratégicos no funcionarán por sí solos. Para su concreción es necesario que todos los organismos del Estado se comprometan a actuar al abrigo de las directrices trazadas a través de estos ejes estratégicos. Además, se exige que a partir de la promulgación de la indicada ley, los planes nacionales plurianuales de sector público centren sus esfuerzos en la consecución de estos ejes estratégicos, en la medida en la que apliquen.

Lo anterior incluso se comprueba con el contenido de los artículos 11 al 16 de la indicada Ley 1/2012, los cuales disponen que todos los planes, programas, proyectos y políticas públicas deberán incorporar enfoques de derechos humanos, de género, de sostenibilidad ambiental y adecuada gestión de riesgos, de cohesión social y coordinación en la articulación de políticas, de promoción de la participación social y de promoción del uso de las tecnologías de la información y comunicación como instrumento para mejorar la gestión pública.

No podemos afirmar que la promulgación de esta ley sea el fin de la desorganización e irresponsabilidad institucional en materia de concreciones de derechos fundamentales, como han afirmado organismos internacionales;³⁵ sin embargo, constituye un avance extraordinario porque obliga a la administración a perseguir objetivos específicos para lograr el desarrollo igualitario de la sociedad. De cara a los ciudadanos, la Estrategia Nacional de Desarrollo se constituye como la vía para alcanzar un mejor país, donde los derechos sociales dejen de ser una utopía para muchos y comiencen a ser una realidad,³⁶ pues se ocupa de fijar las metas por seguir, reduciendo la posibilidad de que el Estado se aleje de las mismas con los cambios de Gobierno que puedan darse desde el establecimiento de la Estrategia hasta el 2030.

Esta ley surge como parte de un proceso de transformación social y económica exigida por los sectores de la sociedad desde hace algunas décadas. Es una medida consensuada en el Congreso Nacional –con las recomendaciones, sugerencias y observaciones de las instituciones, organizaciones y asociaciones de la sociedad civil y del sector público– que permitirá al Estado cumplir con su función de Estado social,

³⁵ Banco Mundial, *Para construir un mejor futuro juntos: notas de política de República Dominicana*, p. 23. Disponible en: <http://documents.worldbank.org/curated/en/301811481618376794/Para-construir-un-mejor-futuro-juntos-notas-de-pol%C3%ADtica-de-Rep%C3%ABlica-Dominicana>.

³⁶ Banco Mundial, *Sostenibilidad fiscal y avance en las fianzas públicas*, Santo Domingo, Amigos del Hogar, 2015, p. 15.

en lugar de dejar a la suerte del mercado la concreción de los derechos de los ciudadanos. Esto se debe a que el Estado tendrá una participación activa en la formulación y ejecución de políticas públicas especialmente dirigidas a lograr estos objetivos, las cuales son un mandato constitucional cuya concreción se manifiesta con cada una de las actuaciones establecidas por la ley y los reglamentos que la desarrollan.

En las últimas décadas se ha hablado de crecimiento económico en la República Dominicana, sin que esto represente un avance efectivo o significativo para la sociedad.³⁷ Por el contrario, son agudos aún el desequilibrio económico, el desempleo, la imposibilidad de acceder a recursos naturales, y existen serias y graves deficiencias en los sectores de educación (se ha asignado un 4% del PIB a educación y se han construido muchas aulas en los últimos cuatro años, pero el sistema adolece de la calidad mínimamente exigida) y salud.³⁸

Sobre la base de un sistema como el descrito es imposible hablar de desarrollo, progreso y equidad social por la falta de una inversión dirigida, muchas veces, sin una visión de la meta por alcanzar y sin situarse en los cambios necesarios para lograr la mejoría de la sociedad en esos aspectos. Justo es afirmar que el Ministerio de la Presidencia ha venido haciendo esfuerzos políticos y técnicos para que las metas presidenciales reflejen esta realidad, pero queda pendiente su implementación y su traducción presupuestaria efectiva y eficiente.³⁹

En la actualidad, es posible constatar que el Ministerio de Economía, Planificación y Desarrollo interviene en un sinnúmero de aspectos necesarios para el desarrollo de la sociedad y el progreso colectivo, tales como gestión municipal, desarrollo de las ciudades y provincias del país, preservación, aprovechamiento y gestión de recursos del medioambiente, entre otros.⁴⁰

A estos aspectos se añade la preocupación del Estado por reducir el déficit habitacional, para lo cual ha tomado medidas tendentes a dotar a miles de dominicanos que se encuentran en condiciones de pobreza, de una vivienda digna, es decir con acceso a agua potable –la que no está ni estará garantizada sin una política urgente, coherente e integral que tenga al agua como eje esencial del desarrollo sostenible– y servicios de calidad que permitan el desarrollo de sus familias.⁴¹

³⁷ Banco Mundial, *Cuando la prosperidad no es compartida: los vínculos débiles entre el crecimiento y la equidad en la República Dominicana*, p. 9. Disponible en: <http://documentos.bancomundial.org/curated/es/798681468248706257/pdf/857600SPANISH0osmentoospaoo0loowebo.pdf>.

³⁸ *Ibid.*, pp. 19-20.

³⁹ Ver página oficial del Ministerio de la Presidencia de la República Dominicana. Disponible en: <https://minpre.gob.do/>. También ver Banco Mundial, *op. cit.*, 2015, p. 60.

⁴⁰ Ministerio de Economía, Planificación y Desarrollo, *Planes para el desarrollo económico local, provinciales y regionales*. Disponible en: <http://economia.gob.do/mepyd/viceministerios/planificacion/planes-para-el-desarrollo-economico-local-provinciales-y-regionales/>.

⁴¹ Ver considerandos de la Ley 189-11 para el Desarrollo del Mercado Hipotecario y el Fideicomiso en la República Dominicana, 22 de julio de 2011, *Gaceta Oficial*, núm. 10628.

En relación con el desarrollo de las provincias y la cohesión social, desde el año 2014 el Ministerio de Economía, Planificación y Desarrollo se encuentra elaborando planes de desarrollo económico local para las 31 provincias del país y el Distrito Nacional. Aunque muchos de los planes de desarrollo de las provincias no están disponibles, los que sí pudimos consultar –los referentes al Distrito Nacional y las provincias Espaillat, Duarte y Santiago–⁴² permiten confirmar que el Gobierno dominicano está realizando un análisis de la realidad socioeconómica de cada provincia para definir las necesidades de cada una y establecer las metas que se deberán alcanzar. En dichos planes se definen los *clusters* estratégicos que deben desarrollarse para alcanzar las metas diseñadas según las necesidades de cada provincia.

Aunque se entienda que el desarrollo y la ejecución del contenido de la Estrategia Nacional de Desarrollo están ligados al cumplimiento de la Ley 1/2012, no podemos obviar que esa ley es el resultado de un mandato constitucional que se suma al sentir de todo un pueblo que exige la satisfacción de los derechos subjetivos y colectivos que le fueron reconocidos hace más de tres décadas. Ese mandato constitucional es la razón de este estudio, en el cual se hace imprescindible destacar la necesidad de que las constituciones contemplen la intervención del régimen económico como algo más que una intervención para regular los agentes económicos, que debe perseguir la justicia social y el desarrollo igualitario de la sociedad, fin al que tienden por su componente social.

Independientemente de cómo esté formulada por la norma constitucional y las leyes adjetivas, debemos recordar que la planificación del Estado no se limita a la orientación de los agentes económicos, sino que requiere “una conducción de estos hacia objetivos claramente predefinidos en una elección pública, estableciendo incentivos hacia las conductas deseadas, gravámenes, e incluso, restricciones y prohibiciones respecto de las conductas no esperadas en la definición del plan”.⁴³

En efecto, esta es la cualidad más notable del Estado social incorporado a las constituciones modernas, ya que

la trascendencia del Estado social es más visible en el plano de la Constitución económica que en el resto de los demás ámbitos constitucionales [...] porque *la igualdad material que el Estado social reclama*, en contraste con la igualdad formal del Estado de derecho, que se satisface con una mera decisión política, *exige decisiones económicas fundamentales que implican no solo gastos públicos dirigidos a promover la igualdad sino también afectación de actividades económicas públicas o privadas*.⁴⁴ (Énfasis agregado)

También ver Ministerio de Economía, Planificación y Desarrollo, *Informe de seguimiento 2013 sobre Objetivos de Desarrollo del Milenio*, 2013, pp. 105-109.

⁴² Ministerio de Economía, Planificación y Desarrollo, *op. cit.*

⁴³ José Luis Zavala Ortiz y Joaquín Morales Godoy, *Derecho económico*, Santiago, Punto Lex- Thomson Reuters, 2011, p. 10.

⁴⁴ Jorge Prats, *Derecho constitucional*, *op. cit.*, 2012, p. 664.

3. Conclusión

Proclamado como un Estado social y democrático de derecho, junto a la formulación de obligaciones de actuación de la administración pública, la República Dominicana contempla en su Constitución una serie de principios del régimen económico que tienen por finalidad el mandato de realización de derechos fundamentales, individuales y colectivos de índole social.

Se ha dispuesto el orden económico-constitucional en la Carta magna dominicana atendiendo a que “sin productividad y desarrollo económico, el bienestar social es imposible. Pero además, el financiamiento de recursos para la consecución de los fines político-sociales y la mejora o el mantenimiento de la calidad de vida de las personas tiene, como presupuesto o insumo indispensable, la prosperidad económica”.⁴⁵ La experiencia en las últimas décadas así lo ha demostrado, pues a pesar de que se pudiera considerar que ha habido crecimiento económico en la República Dominicana, el mismo no se traduce en el efectivo desarrollo de la sociedad, ni mucho menos en la concreción de determinados derechos sociales para la población en general.

En ese orden de ideas, la doctrina ha reconocido y destacado que:

los principios rectores de la política social y económica son conceptos interdependientes, en tanto que los objetivos sociales que pretende alcanzar y hasta tutela la Constitución, se apoyan en un desarrollo económico que los haga posibles y efectivos para concretar los requerimientos sociales de un Estado social y democrático de derecho cuyo objetivo final es el beneficio real y concreto de las personas.⁴⁶

En cumplimiento de su mandato constitucional, y en apego a la legislación vigente, en la República Dominicana se ha movilizado el Estado bajo el esquema de la Estrategia Nacional de Desarrollo con miras al 2030, herramienta a través de la cual se pretende lograr la mejoría y el desarrollo social, económico, político y territorial de la nación. Aunque todavía es muy pronto para visualizar el avance en la consecución de los objetivos y las metas alcanzadas, es innegable que la sola configuración del régimen económico en la Constitución, y la promulgación de un marco normativo que haga de ese régimen una realidad viva y operante ya de por sí constituye una victoria para la sociedad dominicana.

Ahora, el reto del Estado dominicano y la sociedad (entendida como conjunto de sujetos llamados a tener participación activa en el quehacer social, político y económico) es hacer que dicha planificación se cumpla a cabalidad a través de las funciones que le han sido conferidas a cada uno de los agentes que intervienen en

⁴⁵ Tron Petit, *op. cit.*, p. 813.

⁴⁶ *Ibid.*, p. 789.

esta transformación social y económica. Efectivamente, alcanzar los objetivos de la Estrategia Nacional de Desarrollo es una tarea de todos, pues el bienestar social se traducirá –a largo plazo– en empleos productivos, trabajo digno, acceso a recursos naturales, incremento de las garantías sociales y reparto equitativo de las riquezas, acercándonos así a la sociedad de la anhelada justicia social.

Bibliografía

- BANCO MUNDIAL Y MINISTERIO DE ECONOMÍA, PLANIFICACIÓN Y DESARROLLO DE LA REPÚBLICA DOMINICANA, “Mejoramiento de la Calidad del Gasto Público en la República Dominicana”. Disponible en: http://siteresources.worldbank.org/EXTLACREGTOPPUBSECGOV/Resources/1214773_DR_Dual_Language_Book_sp.pdf.
- BANCO MUNDIAL, *Cuando la prosperidad no es compartida: los vínculos débiles entre el crecimiento y la equidad en la República Dominicana*. Disponible en: <http://documentos.bancomundial.org/curated/es/798681468248706257/pdf/857600SPANISHoosmentoespaoooloowebo.pdf>.
- _____, *Inclusión social: clave de la prosperidad para todos*, Washington, D. C., Banco Mundial, 2013.
- _____, *Para construir un mejor futuro juntos: notas de política de República Dominicana*. Disponible en: <http://documents.worldbank.org/curated/en/301811481618376794/Para-construir-un-mejor-futuro-juntos-notas-de-pol%C3%ADtica-de-Rep%C3%ABlica-Dominicana>.
- _____, *Sostenibilidad fiscal y avance en las fianzas públicas*, Santo Domingo, Amigos del Hogar, 2015.
- CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DOMINICANA, 13 de junio de 2015, *Gaceta Oficial*, núm. 10805.
- CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, Sentencia C-228/2010.
- _____, Sentencia C-288/2012.
- _____, Sentencia C-652/2015.
- FERRAJOLI, Luigi, *Principia iuris: teoría del derecho y de la democracia*, vol. 2. *Teoría de la democracia*, Madrid, Trotta, 2011.
- FERRAJOLI, Luigi y Juan RUIZ MANERO, *Dos modelos de constitucionalismo: una conversación*, Madrid, Trotta, 2012.
- JORGE PRATS, Eduardo, “Artículo 7”, en Carlos VILLAYERDE GÓMEZ y Félix TENA SOSA (eds.), *Constitución comentada*, Santo Domingo, Fundación Institucionalidad y Justicia (Finjus), 2012.
- _____, *Derecho constitucional*, vol. I, Santo Domingo, Ius Novum, 2010.
- _____, *Derecho constitucional*, vol. II, Santo Domingo, Ius Novum, 2012.
- Ley 1/2012 que establece la Estrategia Nacional de Desarrollo 2030, 26 de enero de 2012, *Gaceta Oficial*, núm. 10656.

- Ley 189/2011 para el Desarrollo del Mercado Hipotecario y el Fideicomiso en la República Dominicana, 22 de julio de 2011, *Gaceta Oficial*, núm. 10628.
- Ley 496/2006 que crea la Secretaría de Estado de Economía, Planificación y Desarrollo (SEEPYD), 28 de diciembre de 2006, *Gaceta Oficial*, núm. 10400.
- MINISTERIO DE ECONOMÍA, PLANIFICACIÓN Y DESARROLLO, *Informe de seguimiento 2013 sobre Objetivos de Desarrollo del Milenio*, 2013.
- _____, *Planes para el desarrollo económico local, provinciales y regionales*. Disponible en: <http://economia.gob.do/mepyd/viceministerios/planificacion/planes-para-el-desarrollo-economico-local-provinciales-y-regionales/>.
- MINISTERIO DE LA PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA DOMINICANA, página oficial. Disponible en: <https://minpre.gob.do/>.
- MORALES ALZATE, John Jairo, *Derecho económico constitucional colombiano: una breve comparación con el derecho alemán*, Bogotá, Grupo Editorial Ibáñez, 2005.
- TRON PETIT, Jean Claude, "Principios en derecho económico-constitucional", 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. XI, México, D.F., Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 2008.
- URVIOLA HANI, Óscar, "El régimen económico constitucional", en Miguel A. TEJADA (ed.), *Anuario 2013 tribunal constitucional de la República Dominicana*, Santo Domingo, Conadex, 2014.
- VANOSI, Jorge Reinaldo A., *El estado social y democrático de derecho en el constitucionalismo social*, Buenos Aires, Editorial Universitaria de Buenos Aires (EUBA), 2000.
- ZAVALA ORTIZ, José Luis y Joaquín MORALES GODOY, *Derecho económico*, Santiago, Punto Lex-Thomson Reuters, 2011.

VOLVER A LA TABLA DE CONTENIDO

Eduardo Turell* (Uruguay)

Derechos fundamentales, constituciones y economía**

RESUMEN

La economía no solamente interactúa con la constitución, sino también con la sociedad por medio de las sentencias de los jueces, las cuales influyen, a su vez, en la garantía de los derechos fundamentales. Así, estas decisiones constitucionales forman el marco para proteger los derechos. En el presente artículo se analiza la garantía de diversos derechos a través de sentencias judiciales en Uruguay.

Palabras clave: derechos fundamentales, sentencias, vida de la sociedad.

ZUSAMMENFASSUNG

Die Wirtschaft steht nicht nur mit der Verfassung in einem interaktiven Verhältnis, sondern über richterliche Urteile, die Einfluss auf die Garantie der Grundrechte haben, auch mit der Gesellschaft. Verfassungsrechtliche Entscheidungen bilden somit den Rahmen zum Schutz solcher Rechte. Der vorliegende Beitrag analysiert die Gewährleistung unterschiedlicher Rechte durch Gerichtsurteile in Uruguay.

Schlagwörter: Grundrechte, Urteile, gesellschaftliches Leben.

SUMMARY

The economy interacts not only with the Constitution, but also with society, by means of judges' decisions, which also influence the guarantee of fundamental rights. Thus, these constitutional decisions form the framework for the protection of rights. This article analyzes the guarantee of different rights through judicial decisions in Uruguay.

Key words: Fundamental rights, decisions, life of society.

* Ministro de la Corte Suprema de Justicia en Uruguay. Durante 20 años ocupó el cargo de ministro del Tribunal de Apelaciones en lo Civil. eduardoturell@gmail.com

** Ponencia presentada en la XI Conferencia Iberoamericana de Justicia Constitucional en Lima, Perú, del 28 de junio al 1º de julio de 2016, con la presencia de delegaciones de más de 20 países.

Introducción

El año pasado tuve el honor de participar en la XI Conferencia Iberoamericana de Justicia Constitucional: Estado Constitucional y Desarrollo Económico, con el tema de las “Garantías fundamentales del régimen económico”.

Por su conexión con el temario que nos ocupa, muchas de aquellas reflexiones son trasladables a esta exposición.

La propuesta que acompañó la invitación a participar de esta actividad tiene como finalidad genérica presentar la experiencia y los argumentos constitucionales que la Corte ha entendido en materia de “derechos fundamentales, constituciones y economía”, y propone preguntas orientadoras.

Contestando a ellas, en un análisis objetivo de las normas constitucionales vigentes en mi país, debo concluir que, al reconocer la influencia de la economía en la vida de la sociedad, se han establecido reglas que le son aplicables, lo que intentaré desarrollar en los siguientes numerales individualizando algunas de las sentencias en las que se abordó esta temática.

1. El Estado uruguayo constituye un Estado social y democrático de derecho

José Korzeniak ha definido el carácter social de la democracia uruguayana a partir de: (a) un aumento de los cometidos estatales, añadiéndose a las tareas habituales del Estado “juez y gendarme” algunas actividades que en su momento llamamos “servicios públicos”, “servicios sociales” y aun servicios “industriales y comerciales”; (b) reconocimiento, al lado de los derechos individuales clásicos, de los denominados “derechos económicos y sociales”, tales como los derechos del trabajador, de los menores, de la mujer, de los enfermos, de los indigentes, derecho a la vivienda, a la cultura, etc.; y (c) la asunción por el Estado de un papel activo tanto en el desarrollo de los nuevos cometidos como en la protección de los derechos, sean los individuales, sean los derechos económicos o los sociales.¹

Martín Risso Ferrand lo ha calificado en iguales términos, al recoger el principio de sujeción al derecho de todos los habitantes, gobernantes y gobernados, a rechazar cualquier actuación contra o fuera de la Constitución, en cuanto regula los derechos humanos, que no se agota en las previsiones jurídicas y requiere una aplicación práctica razonable, siempre y cuando exista un sistema de control moderadamente efectivo, caracterizado por el principio de separación de poderes, y “en la medida que manteniendo con algunos ajustes los derechos individuales decimonónicos se reconoce que la libertad o igualdad no siempre se dan en la realidad, por lo que es

¹ José Korzeniak, *Derecho constitucional*, Montevideo, FCU, 2001, pp. 333-334.

necesario modificar dicha realidad”. Así, según Risso, “aparecen los derechos fundamentales de segunda generación que implican una protección para ciertos bienes que se consideran básicos: la familia, los menores, los incapaces e indigentes, el trabajo, la salud, la enseñanza, la vivienda, etc.”. En este contexto, se hace presente la

reformulación del concepto tradicional de igualdad y del rol del Estado, que deja de ser básicamente abstencionista para presentar un intervencionismo mínimo e inevitable [...] dentro de una concepción de libre mercado, en el que los derechos individuales de primera generación se mantienen y corresponderá que sean debidamente armonizados con los nuevos que se reconocen.²

Y conforme a Horacio Cassinelli Muñoz, “la raíz filosófica de nuestra Constitución sigue siendo una raíz liberal a pesar del gran acopio de soluciones de Estado social de derecho. Garantiza la Constitución, la existencia de un ámbito de iniciativa privada económica y la solución de principio es la libertad”³

En palabras de Risso Ferrand,

hoy es común que los distintos autores analicen la noción de Constitución económica caracterizando a la misma con base en la idea de que toda economía colectiva debe cumplir con los dictados de la Justicia. Las decisiones económicas por su incidencia en el ámbito social, deben regirse de modo muy especial por ese valor superior de justicia.⁴

Así, “En nuestro país no sería difícil procurar determinar cuáles son los principales lineamientos de lo que sin dificultad podríamos denominar nuestra Constitución económica, aún cuando nuestra doctrina no haya utilizado habitualmente esta denominación”.

Para señalar algunos ejemplos recordó, (a) la libertad de empresa, aunque la Constitución no emplee ese giro, con las limitaciones que surgen del texto constitucional y las de interés general que impongan las leyes (Constitución, arts. 36, 47, 50); (b) el derecho de propiedad de los habitantes de la República, en el sentido moderno del mismo, lo que implica la posibilidad de establecer limitaciones por ley dictada por razones de interés general y teniendo presente una serie de limitaciones constitucionales (Constitución, arts. 7, 14, 32-35, 47-49, 231 y 232); (c) el trabajo

² Martín Risso Ferrand, *Derecho constitucional*, t. I, Montevideo, FCU, 2015, pp. 433 y ss., en especial pp. 451-453, 732-733, *in extenso*, pp. 404-453, y “Desafíos del Estado de derecho”, en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, Fundación Konrad Adenauer, 2009, pp. 863 y ss.

³ Horacio Cassinelli Muñoz, “Aspectos legales y socioeconómicos de la desregulación y privatización”, Ciclo de conferencias organizado por el Instituto de Investigación Jurídica del Centro Universitario Montefaró, Montevideo, FCU, 1991, p. 48.

⁴ Risso Ferrand, *op. cit.*, 2015, p. 730.

como bien jurídico especialmente tutelado (Constitución, arts. 53-57, 67); (d) una economía de mercado con cierto dirigismo estatal (arts. 50, 85 núm. 3 y 17, 168 núm. 22, 185, 188, 196, 206 207, 230); y (e) la regulación de derechos humanos de segunda generación, o económicos, sociales y culturales, y la moderna noción de igualdad material (arts. 40-43, 44-46).

La Constitución impone que el Estado uruguayo intervenga a fin de asegurar una vivienda higiénica y económica, para lo cual debe facilitar su adquisición y estimular la inversión de capitales privados para ese fin (art. 45), y la obligatoriedad de la enseñanza primaria y la enseñanza media, agraria o industrial (arts. 68-71) que será regida por consejos directivos autónomos (arts. 202 y ss.).⁵

A la luz de estas normas, Horacio Cassinelli Muñoz señaló en la obra citada que “nuestra Constitución es suficientemente amplia, suficientemente poco reguladora del tema, como para que quepan dentro de su ámbito jurídico sin necesidad de reformarla, soluciones políticas opuestas, partidarias o contrarias de un estatismo, o de un privatismo, de un intervencionismo y dirigismo económico, o de un régimen económico liberal”.⁶

Y concluye que:

La Constitución es neutra, en cuanto a la afirmación o negación de la idea de que la intervención del Estado en la economía, debe reducirse a aquellos casos en los cuales la actividad privada sea insuficiente o inconveniente [...] tampoco impone, la necesidad de que toda la actividad económica requiera una autorización o un permiso. Al contrario; la solución de principio en la Constitución uruguaya es la de la libertad, enfáticamente dicho en el artículo 10 y además imbuido en toda la arquitectura de la sección de Derechos, Deberes y Garantías [...]. En nuestro país, el principio democrático se ha colocado por encima del principio –de los dos posibles principios– de política económica que están en juego. La Constitución no opta por ninguno de esos dos principios porque lo comete a una decisión democrática de cada oportunidad en que intervenga el cuerpo electoral. Cada elección, cada referéndum, el cuerpo electoral podrá pronunciarse sobre la política que prefiera.⁷

Con lo que, sin perjuicio de señalar diferencias a la hora de calificar al Estado uruguayo, coincide E. Biasco al sostener:

[E]xiste un margen de elasticidad que permite opciones diversas –por ejemplo en materia económica– conforme a las orientaciones de las mayorías parlamentarias, siempre que no colidan con límites insuperables, emergentes de su propio texto [...] y la Constitución uruguaya es amplia y poco regula-

⁵ Risso Ferrand, *op. cit.*, 2015, pp. 730-732, 735 y ss.

⁶ Cassinelli Muñoz, *op. cit.*, p. 42.

⁷ *Ibid.*, pp. 47-49.

dora; por lo que admite soluciones políticas opuestas: partidarias o contrarias a un proceso de estatizaciones o a un proceso de privatizaciones; admitiendo tanto políticas tendientes a un intervencionismo y dirigismo económico como políticas correspondientes a un régimen de libre mercado.⁸

Al respecto, Andrés Cerisola apuntó:

En un país como Uruguay se encuentran elementos de diversas formas de intervención ya que el Estado participa en la economía a través de empresas de propiedad estatal, a través de regulaciones tendientes a establecer y definir las prioridades alterando el funcionamiento espontáneo del mercado, y obviamente mediante regulaciones que procuran facilitar dicho funcionamiento o neutralizar eventuales fallas de mercado.⁹

2. Declaración de inconstitucionalidad de una norma

En breve análisis, porque no es el objeto de esta presentación, si en esta tarea el legislador incurriera en el dictado de una ley que se reputara inconstitucional por razón de forma o contenido, se abre la posibilidad de impugnación, en sistema de impugnación concentrado, ante la Suprema Corte de Justicia, con efecto solo para el caso concreto a través de tres formas posibles: por vía de acción o por vía de excepción por aquel que se considere lesionado en su interés directo personal y legítimo, o de oficio por el juez o tribunal que entendiere en el procedimiento, antes de dictar resolución (Constitución, arts. 256-261).¹⁰

El procedimiento cuya reglamentación es de resorte legal (art. 261) está previsto en los artículos 508-523 del CGP. Así, por ejemplo, conforme al artículo 521, inciso 1, “La declaración de inconstitucionalidad hace inaplicable la norma legal afectada por ella”. De igual forma, según el artículo 522, “[t]oda sentencia que declara la inconstitucionalidad de una ley, será comunicada al Poder Legislativo o al Gobierno Departamental correspondiente cuando se tratare de la inconstitucionalidad de un decreto que tenga fuerza de ley en su jurisdicción”.

En consecuencia, las sentencias de inconstitucionalidad que dicta la Suprema Corte de Justicia no tienen el efecto que se observa en otros ordenamientos. Esto no supone el desplazamiento de la norma del ordenamiento jurídico, solo la inaplicabilidad al caso concreto. La comunicación al Poder Legislativo o al Gobierno

⁸ Emilio Biasco, “La Constitución económica en la Constitución uruguaya”, *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Juan Pablo Cajarville Peluffo*, Montevideo, FCU, 2011, pp. 63, 80.

⁹ Andrés Cerisola, “La intervención del Gobierno en la economía”, *Curso de Regulación Administrativa e Instituciones de Derecho Público*, Montevideo, ORT, 2003, p. 347.

¹⁰ Ver Enrique Véscovi, “El proceso de inconstitucionalidad de la ley”, *Revista de la Facultad de Derecho*, núm. 18, 1967; Risso Ferrand, *op. cit.*, 2015, pp. 173 y ss.

Departamental es a efectos de examinar el mérito de una posible derogación de la norma. Y al no existir previsión expresa al respecto, se discute si la sentencia declarativa de inconstitucionalidad tiene efecto *ex nunc* o *ex tunc*.¹¹

En este marco, debe advertirse que no todas las demandas de inconstitucionalidad de una norma alcanzan el mismo resultado, desde que puede suceder que el actor no invocó el interés directo, personal y legítimo, o que habiéndose contradicho, no lo acreditó, porque no invocó adecuadamente las normas constitucionales que resultan afectadas por la norma, o porque ha variado el criterio que se hubiera sustentado, indudablemente con la justificación de las razones que motivaron el cambio, o se hubiera modificado la integración de la Suprema Corte de Justicia.

3. Sentencias referentes a derechos constitucionales

Extraídas de la base de datos de jurisprudencia nacional, anotaré algunas sentencias que refieren a cuestiones vinculadas a derechos constitucionales.¹²

3.1. Sentencias 396/2016 y 436/2017

Las sentencias citadas recaen en procesos sustanciados contra el Ministerio de Salud Pública, en los que se pretendían la declaración de inconstitucionalidad de una norma que atribuía al Ministerio la facultad de disponer sobre prestaciones de alto costo, entre ellas el suministro de medicamentos necesarios para atender enfermedades que comprometen seriamente la salud y la vida.

En las mismas se discutió la extensión del derecho reconocido en el artículo 44 de la Constitución (“El Estado legislará en todas las cuestiones relacionadas con la salud e higiene públicas, procurando el perfeccionamiento físico, moral y social de todos los habitantes del país [...] proporcionará gratuitamente los medios de prevención y de asistencia tan solo a los indigentes o carentes de recursos suficientes), y su eventual colisión con el artículo 7, inciso 3, de la Ley 18.335 (“Todo paciente tiene el derecho a acceder a medicamentos de calidad, debidamente autorizados

¹¹ Jorge Larrioux, “Eficacia temporal de la sentencia declarativa de inconstitucionalidad”, *Judicatura*, núm. 33, pp. 167 y ss.; Riso Ferrand, *op. cit.*, 2015, pp. 210 y ss.; Martín Riso Ferrand, “Algunos aspectos vinculados a la inconstitucionalidad de las leyes”, *Tercer Coloquio Contencioso de Derecho Público. Responsabilidad del Estado y Jurisdicción*, Montevideo, Universidad, 1997, pp. 105-109; José Korzeniak, *op. cit.*, pp. 151-152; José Arlas, “La declaración –en vía principal– de inconstitucionalidad de las leyes en el derecho uruguayo”, R.U.D.P., núm. 3, 1975, p. 27.

¹² Las sentencias citadas pueden ser consultadas en forma íntegra en bjn.poderjudicial.gub.uy, seleccionando búsqueda selectiva, en procedimiento, proceso de inconstitucionalidad, y luego cargando el número de sentencia en la que se tiene interés, tal como está transcrito en este documento. Las normas involucradas en las sentencias pueden ser consultadas en <https://www.impo.com.uy/bases>.

por el Ministerio de Salud Pública e incluidos por este en el formulario terapéutico de medicamentos”).

En dichas providencias se declaró la inconstitucionalidad de la norma legal porque

la inclusión de medicamentos por el M.S.P. en el denominado “Formulario Terapéutico de Medicamentos”, debía efectuarse conforme a los principios consagrados en la legislación, en la especie, los enunciados en el propio artículo 7 de la Ley No. 18.335. No obstante, ese “margen” legal previsto, y que se completará en vía administrativa, deja una “ventana” abierta para la limitación de un derecho que, por su naturaleza instrumental con el derecho a la vida, no admite la menor restricción.

En este sentido, cabe recordar que esta Corporación, reiteradamente ha reafirmado (cfme. Sentencia No. 1.026/2011, entre otras) el carácter no absoluto de los derechos que se enuncian en el artículo 7 de la Carta Fundamental, señalando que “(salvo el derecho a la vida) [...] la Constitución confiere discrecionalidad al legislador, aunque precisamente regulada, al imponerle que, para disponer una tal limitación debe atender a razones de interés general (Sentencia No. 133/663 y Sentencia No. 152/1991, entre otras)”.¹³

Así, de acuerdo con la referida Corporación:

En su mérito del análisis contextual de la norma impugnada, emerge inquestionablemente que se trata de una norma regresiva, que tiende a limitar los medios médicos disponibles de prevención, tratamiento y asistencia, contradiciendo de esta forma la norma de rango superior. Limitación que, por otra parte, no responde a razones de interés general, sino meramente económicas.

La discordia reconoce fundamento en que el derecho a la salud

no obliga al Estado a evitar la muerte, ni a lograr el completo bienestar, sino a brindar prestaciones de salud integrales, igualitarias, humanitarias [...] que constituyen un recurso escaso de manera que no es actualmente posible que todos los individuos tengan acceso a todas las prestaciones que deseen en lo atinente a la salud.

Y comparte con Lorenzetti que “por esta razón la norma constitucional reconoce el derecho a la salud y encomienda al legislador la implementación efectiva de este recurso: el goce del derecho es indirecto”.¹⁴

¹³ Cfr. Sentencia 33/94, entre otras; ver también sentencias 99, 129, 131/2008.

¹⁴ Ricardo Luis Lorenzetti, *Responsabilidad civil de los médicos*, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 1997, pp. 131-132.

Punto en el que “cobra protagonismo el principio de separación de poderes, de indudable raigambre constitucional y de incidencia decisiva para la dilucidación de la cuestión debatida en autos”. Lo anterior, toda vez que

el Poder Judicial no está preparado ni llamado a asumir la responsabilidad de decidir, directamente, sin contar con elementos suficientes, sobre temas altamente técnicos, como es ponderar si realmente es cierto que determinada solución es la adecuada, en el contexto general de actuación del Estado, sin perder de vista que cuenta con recursos limitados y que con ellos debe atender las necesidades de salud de todos los habitantes.

De esta forma, continúa la discordia:

Solo el Poder Legislativo y el Poder Ejecutivo, en la planificación y en la aplicación de las políticas públicas de salud, pueden valorar adecuadamente el necesario equilibrio entre la cantidad de recursos destinados a la salud y a otras áreas, priorizando unos gastos sobre otros, porque en ningún país hay recursos suficientes para todas las necesidades de todas las personas.

En este sentido:

Es en función de tales criterios que cabe interpretar la norma impugnada y las limitaciones que ella impone, sin desconocer que, como dice el Dr. Larrieux en su voto, son razones económicas las que llevan al legislador a establecerlas frente a la existencia de recursos que, en mayor o menor medida, son, asimismo, siempre limitados.

3.2. Sentencias 240 y 253 de 2016

Las sentencias citadas fueron proferidas en el marco de procesos de inconstitucionalidad contra la Ley 19.307, que regula servicios de radio, televisión y otros de comunicación audiovisual.

En las sentencias –que amparan parcialmente las pretensiones– propuestas por sociedades que prestan servicios de transmisión de señales, y a partir de indicar principios básicos para la declaración de inconstitucionalidad de una norma (“Toda ley goza de una presunción de regularidad constitucional mientras no se pruebe lo contrario” y “la Suprema Corte de Justicia no juzga el mérito o desacierto legislativo, sino tan solo si la Ley se ajusta o no a la Constitución”), se analizan fundamentos para la limitación de algunos derechos (razonabilidad e interés general).

Por un lado, el debido proceso administrativo como garantía de los ciudadanos y el principio de reserva legal en materia sancionatoria. En su mérito, se declaró la inconstitucionalidad del artículo 98 porque establece la potestad administrativa de

sancionar a un sujeto sin haberlo escuchado previamente. Por el otro, el de igualdad que “impide imponer por vía legal un trato desigual a aquellos que son iguales, pero ello no implica que la ley no pueda regular en forma desigual a quienes no son iguales”, sin perjuicio de que la definición de un grupo de personas para ser objeto de una legislación especial responda a un juicio de razonabilidad y a una finalidad consagrada por la norma que se analiza. En su aplicación desestimó la pretensión de inconstitucionalidad del artículo 1.º, que excluía de la regulación a los servicios de comunicación audiovisual que utilizaren como plataforma la red de protocolo internet y se amparó la pretensión de inconstitucionalidad del artículo 149 en cuanto el legislador ha decidido establecer una distinción de carácter parcial entre los prestadores, dando una clara preferencia a los prestadores públicos.

Igualmente, el derecho de propiedad frente a la imposición legal de proporcionar alguna contraprestación, como permitir el uso de hasta 15 minutos diarios no acumulables para realizar campañas de bien público, o de ceder a los partidos políticos un determinado espacio para su publicidad electoral, que no se entendió afectado “porque las normas contenidas en la ley impugnada no privan a la excepcionante de ningún derecho de dominio, sino que, en todo caso, afectarían la relación crediticia entre ella y su cliente”.

En sentido contrario, se entendió violentada –cuando se atribuyó al Poder Ejecutivo, sin criterio legal basado en razones de interés general, en forma ilimitada y atemporal, y sin la necesaria y justa compensación– la potestad de “incluir eventos adicionales” en la modalidad de “eventos de interés general”, limitando el carácter de exclusividad de determinados derechos de transmisión que adquieren las empresas de televisión para abonados.

En este sentido, “la libertad de expresión, como derecho fundamental, tiene como fuente básica de regulación en nuestro país lo dispuesto en los arts. 29 de la Constitución y 13 de la Convención Americana de Derechos Humanos”. Esto motivó el rechazo de la pretensión respecto de los literales A a J del artículo 32 de la ley. Lo anterior, porque es regulación en privilegio de la protección de “la integridad moral del público más sensible, el infantil, en perfecta armonía con los valores y principios constitucionales que se encuentran orientados a proteger a los menores de edad”. Así, el amparo de la inconstitucionalidad del artículo 60, literal C, incisos 1, 2 y 3 se presentó en cuanto impone la obligación de emitir cierto tipo de contenidos de cierta extensión y en cierto horario, en tanto “la elección de que se expresa, ya sean ideas, opiniones, sentimientos, obras artísticas o de entretenimiento, es enteramente libre y debe estar, en forma casi absoluta, fuera del control de las autoridades y de otros actores sociales”.

3.3. Sentencias 1.713/2010 y 696/2014

Estas providencias desestiman acciones de inconstitucionalidad contra normas de la Ley 18.256, que regulaba la publicidad en cajillas de cigarrillos.

En ellas se sostuvo que, al invocarse razones de salud pública en el control del tabaquismo, se entiende idónea y necesaria la restricción que especialmente consiste en sancionar excesos en la publicidad permitida. La ponderación de intereses resulta justificada en cuanto la restricción se ajusta a los fines perseguidos. Y reconoce su antecedente en la sanción de la Ley 17.793, por la que se aprobó el Convenio Marco de la Organización Mundial de la Salud (OMS) para el control del tabaco (CMCT) adoptado por la 56.^a Asamblea Mundial de la Salud el 21 de mayo de 2003.

3.4. Sentencia 61/1993

Esta sentencia decide el proceso de inconstitucionalidad del artículo 6 del Decreto-Ley 15.597, en la redacción dada por el artículo 21 de la Ley 16.095, que atribuye legitimación al excónyuge para constituir bienes de familia sobre gananciales indivisos en beneficio de los hijos menores del matrimonio.

Fundando el rechazo de la pretensión, la sentencia señala que la norma impugnada fue dictada conforme a preceptos contenidos en la normativa máxima. La Constitución, justamente en su artículo 49, somete a la ley ordinaria la “constitución del bien de familia, además de su conservación, goce y transmisión”, y ello, por la simple razón de que en la misma Carta Fundamental se afirma el presupuesto intangible de ser la familia “la base de nuestra sociedad” (art. 41) –y destaca la “función social de la propiedad”–, elaborado por prestigiosa doctrina. Ilustrado autor nacional, al estudiar el derecho de propiedad, enseña que modernamente ya no se examina ni se reglamenta ni se reconoce como un derecho individual, sino como una verdadera función social. En tal sentido, afirma: “Este concepto de propiedad-función social, paralelo al de trabajo-función social, ha ido disminuyendo, cuando no eliminando totalmente, el carácter de derecho individual que se le acordaba”.¹⁵

3.5. Sentencias 43 y 80 de 2008

Estas sentencias analizaron el tributo impuesto a las pasividades por el artículo 8 de la Ley 18.083, con soluciones distintas según conformación de la Suprema Corte de Justicia, en el análisis del principio de igualdad ante las cargas públicas y de la potestad tributaria del Estado central respecto de las pasividades.

En la primera se sostuvo que las disposiciones de la ley infringen el derecho constitucional de igualdad consagrado en el artículo 8 de la Carta, en particular porque la determinación del grupo de personas afectado por la norma resulta injusta o caprichosa.

A su vez, se indicó que la imposición del tributo a las jubilaciones y pensiones constituye una violación al artículo 67 de la Constitución, en tanto desvirtúa el

¹⁵ Aníbal Luis Barbagelata, *Teoría de los derechos fundamentales*, Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, 1978, p. 142.

concepto y la naturaleza de los beneficios de pasividad, al considerarlos incorrectamente como renta; adicionalmente, viola la adecuada protección y garantía de los mismos respecto de la adecuación, ajuste y mantenimiento de su poder adquisitivo conforme prescribe y es voluntad de aquel.

En la segunda, con otra integración, y una vez descartado que la norma violentara el principio de igualdad, se señaló que lo trascendente es si las sumas que perciben los beneficiarios de jubilaciones y pensiones pueden ser gravadas impositivamente sobre la base del principio de legalidad asignado al Gobierno central a esos efectos. En este sentido, la corporación concluyó que no “hay norma que restrinja dicha potestad cuando el hecho generador sea un ingreso financiero total o parcialmente integrado por una asignación de pasividad” (Cassinelli Muñoz, consulta agregada).

Así, a juicio de la Corte:

No solo no existe restricción a la potestad tributaria del Estado central, que es de principio y por consecuencia solo cede a texto expreso, sino que tampoco puede considerarse intangibles a las pasividades pues, como se ha señalado, implicaría negar “a los poderes políticos que, presuntamente, representan a la opinión pública mayoritaria, la competencia de disponer como se distribuyen las cargas públicas”.¹⁶

3.6. Sentencias 272, 289 y 340 de 2015

Las sentencias en referencia analizaron la inconstitucionalidad de normas de la Ley 19.196, que regulaba la responsabilidad penal del empleador.

Aunque en ellas se desestimó la pretensión, por entenderse generalmente en mayoría que los actores carecían de legitimación activa, son interesantes los fundamentos de mérito invocados por quienes no compartieron ese criterio para sustentar el rechazo de la pretensión por razones de mérito en el caso que dio lugar a la Sentencia 272/2015.

En este proceso se pretendió la inconstitucionalidad del artículo 1 de la Ley 19.196, cuyo texto dice:

El empleador, o en su caso, quien ejerciendo efectivamente en su nombre el poder de dirección en la empresa, no adoptaren los medios de resguardo y seguridad laboral previstos en la ley y su reglamentación, de forma que pongan en peligro grave y concreto la vida, la salud o la integridad física del trabajador, serán castigados con tres a veinticuatro meses de prisión.

El citado artículo fue calificado en la demanda de inconstitucionalidad como norma penal en blanco, porque la conducta típica se encuentra determinada, no en

¹⁶ Daniel Eduardo Ochs Olazábal, “La constitucionalidad del I.R.P.F. y las jubilaciones y pensiones”, *La Justicia Uruguaya: Revista Jurídica*, núm. 136, 2007, pp. 123-125.

el mismo tipo penal, sino en otra norma jurídica a la cual se remite. Así, no contiene todos los elementos que lo componen, por lo que se requiere la consulta de otras disposiciones legales, reglamentarias y hasta aquellas que surjan de convenios colectivos. Por ende, la demanda señaló que nos encontramos frente a un tipo penal que se completa con normas que carecen de valor y fuerza de ley, quebrantando con ello el principio de legalidad, y se agrava con una imprecisión que conspira contra la seguridad y certeza que debe revestir todo precepto penal.

Los ministros que ingresaron al fondo remitieron respecto a la regularidad constitucional de la ley penal en blanco a los desarrollos en las sentencias 61/2005, 18/2010 y 25/2014. A su vez, en lo puntual referido a la norma impugnada sostuvieron en cita de Ariel Nicolliello:

No sería razonable exigir que el tipo penal contenga todos los posibles comportamientos contrarios a la normativa de seguridad laboral, cuando en nuestro ordenamiento esa normativa es principalmente de fuente reglamentaria, por decisión expresa del legislador, reenvío fundado en cuanto la normativa de prevención supone efectuar especificaciones técnicas, variables según la época, el sector de actividad y el lugar de trabajo (Ley 5.032). Le quedaban entonces a nuestro legislador tres opciones: a) efectuar una remisión casi vacía a la Ley –que contiene muy pocas disposiciones en materia de seguridad laboral– generando un tipo penal inaplicable e ineficaz para tutelar el bien jurídico; b) describir genéricamente la conducta, mediante un tipo penal abierto, incurriendo en vaguedad contraria a la certeza que exige el principio de legalidad, o c) remitirse a la ley y a su reglamentación, de modo de abarcar suficientemente los diferentes incumplimientos, otorgando de ese modo precisión y certeza a la norma penal, aunque esto supusiera completar la ley penal en blanco con normas reglamentarias. Optó por esta última alternativa, que es la que permite tutelar adecuadamente el bien jurídico, y dar suficiente certeza sobre el contenido de la conducta prohibida. La certeza del derecho “es garantía de igualdad ante la ley y hace que el sistema penal sea cognoscible y creíble” y asegura “la sujeción del juez a la ley, que garantiza la inmunidad del ciudadano frente a la arbitrariedad”.

Por otra parte, debe tenerse presente que la penalización del delito de peligro supone “adelantar la barrera de protección penal”, que ya existe en el delito de daño (homicidio, lesiones). Y la modalidad culpable de esas figuras penales de daño se produce, conforme al artículo 18 del Código Penal, cuando media “imprudencia, impericia, negligencia o violación de Leyes o reglamentos”. Aquí hay una referencia a la reglamentación que no ha sido objeto de tacha por inconstitucionalidad. Si el delito de daño a la vida o a la integridad física puede producirse, bajo la modalidad culpable, por violación de los reglamentos de seguridad laboral, anteponer la barrera de protección supone penar el peligro concreto generado por incumplimiento de esa normativa, antes de que se produzca el daño.

Montevideo, junio de 2017

Bibliografía

- ARLAS, José, “La declaración –en vía principal– de inconstitucionalidad de las leyes en el derecho uruguayo”, R.U.D.P., núm. 3, 1975.
- BARBAGELATA, Aníbal Luis, *Teoría de los derechos fundamentales*, Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, 1978.
- BIASCO, Emilio, “La Constitución económica en la Constitución Uruguay”, *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Juan Pablo Cajarville Peluffo*, Montevideo, FCU, 2011.
- CASSINELLI MUÑOZ, Horacio, “Aspectos legales y socioeconómicos de la desregulación y privatización”, *Ciclo de conferencias*, Instituto de Investigación Jurídica del Centro Universitario Montefaro, Montevideo, FCU, 1991.
- CERISOLA, Andrés, “La intervención del gobierno en la economía”, *Curso Regulación Administrativa e Instituciones de Derecho Público*, Montevideo, ORT, 2003.
- KORZENIAK, José, *Derecho constitucional*, Montevideo, FCU, 2001.
- LARRIEUX, Jorge, “Eficacia temporal de la sentencia declarativa de inconstitucionalidad”, *Judicatura*, núm. 33.
- LORENZETTI, Ricardo Luis, *Responsabilidad civil de los médicos*, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 1997.
- OCHS OLAZÁBAL, Daniel Eduardo, “La constitucionalidad del I.R.P.F. y las jubilaciones y pensiones”, *La Justicia Uruguaya: Revista Jurídica*, núm. 136, 2007, pp. 123-125.
- RISSE FERRAND, Martín, “Algunos aspectos vinculados a la inconstitucionalidad de las leyes”, *Tercer Coloquio Contencioso de Derecho Público. Responsabilidad del Estado y Jurisdicción*, Montevideo, Universidad, 1997.
- _____, “Desafíos del Estado de derecho”, en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, Fundación Konrad Adenauer, 2009.
- _____, *Derecho constitucional*, t. I, Montevideo, FCU, 2015.
- VÉSCOVI, Emilio, “El proceso de inconstitucionalidad de la ley”, *Revista de la Facultad de Derecho*, núm. 18, 1967.

VOLVER A LA TABLA DE CONTENIDO

Víctor Bazán* (Argentina)

La protección del derecho a la seguridad social en el Estado constitucional y convencional argentino

RESUMEN

El derecho a la seguridad social ostenta incuestionable fundamentalidad, y su protección y realización imponen demandantes desafíos a las autoridades públicas competentes y demás actores sociales en el contexto del Estado constitucional y convencional. Fuera y más allá de las respuestas particularizadas que emanan del Poder Judicial, con la Corte Suprema de Justicia de la nación al frente, es ineludible que los poderes Ejecutivo y Legislativo diseñen (y posteriormente ejecuten y supervisen efectivamente) una matriz sistematizada y coherente de políticas públicas para el desarrollo con justicia e inclusión sociales que involucre este derecho esencial, íntimamente ligado a la dignidad de la persona humana.

Palabras clave: Estado constitucional y convencional, derecho a la seguridad social, dignidad humana y justicia social.

ZUSAMMENFASSUNG

Das Recht auf soziale Sicherheit ist zweifellos grundlegend, und sein Schutz und seine Umsetzung stellen sowohl die zuständigen Behörden als auch die gesellschaftlichen Akteure in einem an die Verfassung und Verträge gebundenen Staat vor bedeutende Herausforderungen. Unabhängig von den jeweils spezifischen Antworten, die die Justiz mit dem Obersten Gerichtshof der Nation als höchster Instanz gibt, ist es unverzichtbar, dass Exekutive und Legislative eine systematisierte, kohärente Matrix öffentlicher Politikansätze für eine Entwicklung mit sozialer Gerechtigkeit und Inklusion

* Doctor en Ciencias Jurídicas y Sociales. Catedrático de las asignaturas 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

entwerfen (und anschließend umsetzen und überwachen), die dieses grundlegende, unmittelbar mit der Menschenwürde verknüpfte Recht berücksichtigt.

Schlagwörter: An die Verfassung und Verträge gebundener Staat, Recht auf soziale Sicherheit, Menschenwürde und soziale Gerechtigkeit.

SUMMARY

The right to social security is unquestionably fundamental, and its protection and realization pose demanding challenges for the competent public authorities and other social actors in the context of the constitutional and conventional State. Beyond the particularized responses that emanate from the Judicial Branch, with the Nation's Supreme Court of Justice leading the way, it is imperative that the Executive and Legislative Branches design (and subsequently execute and supervise) a systematized and coherent matrix of public policies for development with social justice and inclusion, that involves that essential right, intimately tied to human dignity.

Key words: Constitutional and conventional State, right to social security, human dignity and social justice.

Introducción

En este marco introductorio corresponde adelantar que el derecho a la seguridad social (SS) es, indudablemente, un derecho fundamental, y su protección y realización suponen demandantes desafíos para las autoridades públicas competentes y demás actores sociales en el marco del Estado constitucional y convencional. Es que, además de las respuestas *case by case* que provienen del Poder Judicial, con la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN) al frente, es imprescindible que los poderes Ejecutivo y Legislativo tracen (y posteriormente ejecuten y controlen efectivamente) una plataforma sistematizada y consistente de políticas públicas para el desarrollo con justicia e inclusión sociales que involucre a aquel derecho esencial, estrechamente vinculado a la dignidad del ser humano.

Teniendo en cuenta lo dicho, y a fin de iniciar el itinerario propuesto para desarrollar el trabajo, presentaremos algunas apreciaciones de contextualización en torno al impacto de la reforma constitucional argentina de 1994 en el campo de los derechos humanos, y al importante rol que juegan los jueces y magistrados en el Estado constitucional y convencional, ámbito que exhibe una mayor demanda de argumentación jurídica cuando están en juego derechos fundamentales.

Continuaremos con una breve referencia a diversos instrumentos internacionales sobre el derecho a la SS y temas conexos, aplicables en el escenario jurídico argentino. Luego, abordaremos la íntima relación entre políticas públicas y derechos humanos, con énfasis en la justicia social y la conexión entre democracia y dignidad humana.

Seguidamente, traeremos a colación algunos datos sobre la “deuda social argentina” y nos referiremos al Programa Nacional de Reparación Histórica para Jubilados y Pensionados, implementado en fecha relativamente reciente por el Gobierno encabezado por el presidente Mauricio Macri para paliar la grave crisis que ese segmento de la población arrastra desde hace varios años.

De modo sucesivo, recorreremos a continuación determinados criterios y pautas importantes emanados de la CSJN en torno al derecho a la SS; ciertos fallos que marcan la convergencia de este derecho y el derecho a la salud; y nos acercaremos críticamente a una sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) que condenó al Estado argentino.

A modo de cierre propondremos ciertas reflexiones recapitulativas que se acoplarán a otras conclusiones volcadas en el nudo de esta contribución.

1. Consideraciones de contextualización

1.1. Impacto de la reforma constitucional en el área de los derechos humanos

Es una realidad incontestable la fuerte influencia que, al menos desde la dimensión normativa, ha generado la reforma constitucional de 1994 en la esfera de los derechos humanos. Como algunas señales claras en tal sentido, y sin ánimo de taxatividad, pueden computarse:

- La ampliación del plafón de *derechos explícitos*, por ejemplo, los artículos 37, sobre derechos políticos; 41, en torno al derecho a un ambiente sano, equilibrado, apto para el desarrollo humano y para que las actividades productivas satisfagan las necesidades presentes sin comprometer las de las generaciones futuras; y 42, sobre derechos de usuarios y consumidores.
- La literalización de los procesos constitucionales de *amparo*, *habeas data* –aunque sin emplear formalmente tal denominación– y *habeas corpus*; procesos ahora encapsulados en el artículo 43.¹
- El diseño de un nuevo prototipo de *principio de igualdad*, caracterizado por la exigencia de complementación de la *igualdad formal* (art. 16) con la *igualdad material*. Ello se observa, por ejemplo, en los artículos 37, atinente a la igualdad real de oportunidades entre varones y mujeres para el

¹ Antes de la innovación constitucional de 1994 obviamente existían normas legales sobre el amparo y el *habeas corpus*, y también fallos jurisprudenciales al respecto (de hecho, el amparo fue creado pretorianamente). Lo que hizo la aludida reforma fue positivizarlos expresamente en el texto constitucional. Incluyó también al *habeas data* aunque sin utilizar de manera explícita esa nomenclatura.

acceso a cargos electivos y partidarios; y 75, inciso 2.º, igualdad de oportunidades en todo el territorio nacional; 19, sanción por el Congreso de leyes de organización y de base de la educación que, *inter alia*, promuevan los valores democráticos y la igualdad de oportunidades y posibilidades sin discriminación alguna; y 23, que el Congreso legisle y propicie *medidas de acción positiva* que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato.

- Algunos elementos surgidos del citado artículo 75, inciso 19, en cuanto a la faena que el Congreso debe asumir respecto a proveer lo conducente al *desarrollo humano* y al *progreso económico con justicia social*.
- La adjudicación de jerarquía constitucional *originaria* a once (11) instrumentos internacionales (luego se agregarían tres más) en materia de derechos humanos (art. 75, inc. 22, párr. 2.º), que hacen que la antigua figura de la “pirámide”, en la que su vértice superior era ocupado en solitario por la Constitución Nacional (CN), haya devenido en una especie de “trapecio”, en cuyo plano más elevado comparten espacios, en constante interacción, la Ley Fundamental y los documentos internacionales sobre derechos humanos con idéntica valía.

Cabe recordar que los instrumentos internacionales recipiendarios de *jerarquía constitucional originaria*, esto es, la acordada directamente por la Convención Constituyente de 1994, son: la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (DADDH); la Declaración Universal de Derechos Humanos (DUDH); la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH); el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Pidesc); el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) y su Protocolo Facultativo; la Convención sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio; la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, y la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN).

A esa nómina primigenia de documentos internacionales con jerarquía constitucional originaria se han añadido con idéntica alcurnia, aunque *derivada* (o sea, discernida por el Congreso de la Nación posteriormente a la reforma constitucional, en función de la habilitación contenida en el art. 75, inc. 22, párr. 3.º), la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, a la que se ha deparado tal calidad por medio de la Ley 24.820, publicada el 29 de mayo de 1997; la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad, a la que se ha conferido esa valía mediante la Ley 25.778, publicada el 3 de septiembre de 2003; y, más recientemente, la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (CDPD), a la que se ha otorgado semejante magnitud por la Ley 27.044, publicada el 22 de diciembre de 2014.

1.2. Sobre el papel de la magistratura jurisdiccional y la argumentación en materia de derechos humanos

La modificación constitucional de 1994 ha producido, *inter alia*, la exigencia de operativizar una renovada concepción del principio de igualdad a través de *acciones positivas* y la inexcusable *implicación de todas las autoridades públicas en tales menesteres*, en un escenario donde es ineludible tomar en consideración el caudal axiológico que suministra el imperativo preambular de “afianzar la justicia”.² Se impone una mirada *estructural* de la igualdad que suponga visualizar como significativa la situación de la persona considerada individualmente, pero haciendo parte de un grupo sistemáticamente excluido o postergado.

La asignación de jerarquía constitucional, originaria y derivada –según corresponda– a catorce instrumentos internacionales sobre derechos básicos trae consigo –como anticipáramos– la ampliación cuantitativa y cualitativa del plexo de derechos implícitos y expresos, fortaleciendo además la operatividad del principio *pro persona*, con las pautas que a él se vinculan, por ejemplo, *pacta sunt servanda*, interpretación de buena fe de los compromisos internacionales asumidos en la materia (de acuerdo con su objeto y fin), improcedencia de alegar el derecho interno para justificar el incumplimiento de una obligación internacional y hermenéutica dinámica y evolutiva de semejantes tratados.

Juegan un papel relevante, entre otros, los siguientes factores: la existencia en la Constitución de una fundamental cláusula de apertura al derecho internacional y particularmente al derecho internacional de los derechos humanos; el incremento de la circulación de reglas internacionales; la creciente retroalimentación del derecho internacional y el derecho interno; la pertenencia del país a un sistema integrado de justicia internacional como es el esquema interamericano; y la obligación de los jueces domésticos (y demás autoridades públicas), en punto a llevar adelante el *control de convencionalidad* que algunos autores denominan *difuso*, para diferenciarlo del denominado control *concentrado* que despliega monopólicamente la Corte IDH.

Tales elementos dan cuerpo a un sólido y demandante núcleo obligacional que el Estado debe honrar de buena fe. Y en dichos menesteres, la actividad de la magistratura jurisdiccional toda, bajo el liderazgo de la CSJN como órgano máximo de justicia constitucional,³ adquiere singular importancia.

² Ver Víctor Bazán, “El imperativo preambular histórico de ‘afianzar la justicia’, su vigencia y algunos desafíos y exigencias que impone a la Corte Suprema de Justicia”, en AA.VV., *Homenaje al Sesquicentenario de la Constitución Nacional (1853-2003)*, Córdoba, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, 2003.

³ Debe aclararse que en la actualidad –segundo semestre de 2017–, la CSJN está compuesta por cinco jueces, que es el número institucional fijado legalmente. Se trata de los ministros Lorenzetti, Highton de Nolasco, Maqueda, Rosatti y Rosenkrantz. Los dos últimos se incorporaron al Tribunal en 2016.

El cuadro situacional bosquejado realza la exigencia de asegurar *ad intra* la exigibilidad y la justiciabilidad de los derechos contenidos en la Constitución y los instrumentos internacionales sobre derechos humanos, sean aquellos civiles y políticos o económicos, sociales y culturales (DESC), procurando dar cumplimiento a los deberes y las cargas asumidos extramuros para salvaguardar la dignidad de los habitantes y, paralelamente, evitar que el Estado incurra en responsabilidad internacional.

Según Atienza, el *constitucionalismo* (para muchos, *neoconstitucionalismo*) supone *una mayor demanda de justificación, de argumentación, en el derecho*, tanto en términos cuantitativos como cualitativos, lo que –a su criterio– “lleva también a que *el razonamiento jurídico no pueda configurarse como un razonamiento ‘insular’: la argumentación jurídica tiene, necesariamente, un componente moral y político*, pero ello no implica desconocer sus peculiaridades: la unidad de la razón práctica no supone la confusión entre el derecho, la moral y la política”⁴ (énfasis agregado).

Según un significativo párrafo de Alexy, con el que abre el “Prefacio” a su obra *Teoría de la argumentación jurídica*, donde alude a una resolución de la Sala Primera del *Bundesverfassungsgericht* (*BverfG*), de 14 de febrero de 1973 (*BverfG*, 34, 269 [287]), las resoluciones de los jueces deben “basarse en argumentaciones racionales”⁵

A partir de tal premisa, el autor alemán sintetizó en buena medida el núcleo de la búsqueda que intentaría en el referido libro, en un pasaje que bien vale para graficar la *especial importancia de la argumentación jurídica*:

Esta exigencia de racionalidad de la argumentación puede extenderse a todos los casos en los que los juristas argumentan. La cuestión de qué sea argumentación racional o argumentación jurídica racional no es por consiguiente un problema que haya de interesar solo a los teóricos del derecho o a los filósofos del derecho. Se le plantea con la misma urgencia al jurista práctico, e interesa al ciudadano que participa en las cosas públicas. *De que sea posible una argumentación jurídica racional depende no solo el carácter científico de la jurisprudencia, sino también la legitimidad de las decisiones judiciales.*⁶ (Énfasis agregado)

Por su parte, la vigorización de la justicia constitucional como instrumento de defensa y realización de la Constitución es un correlato de la visualización de esta como una *norma*, consecuentemente dotada de fuerza jurídica y poblada –entre otros componentes– de valores y principios. Dicho de otro modo, ha dejado de ser *percibida* (o de *pasar desapercibida*) como un mero plan, proyecto o programa

⁴ Manuel Atienza, *Curso de argumentación jurídica*, Madrid, Trotta, 2013, pp. 29-30.

⁵ Robert Alexy, “Prefacio”, *Teoría de la argumentación jurídica*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales (CEPC), 2008, p. 19.

⁶ *Idem.*

político, para convertirse en realidad operativa directamente eficaz es suprema y ostenta fuerza normativa.

Ligada a tal cuestión aparece la llamada “constitucionalización del ordenamiento jurídico”, estudiada pormenorizadamente, por ejemplo, por Guastini, quien ha reconocido que para forjar tal expresión se ha servido de alguna sugerencia de Favoreu. Aquel autor concibe dicha problemática como un proceso de transformación de un ordenamiento, al término del cual este resulta totalmente “impregnado” por las normas constitucionales. Luego amplía el alcance conceptual de tal visión afirmando que un ordenamiento jurídico constitucionalizado se caracteriza por una Constitución extremadamente invasora, entrometida (*pervasiva, invadente* en el texto italiano), capaz de condicionar tanto la legislación como la jurisprudencia y el estilo doctrinal, la acción de los actores políticos, así como las relaciones sociales.⁷

Además, es hoy innegable el alto grado de desenvolvimiento del derecho internacional de los derechos humanos, la magnitud de los instrumentos internacionales en dicha materia frente al derecho interno y el valor que receptan los informes de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) y los fallos y las opiniones consultivas de la Corte IDH, a cuyos repertorios de precedentes y jurisprudencia deben adecuarse –en lo pertinente– las respuestas jurisdiccionales deparadas en el ámbito judicial.

La CSJN está entonces obligada a fundar sus fallos de acuerdo con los parámetros antes individualizados, teniendo en cuenta en sus argumentaciones las normas, los valores y principios constitucionales y, por supuesto, en el marco del necesario control de convencionalidad,⁸ lo dispuesto por la CADH y los restantes instrumentos que hacen parte del *corpus iuris* latinoamericano, además de la interpretación que respecto de los mismos hubiera realizado la Corte IDH. También, por supuesto, deberá tener en consideración las resoluciones de los órganos de supervisión de los tratados internacionales que ostentan jerarquía constitucional, originaria o derivada, en función del artículo 75, inciso 22, párrafos segundo y tercero –respectivamente– de la CN.

Por razones de transparencia argumental e imperatividad jurídica, estos insumos analíticos no pueden estar ausentes en los pronunciamientos del máximo tribunal argentino, ya que al tiempo de legitimar a este cuerpo, también fortalecen el debate democrático y solidifican la protección de los derechos humanos. Es que, precisamente, la garantía de los derechos fundamentales legitima y justifica al Estado constitucional y convencional actual, como al sistema tuitivo regional, este encarnado sustancialmente por la Comisión y la Corte interamericanas.

⁷ Riccardo Guastini, “La ‘constitucionalización’ del ordenamiento jurídico: el caso italiano”, en Miguel Carbonell (ed.), *Neoconstitucionalismo(s)*, Madrid, Trotta - Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, 2003, p. 49.

⁸ Sobre el tema, ver entre otros trabajos de Víctor Bazán, “El control de convencionalidad como instrumento para proteger derechos esenciales y prevenir la responsabilidad internacional del Estado”, *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, núm. 19, 2015, pp. 25-70.

Cerramos el apartado enfatizando que el principio *pro persona* activa la necesidad de efectivizar la *protección integral del ser humano*, alimentada por la premisa que indica que Constitución e instrumentos internacionales sobre derechos básicos forman un cuerpo jurídico que orienta su vigencia hacia un mismo sustrato axiológico: la preservación de la *dignidad humana*, que es un valor fundante, sobre el que volveremos.

2. Referencias a diversos instrumentos internacionales sobre el derecho a la seguridad social y conexos, aplicables en Argentina

En modo alguno intentamos agotar el tema, sino simplemente efectuar un repaso, a modo de ejemplo, de ciertos instrumentos internacionales que, con mayor o menor grado de preceptividad, resultan aplicables y útiles para ser volcados en demandas o sentencias, siempre teniendo al nombrado principio *pro persona* como premisa axiológica y jurídica orientadora.

2.1. Convención Interamericana sobre Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores

Recientemente, el Congreso de la Nación Argentina ha aprobado la Convención a que refiere el apartado, por medio de la Ley 27.360.⁹ Aquella fue adoptada en Washington el 15 de junio de 2015 por la Organización de los Estados Americanos (OEA), con las firmas de Argentina, Brasil, Chile, Costa Rica y Uruguay; y en junio de 2016 también la suscribió Bolivia. Entró en vigor el 11 de enero de 2017, o sea, el trigésimo día a partir de la fecha en que se depositara el segundo instrumento de ratificación o adhesión de la Convención en la Secretaría General de la OEA.

Algunos antecedentes de la Convención, tanto en el marco universal como en el plano interamericano son: los Principios de las Naciones Unidas en favor de las Personas de Edad (1991); la Proclamación sobre el Envejecimiento (1992); la Declaración Política y el Plan de Acción Internacional de Madrid sobre el Envejecimiento (2002); así como instrumentos regionales tales como la Estrategia Regional de implementación para América Latina y el Caribe del Plan de Acción Internacional de Madrid sobre el Envejecimiento (2003); la Declaración de Brasilia (2007); el Plan de Acción de la Organización Panamericana de la Salud (OPS) sobre la salud de las personas mayores, incluido el envejecimiento activo y saludable (2009); la Declaración de Compromiso de Puerto España (2009) y la Carta de San José sobre los derechos de las personas mayores de América Latina y el Caribe (2012).

Los principios generales aplicables son: promoción y defensa de los derechos humanos y las libertades fundamentales de la persona mayor; valorización de la

⁹ *Boletín Oficial* (B.O.) de 31 de mayo de 2017.

persona mayor, su papel en la sociedad y contribución al desarrollo; *dignidad*, independencia, protagonismo y autonomía; igualdad y no discriminación; participación, integración e inclusión plena y efectiva en la sociedad; *bienestar y cuidado*; *seguridad física, económica y social*; autorrealización; equidad e igualdad de género y enfoque de curso de vida; solidaridad y fortalecimiento de la protección familiar y comunitaria; buen trato y atención preferencial; enfoque diferencial para el goce efectivo de los derechos de la persona mayor; respeto y valorización de la diversidad cultural; protección judicial efectiva; responsabilidad del Estado y participación de la familia y de la comunidad en la integración activa, plena y productiva de la persona mayor dentro de la sociedad, así como en su cuidado y atención, de acuerdo con su legislación interna.

Los *derechos protegidos* son: igualdad y no discriminación por razones de edad; *vida y dignidad en la vejez*; independencia y autonomía; participación e integración comunitaria; seguridad y vida sin ningún tipo de violencia; no ser sometido a tortura ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes; brindar consentimiento libre e informado en el ámbito de la salud; a un *sistema integral de cuidados a largo plazo*; libertad personal; libertad de expresión y opinión y al acceso a la información; a la nacionalidad y libertad de circulación; privacidad e intimidad; *seguridad social*; trabajo; *salud*; educación; cultura; recreación, esparcimiento y deporte; propiedad; vivienda; *medio ambiente sano*; *accesibilidad y movilidad personal*; derechos políticos; reunión y asociación; a que se tomen las medidas específicas y necesarias para garantizar la integridad y los derechos de la persona mayor en situaciones de riesgo y emergencias humanitarias; igual reconocimiento como persona ante la ley, y acceso a la justicia.

Uno de los propósitos más notables de este instrumento internacional es *evitar la discriminación por motivos de edad*, lo que tiene una importante magnitud jurídica y axiológica.

El artículo 17 de la Convención aborda específicamente el *derecho a la seguridad social* manifestando que, de conformidad con la legislación nacional, toda persona mayor tiene el citado derecho que la proteja para llevar una vida digna. Los Estados parte promoverán progresivamente, dentro de los recursos disponibles, que reciba un ingreso para una vida digna a través de los sistemas de seguridad social y otros mecanismos flexibles de protección social, y buscarán facilitar, mediante convenios institucionales, acuerdos bilaterales u otros mecanismos hemisféricos, el reconocimiento de prestaciones, aportes realizados a la seguridad social o derechos de pensión de la persona mayor migrante.

2.2. Otros instrumentos y normas constitucionales e internacionales dignos de mención

Argentina cuenta, desde el plano normativo, con un nutrido repertorio de reglas y principios sobre el derecho a la SS: internacionales, constitucionales y legales. En

el plano constitucional encontramos tanto el artículo 14 bis como otras cláusulas que propician la igualdad real de oportunidades y de trato, matriz en la que subyace la protección de aquel neurálgico derecho, íntimamente consustanciado con la justicia social y la dignidad del ser humano.

En esa línea corresponde mencionar el artículo 75, inciso 23, párrafo primero, que insta al Congreso de la nación a legislar y promover medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato, y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por la Constitución y los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos, en particular respecto de los *ancianos* (además de los niños, las mujeres y las personas con discapacidad). A su vez, el párrafo segundo de tal disposición compele a aquel cuerpo a *dictar un régimen de seguridad social especial e integral* de protección del niño en situación de desamparo, desde el embarazo hasta la finalización del periodo de enseñanza elemental, y de la madre durante el embarazo y el tiempo de lactancia.

Por medio de la válvula que la CN ofrece en el artículo constitucional 75, inciso 22, por cuyo intermedio se ha jerarquizado constitucionalmente a un cuerpo de catorce (14) instrumentos internacionales sobre derechos humanos, ingresan al acervo normativo nacional varias disposiciones que directa o indirectamente se refieren al derecho a la seguridad social, por ejemplo, los artículos 16 de la DADDH, 22 de la DUDH, 26 de la CADH (que a su vez remite a la Carta de la OEA), 9 y 10 del Pidesc.

De igual forma, además de la citada Convención Interamericana sobre Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores, otros instrumentos internacionales referidos a la materia (algunos con valencia supralegal, pero infraconstitucional) son:

- el Protocolo de San Salvador en materia de DESC (art. 9);
- el Convenio 102 Relativo a la Norma Mínima de la Seguridad Social de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), que entró en vigor el 27 de abril de 1955, fue aprobado por Argentina mediante la Ley 26.678,¹⁰ y cobró vigencia para nuestro país el 27 de julio de 2017.¹¹ Este instrumento internacional fue concebido para garantizar un nivel mínimo de protección en nueve ramas de la seguridad social: asistencia médica, prestación monetaria de enfermedad, prestaciones de desempleo, de vejez, prestaciones en caso de accidentes de trabajo y de enfermedades profesionales, prestaciones familiares, de maternidad, de invalidez, y prestaciones a sobrevivientes;
- el Convenio Multilateral Iberoamericano de Seguridad Social ratificado por Argentina el 31 de mayo de 2016, que tiene como objetivo proporcionar cobertura social a los trabajadores migrantes de los países incluidos, para reconocerles los años trabajados en cada uno de ellos y otorgarles

¹⁰ B.O. de 12 de mayo de 2011.

¹¹ Entregó el instrumento de ratificación el 27 de julio de 2016.

prestaciones de la seguridad social. Se aplica a las personas que estén o hayan estado sujetas a la legislación de uno o de varios Estados parte, así como a sus familiares beneficiarios y derechohabientes. Cubre las siguientes prestaciones económicas: invalidez, vejez, supervivencia, y accidentes de trabajo y enfermedades profesionales.

A modo de colofón, se aprecia la existencia de un importante arsenal normativo al que los actores del sistema jurídico pueden acudir para fundar demandas en reclamo de la protección del derecho a la SS, y también dictámenes y sentencias que aplican las reglas, los principios y los valores contenidos en la Constitución, los documentos internacionales pertinentes y los dispositivos subconstitucionales vigentes en nuestro país. Por supuesto, también deben hacerlo otras autoridades públicas (legislativas y administrativas) al tiempo de diseñar y aplicar políticas públicas en la materia.

3. Sobre las políticas públicas y temas afines

3.1. Políticas públicas y justicia social

Aun cuando el desarrollo de estándares jurisprudenciales relativos a la protección de derechos esenciales como el de la seguridad social es muy importante, esa vía no resulta *per se* suficiente para afrontar las exigencias que, en áreas estructurales, impone el Estado constitucional y convencional.

El actual presidente de la CSJN, Ricardo Lorenzetti, ha puntualizado que ninguna sentencia judicial aislada (ni siquiera de la Corte Suprema), ninguna ley por sí sola va a solucionar los problemas de la eficacia de los derechos. Añade:

[S]e necesitan políticas públicas coordinadas. Lo que hacen las sentencias de la Corte es decir cuáles son los derechos que tienen estas personas, y estos derechos han sido incorporados en estas sentencias judiciales. Por lo tanto son efectivos, tienen que implementarse, son obligatorios, son normas jurídicas cuyo incumplimiento genera responsabilidad. *Pero de nada sirve si no tenemos [...] políticas sociales que implementen los demás poderes del Estado.* Esto lleva a la *excesiva judicialización de los problemas de derechos humanos, el cual no es el mejor escenario.* Los poderes judiciales de todo el mundo han tenido un protagonismo extraordinario en los últimos años en el campo de los derechos humanos. En este sentido nosotros hemos sido vanguardia en nuestro país en muchos aspectos. El Poder Judicial de la Argentina ha desempeñado un rol importantísimo en el campo de los derechos humanos.¹² (Énfasis agregado)

¹² Ricardo Lorenzetti, "Salud mental, legislación y derechos humanos en Argentina", en Hugo Cohen (comp.), *Salud mental y derechos humanos: vigencia de los estándares*

En definitiva, y entre otros elementos y factores, el circuito de protección y realización del derecho a la SS se completa con un proceso articulado de políticas públicas sólidas e inclusivas. Nunca está de más recalcar que en el Estado constitucional y convencional la creciente interrelación de derechos y políticas sociales deviene incontrovertible.

Es tarea compleja discernir qué es una política pública. No es esta la ocasión oportuna para embarcarse profundamente en semejante faena de elucidación. Por tanto, y al solo efecto ejemplificativo, citamos aquí a Lahera Parada, quien sostiene que:

una política pública corresponde a cursos de acción y flujos de información relacionados con un objetivo público definido en forma democrática; los que son desarrollados por el sector público y, frecuentemente, con la participación de la comunidad y el sector privado. Una política pública de calidad incluirá orientaciones o contenidos, instrumentos o mecanismos, definiciones o modificaciones institucionales, y la previsión de sus resultados. El mínimo de una política pública es que sea un flujo de información, en relación a un objetivo público, desarrollado por el sector público y consistente en orientaciones.¹³

Obviamente, las políticas públicas en el área social no deben ser respuestas espasmódicas ni un conjunto amorfo de acciones improvisadas, sino el resultado de un proceso serio, completo y detallado de diagnóstico de la situación y del diseño, formulación de objetivos, implementación y seguimiento o monitoreo de su desarrollo.

Tampoco pueden representar meros artilugios discursivos para endulzar oídos con mensajes vacíos y acrecentar el clientelismo político; ni simples “fachadas” sin ningún sustento que generen el espejismo de un cambio radical para que finalmente todo continúe igual, o incluso peor. El *gatopardismo* aplicado a personas y grupos tradicionalmente postergados y excluidos, además de “aportar” crueldad, recrea frustraciones y suma desconfianza en el sistema democrático.

Resulta imprescindible también que el Estado adecue sus políticas públicas a los compromisos adquiridos por vía de los instrumentos internacionales sobre derechos humanos. Al respecto, es preciso tener en cuenta que las obligaciones asumidas extramuros en la esfera de los DESC *no son derogables*, e incluso su cumplimiento deviene más relevante precisamente en periodos críticos, para atemperar el rigor del nocivo impacto que estos pueden provocar en las comunidades más retrasadas e hiposuficientes.¹⁴

internacionales, Buenos Aires, Organización Panamericana de la Salud, 2009, p. 22.

¹³ Eugenio Lahera Parada, *Introducción a las políticas públicas*, Santiago de Chile, Fondo de Cultura Económica, 2004, pp. 15-16.

¹⁴ Para ampliar, ver Víctor Bazán, “Los derechos sociales en épocas de emergencias y crisis económicas”, en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, núm. XXII, Bogotá, Fundación Konrad Adenauer, 2016, pp. 571-600.

En esa línea, un factor tuitivo sustancial es la *justicia social*, que apunta centralmente a la exigencia de generar condiciones de vida mediante las cuales a la persona humana le sea posible desarrollarse de manera *digna*, para mitigar la postergación y la desigualdad.

La justicia social se encumbra como uno de los pilares cardinales del derecho internacional de los derechos humanos, conforme lo mostrara en 1919 la Constitución de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), varias veces modificada; y ya en la era del derecho internacional contemporáneo (pos 1945) lo reafirman la DUDH, el Pidesc, la Carta de la OEA, la CADH, el Protocolo de San Salvador en materia de DESC, e *inter alia*, documentos de *soft law* como la Declaración Sociolaboral del Mercosur o la Declaración de la OIT sobre la justicia social para una globalización equitativa (adoptada por la Conferencia Internacional del Trabajo en su 97.^a reunión, Ginebra, 10 de junio de 2008), que precisamente apunta a fortalecer la dimensión social en la globalización para obtener mejores resultados y que estos se repartan de manera más equitativa entre todos.

Pero la varias veces aludida justicia social es también la base jurídica y axiológica de principios, valores y derechos fundamentales, como subyace en el texto de la Constitución argentina cuando en el apuntado artículo 75, inciso 19, como se adelantara, exhorta al Congreso a proveer lo conducente al *desarrollo humano* y al *progreso económico con justicia social*.

Todos los factores y requerimientos enunciados en este subapartado son relevantes e insoslayables si es que existe genuina voluntad política de forjar un sistema estructurado y consistente de políticas públicas en materia social, lo que aún hoy es una deuda pendiente.

Pese a ser muy importante la labor de *defensa* de los derechos humanos, actualmente ella se revela insuficiente si no se la acompaña de una tarea *proactiva* de fiscalización de las políticas públicas para enfocar los inconvenientes estructurales que subyacen a las violaciones concretas de aquellos derechos (en el caso, en materia de SS), para procurar incidir en la formación o la corrección de tales políticas, sustentadas en valores tales como la equidad y la solidaridad.

3.2. Democracia y dignidad humana

Uno de los desafíos más notorios en el campo de la realización del derecho a la SS consiste en remover los obstáculos y superar (o al menos mitigar) las marginalizaciones sociales que atentan contra su operatividad, para lo cual se deben implementar medidas de acción positiva como imágenes derivadas de la construcción de un adecuado sistema estructural de políticas sociales que garantice un piso isonómicamente sostenible.

Una interesante perspectiva viene señalada por Comanducci, cuando afirma que en la versión de democracia de Bobbio (la democracia no solo como método, sino también como ideal igualitario), de Ferrajoli y otros autores,

la democracia, más allá de ser un procedimiento de toma de decisiones colectivas, es *isonomía*, es decir, igualdad en la distribución a todos de los derechos fundamentales [...] lo que no se puede decidir son violaciones a los derechos fundamentales; lo que se debe decidir es la implementación de los derechos fundamentales. La igualdad de todos en los derechos es [...] también un presupuesto de esta versión de la democracia.¹⁵

Nunca está de más recordar, en paráfrasis de Ferrajoli, que uno de los elementos importantes para mensurar *el progreso de la democracia es la expansión y la justificabilidad de los derechos*.¹⁶

Una premisa insoslayable tanto para las autoridades pertinentes en el ámbito interno cuanto para los órganos competentes en la dimensión transnacional en el respectivo cumplimiento de sus funciones radica en que los *derechos humanos son reflejo directo de la dignidad humana*.

Además, y precisamente en relación con los derechos sociales, Nino enseña –*mutatis mutandis*– que “todos los así llamados ‘derechos sociales’ [...] deberían verse como derechos *a priori*, dado que su no satisfacción dañaría el funcionamiento apropiado del proceso democrático y su calidad epistémica”.¹⁷

Ciertamente, la prédica a favor de la lucha por el cabal respeto de la *dignidad humana* cruza transversalmente este trabajo. El concepto de dignidad humana puede ser considerado –en palabras de Garzón Valdés– como aquel que fija el umbral mínimo a partir del cual pueden diseñarse diversas regulaciones para la adjudicación o distribución de bienes en una sociedad. Semejante concepto –para aquel 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 o psíquicas se lo permitan, agente de deberes. Además –siempre en verba garzoniana–, “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 solo de los derechos humanos sino de una regulación jurídico-política moralmente justificable*”¹⁸ (énfasis agregado).

La vinculación de la dignidad humana y los derechos fundamentales es indisputable y ambos son, sin duda, factores imprescindibles para la legitimación y la consolidación de la democracia y la justicia constitucional en el Estado contemporáneo, que es Estado constitucional y convencional, con todo lo que ello implica.

¹⁵ Paolo Comanducci, “Democracia y derechos fundamentales”, en Paolo Comanducci, *Hacia una teoría analítica del derecho. Ensayos escogidos*, Madrid, CEPC, 2010.

¹⁶ Luigi Ferrajoli, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Madrid, Trotta, 1997, p. 918.

¹⁷ Carlos S. Nino, *La constitución de la democracia deliberativa*, Barcelona, Gedisa, 1997, p. 301.

¹⁸ Ernesto Garzón Valdés, “¿Cuál es la relevancia moral del concepto de dignidad humana?”, en *Propuestas*, Madrid, Trotta, 2011, pp. 100-102.

4. Acerca de la “deuda social argentina” y un relativamente reciente Programa para reajustar los haberes y satisfacer deudas previsionales de jubilados y pensionados

En este tramo enfocaremos sucintamente dos cuestiones: sintomática la primera y *a priori* alentadora la segunda. Aquella se refiere a una interesante investigación acerca de las limitaciones en el alcance y la cobertura de la protección social a los hogares urbanos argentinos en el año 2015. La segunda alude a lo que –en principio– aparece como un importante programa (localizado en el área de las políticas públicas sobre seguridad social) acometido por el Gobierno encabezado por el presidente Mauricio Macri, quien asumiera su mandato en diciembre de 2015.

4.1. Sobre algunos datos que ofrece el *Barómetro de la deuda social argentina*

En cuanto a la primera cuestión, dentro del *Barómetro de la deuda social argentina*, Serie del Bicentenario (2010-2016),¹⁹ es interesante reproducir algunos datos contenidos en la nota de investigación titulada “Los límites en el alcance de la cobertura social de los hogares en un contexto de ajuste económico”,²⁰ que tiene por objeto exponer datos complementarios acerca de las limitaciones en la magnitud y cobertura de la protección social a los hogares urbanos en 2015. Como afirman sus autores, los datos pretenden dar cuenta de la *proporción de unidades domésticas sin cobertura social o con cobertura insuficiente*, es decir, hogares que no acceden a mecanismos de protección social por vía de la inserción laboral formal del jefe de hogar ni a través del sistema jubilatorio, y que tampoco tienen ingresos por rentas ni perciben programas sociales o participan de programas de empleo (Asignación Universal por Hijo [AUH], pensiones no contributivas, tarjeta alimentaria, Plan Progresar, Argentina Trabaja, entre otros).

Básicamente, el *Barómetro de la Deuda Social Argentina* obtuvo los siguientes resultados:

- A fines de 2015, alrededor del 59% de los hogares accedía a la protección social principalmente a partir de la seguridad social ligada al empleo. Este grupo se define como un conjunto de hogares cuyos ingresos superan la

¹⁹ Agustín Salvia (coord.), “Tiempo de balance: deudas sociales pendientes al final del bicentenario. Necesidad de atender las demandas del desarrollo humano con mayor equidad e inclusión social”, en *Barómetro de la deuda social argentina*, Buenos Aires, Universidad Católica Argentina. Disponible en: <http://www.uca.edu.ar/uca/common/grupo68/files/2016-Observatorio-Barometro-Deuda-Social.pdf>.

²⁰ Juan Ignacio Bonfiglio y Julieta Vera, “Los límites en el alcance de la cobertura social de los hogares en un contexto de ajuste económico”, en *ibid.*, p. 80. Disponible en: <http://www.uca.edu.ar/uca/common/grupo68/files/2016-Observatorio-Barometro-Deuda-Social.pdf>.

línea de pobreza y donde los jefes de hogar tienen un empleo pleno, son jubilados, o perciben algún tipo de renta.

- Adicionalmente, dos de cada diez hogares urbanos están asociados al sistema de protección social a partir de la percepción de algún plan de ayuda social (transferencias monetarias, asignaciones familiares no contributivas o asistencia alimentaria directa a través de la recepción de cajas/bolsones de comida o comida de comedores públicos no escolares).
- Poco menos del 20% de los hogares no presenta ningún tipo de cobertura social derivada tanto de la inserción formal al mercado de trabajo por parte del jefe de hogar como del sistema de seguridad social o de la asistencia social bajo programas sociales.

Como comentario preocupante, el reporte señala que:

en el actual contexto económico, este último sector se constituye como *un grupo particularmente vulnerable*, puesto que solo una parte del mismo sería beneficiada por una eventual ampliación de la AUH. Asimismo, *no se encontrarían asociados a los ajustes de ingresos a través de paritarias y tampoco tendrían acceso a la tarifa social a nivel de los servicios ni en el transporte*. Se encuentran en esta situación aproximadamente *más de 2 millones de hogares*, lo que constituye un grupo de alto riesgo que integra más de 2,5 millones de niños entre 0 y 17 años.²¹ (Énfasis agregado)

Los datos son altamente elocuentes respecto de la lamentablemente enorme cantidad de personas excluidas que mostraba el país a finales de 2015 (culminación del gobierno de Cristina Fernández de Kirchner y comienzo de la gestión de Mauricio Macri). Los retos y desafíos que sobre el particular afronta el gobierno de este último no son pocos ni irrelevantes, y sus esfuerzos deberán ser encaminados por medio de políticas públicas articuladas y coherentes en el área de acción social para procurar disminuir esos volúmenes descomunales de individuos y grupos con necesidades básicas insatisfechas y marginados.

4.2. Panorama del Programa Nacional de Reparación Histórica para Jubilados y Pensionados

En cuanto al segundo tópico, la gestión macrista ha instado el dictado de la Ley 27.260²² que implementa un Programa Nacional de Reparación Histórica para Jubilados y Pensionados, orientado a formalizar acuerdos que permitan reajustar los

²¹ *Idem*.

²² B.O. de 22 de julio de 2016.

haber y cancelar deudas previsionales con respecto a aquellos beneficiarios que reúnan los requisitos establecidos en la citada normativa.

Si bien tal esquema legal presenta algunas debilidades, no puede negarse que, si se lograra cumplir la finalidad que persigue, brindaría una importante solución a un largamente postergado y mediatizado universo de causas judiciales por reclamos de recomposición de haberes previsionales respecto del cual ninguno de los últimos gobiernos se ha ocupado en serio, más allá de discursos de ocasión o de algunas medidas aisladas que fueron solo paliativos, pero no una solución estructural como la que pretende instaurar el Programa Nacional de Reparación Histórica.

Las Disposiciones Generales de la ley muestran que:

- Se crea el citado Programa Nacional con el objeto de *implementar acuerdos que viabilicen el reajuste de haberes y la cancelación de deudas previsionales en relación con los beneficiarios que cumplan los recaudos estipulados en la ley*. Podrán celebrarse acuerdos en los casos en que hubiera juicio iniciado, con o sin sentencia firme, y también en los que no existiera juicio. Asimismo, todos los acuerdos deberán ser homologados judicialmente, para lo cual se prescindirá de la citación de las partes. A los fines de agilizar la implementación del Programa, los acuerdos, los expedientes judiciales y las demás actuaciones que se lleven a cabo en su marco podrán instrumentarse a través de medios electrónicos, admitiéndose también la firma digital o cualquier otro medio que otorgue garantías suficientes sobre la identidad de la persona.
- Se declara la *emergencia en materia de litigiosidad previsional*, a los únicos fines de la creación e implementación del programa dispuesto en la ley, a efectos de celebrar acuerdos en los casos en que hubiera juicio iniciado, con o sin sentencia firme, y también en los que no hubiera juicio iniciado. Tal estado de emergencia tendrá vigencia por tres años a partir de la promulgación de la ley.

La mencionada ley fue reglamentada por el Decreto 894/2016,²³ que –entre otras cosas– facultó a la Administración Nacional de Seguridad Social (ANSeS) para establecer y aplicar *procedimientos abreviados* para los beneficiarios del Programa que se encuentren en situaciones de mayor vulnerabilidad, por ejemplo, aquellos de mayor edad, los que padecen alguna enfermedad grave y los que perciben haberes de menores montos.

Asimismo, la ley ordena crear un Consejo de Sustentabilidad Previsional y le adjudica una misión compleja: elaborar un proyecto de reforma integral del régimen jubilatorio que deberá estar listo en 2019.

²³ B.O. de 28 de julio de 2016.

Por su parte, una documentada nota periodística en *La Nación* indica que la previsión oficial para 2017 es que las prestaciones a la seguridad social se lleven \$952.345 millones. Ha señalado Stang:

[L]a distribución estimada por la ley de presupuesto indica que, de ese monto, \$792.450 millones irán a los pagos de jubilaciones y pensiones del sistema regular (cobradas por algo más de 6,7 millones de personas) y otros \$97.192 millones, a las pensiones no contributivas (son 1,5 millones). La primera cifra mencionada está integrada, además, por \$59.657 millones para el plan de reparación histórica, y por \$3.046 millones para la pensión universal dirigida a personas que, al cumplir 65 años, no acceden a una jubilación por falta o insuficiencia de aportes. Estos dos últimos ítems se refieren a políticas instrumentadas por el actual Gobierno. En el caso del plan de reparación, la intención es poner los ingresos de unos 2,4 millones de jubilados en línea con lo dicho por la Corte Suprema en algunos de sus fallos sobre el tema previsional. Hay, por lo tanto, una meta de reducción del número de juicios –tanto presentes como futuros–, porque al firmar un acuerdo con la ANSeS que debe homologar la Justicia, el jubilado renuncia a iniciar o a continuar una demanda.²⁴

Resta aguardar el desarrollo de los hechos, que ojalá demuestre que el dispositivo reparatorio en cuestión contiene mucho más que palabras, y que logre poner fin a la insostenible situación en la que históricamente cayeron sumidas centenas de miles de personas de edad avanzada (enfermas, discapacitadas, etc.) que desde hacía mucho tiempo clamaban por una solución digna.

Por ahora, el Poder Ejecutivo nacional viene dando buenas señales al transferir periódicamente altos montos a la ANSeS para el pago de juicios y la actualización de haberes de jubilados en cumplimiento de la aludida Ley de Reparación Histórica. Así, a mayo de 2017, o sea a ocho meses del inicio del citado Programa, la ANSeS está abonando los reajustes de haberes a más de un millón de jubilados y pensionados.²⁵

5. Algunas sentencias importantes de la Corte Suprema en relación con el derecho a la seguridad social

Es materialmente imposible abarcar de manera exhaustiva el despliegue jurisprudencial del Máximo Tribunal argentino en materia del derecho a la SS. Por

²⁴ Silvia Stang, “La sostenibilidad del sistema jubilatorio, un debate muy próximo”, *La Nación*, 6 de enero de 2017. Disponible en: <http://www.lanacion.com.ar/1973493-la-sostenibilidad-del-sistema-jubilatorio-un-debate-muy-proximo>.

²⁵ Ismael Bermúdez, “Reparación histórica: ya ajustaron el haber de más de un millón de jubilados”, *Clarín*, 7 de mayo de 2017. Disponible en: https://www.clarin.com/ieco/economia/reparacion-historica-ajustaron-millon-jubilados_o_rv3DE76y-.html.

tal razón, solo consignaremos aquí algunos fallos importantes relacionados con ciertos aspectos de ese derecho, que se unirán a otros que serán reseñados más adelante.

5.1. Movilidad previsional y otras cuestiones

Previo a ingresar al catálogo sentencial sobre el tema, y a modo de acercamiento conceptual, se ha sostenido que “la movilidad previsional es un procedimiento que tiende a reparar los perjuicios que ocasiona en los haberes jubilatorios la inflación y su consecuencia, el aumento salarial de los trabajadores activos”.²⁶ Pasamos ahora al recorrido jurisprudencial.

5.1.1. *El Caso Sánchez, María del Carmen c/ ANSeS s/ Reajustes varios*

En este relevante fallo, de 17 de mayo de 2005, se pronunció –por mayoría–²⁷ a favor de la movilidad de los haberes previsionales (en el caso de una pensión) de conformidad con las variaciones registradas en el índice del nivel general de remuneraciones.

Al respecto, y si bien no se agotaba la polémica ni se brindaba respuesta a todos los interrogantes en torno de la problemática de la seguridad social, al menos dio por tierra con el polémico precedente sentado en Chocobar, Sixto Celestino c/ Caja Nacional de Previsión para el Personal del Estado y Servicios Públicos s/ Reajustes por movilidad,²⁸ de 27 de diciembre de 1996. En este decisorio, en puridad, se “congeló” la movilidad consagrada en el artículo 14 bis, párrafo 3.º, de la carta magna, trastocando el esquema jerárquico de normas y violando la prohibición de regresividad injustificada de derechos fundamentales como el de la SS, específicamente en el punto de la evolución cuantitativa de haberes previsionales en función del crecimiento que experimenten los salarios de los trabajadores activos correspondientes.

Entre otras apreciaciones de interés, en el considerando 3.º del voto mayoritario, la Corte se preocupó por aclarar que ratificaba los principios básicos de interpretación sentados acerca de la naturaleza sustitutiva que tienen las prestaciones previsionales y rechazaba toda inteligencia restrictiva de la obligación que impone al Estado otorgar

²⁶ Guillermo J. Jáuregui *et al.*, “La movilidad previsional legal y la movilidad judicial. Algunas incoherencias”, *Revista de Jubilaciones y Pensiones*. Disponible en: <http://www.rjyp.com.ar/jau128.html>.

²⁷ Fallos, 328:1602. La mayoría quedó constituida con los ministros Petracchi, Belluscio, Fayt, Highton de Nolasco y Lorenzetti. A su turno, concurrentemente votaron los jueces Zaffaroni y Argibay, de modo conjunto, y Maqueda, individualmente. Por último, en disidencia se expidió el ministro Boggiano.

²⁸ Fallos, 319:3241. El caso fue resuelto por mayoría. La posición que se impuso estuvo representada por los ministros Nazareno, Moliné O'Connor y López; hubo sendos votos concurrentes de los jueces Boggiano y Vázquez; y mediaron las disidencias conjuntas de los ministros Belluscio, Petracchi y Bossert, e individual del juez Fayt.

“jubilaciones y pensiones móviles”, según el artículo 14 bis de la CN y los fines tuitivos que persiguen las leyes reglamentarias en esta materia. Añadió que los tratados internacionales vigentes, lejos de limitar o condicionar dichos principios, obligan a adoptar todas las medidas necesarias para *asegurar el progreso y plena efectividad de los derechos humanos*, compromiso que debe ser inscrito, además, dentro de las amplias facultades legislativas otorgadas por el [multicitado] artículo 75, inciso 23, de la Carta Básica, con el fin de promover mediante *acciones positivas el ejercicio y goce de los derechos fundamentales reconocidos, en particular, a los ancianos*.

5.1.2. *El Caso Gemelli, Esther Noemí c/ ANSeS s/ Reajustes por movilidad*

En esta causa, resuelta el 28 de julio de 2005, la Corte confirmó por unanimidad²⁹ la sentencia de la Sala Iª de la Cámara Federal de la Seguridad Social que había reconocido el derecho de la actora a que sus haberes jubilatorios se ajustaran de acuerdo con las disposiciones de la Ley 24.016,³⁰ que establecía un estatuto especial y autónomo para los docentes.

En breve presentación del esquema argumental del Tribunal, puede apreciarse que sostuvo que la Ley 24.241³¹ –Sistema Integrado de Jubilaciones y Pensiones (SIJP)– no contiene cláusula alguna que modifique o extinga a la mencionada Ley 24.016, sin que resulte apropiada la invocación de los artículos 129³² y 168³³ de aquella ley. Asimismo, juzgó que tampoco podía admitirse la alegación de la apelante (ANSeS) en punto a que se habría producido la derogación tácita de la normativa en cuestión, ya que el artículo 191 de la Ley 24.241 prevé que a los efectos de la interpretación de esta normativa, “debe estarse a lo siguiente: a) las normas que no fueran expresamente derogadas mantienen su plena vigencia”, además de que no basta para desvirtuar dicha conclusión la mención del Decreto 78/1994, que con el pretexto de reglamentar el artículo 168 de la Ley 24.241 dispuso la derogación, entre otras, de la Ley 24.016, pues fue declarada inconstitucional por el Tribunal en Craviotto, Gerardo Adolfo y otros c/ Estado Nacional - PEN - Ministerio de Justicia de la Nación s/ Empleo público,³⁴ de 19 de mayo de 1999.

²⁹ Fallos, 328:2829. Votaron los ministros Petracchi, Belluscio, Fayt, Maqueda, Zaffaroni, Highton de Nolasco, Lorenzetti y Argibay.

³⁰ B.O. de 17 de diciembre de 1991.

³¹ B.O. de 18 de octubre de 1993.

³² Norma que establece el tiempo y el modo de la entrada en vigor del Sistema Integrado de Jubilaciones y Pensiones.

³³ Precepto que se refiere a la pérdida de vigencia de las leyes 18.037 y 18.038 (ambas publicadas el 10 de enero de 1969), sus modificatorias y complementarias, entre las que no cabe incluir la Ley 24.016 por tratarse de un estatuto especial y autónomo para los docentes, que solo remite a las disposiciones del régimen general en las cuestiones no regladas por su texto (art. 2).

³⁴ Fallos, 322:752. El decisorio se dictó por mayoría, compuesta por los ministros Nazareno, Fayt, Belluscio, Vilar, Becerra Ferrer, Archimbal y Zannoni; mientras que en disidencia parcial se pronunció el juez Arias.

En definitiva, concluyó que el régimen jubilatorio de la Ley 24.016 había quedado sustraído de las disposiciones que integran el sistema general reglamentado por las leyes 24.241 y 24.463,³⁵ con el que coexiste, manteniéndose vigente con todas sus características, entre las que se encuentra su pauta de movilidad; por tanto, y en función del artículo 4 de la Ley 24.016, el haber jubilatorio del personal docente sería equivalente al 82% móvil de la remuneración mensual, porcentaje que el Estado debía asegurar, con los fondos que concurrieran al pago, cualquiera que fuera su origen, y solo por excepción y por el lapso de cinco años a partir de la promulgación de la ley, los montos móviles debían ser del 70%.³⁶

5.1.3. *El Caso Siri, Ricardo Juan c/ ANSeS s/ Reajustes varios*

En el Caso Siri, sentenciado el 9 de agosto de 2005 y tomando como antecedente lo resuelto en Gemelli, la Corte determinó –también unánimemente³⁷– la movilidad de las jubilaciones del actor, exfuncionario superior del Servicio Exterior de la nación.

Al respecto sostuvo que los beneficios establecidos para estos últimos quedaron sustraídos de las leyes 24.241 y 24.463, conservando la movilidad propia de la Ley 22.731³⁸ (régimen previsional para funcionarios del mencionado Servicio Exterior), por constituir un estatuto específico y autónomo que solo remite a las normas generales que rigen a los agentes de la administración pública en las cuestiones no modificadas por su texto (cfr. Ley 22.731,³⁹ art. 2, y Ley 24.019, art. 1).⁴⁰

³⁵ B.O. de 30 de marzo de 1995. Se trata de la llamada “Ley de solidaridad previsional”.

³⁶ Cfr. *Fallos*, 328:2829, cit.

³⁷ *Fallos*, 328:3045. Suscribieron la sentencia los ministros Petracchi, Belluscio, Fayt, Maqueda, Zaffaroni, Highton de Nolasco, Lorenzetti y Argibay.

³⁸ B.O. de 8 de febrero de 1983.

³⁹ Tal norma establece: “Las jubilaciones de los funcionarios a que se refiere el artículo anterior y las pensiones a sus causahabientes se regirán por las disposiciones de la presente, y en lo no modificado por esta, por las normas específicas referidas a ellos y por las normas generales establecidas para los agentes de la Administración pública nacional”.

⁴⁰ B.O. de 18 de diciembre de 1991. El artículo citado en el texto principal dispone: “A partir del 1.º de enero de 1992, se restablece la vigencia de las Leyes 22.929, 23.026, 23.794 y 22.731, con sus complementarias y modificatorias”.

Debe destacarse que el accionante había obtenido la jubilación ordinaria según la aludida Ley 22.731, que asegura el derecho a percibir los haberes mensuales de acuerdo con una proporción del sueldo asignado al cargo de mayor jerarquía ejercido en actividad. Además, aquella normativa fue reafirmada por el artículo 1 de la Ley 24.019, con la única excepción de que los montos móviles de los beneficios debían ser del 70% por el lapso de cinco años a partir de su promulgación (cfr. art. 2).

5.1.4. *El Caso Zapata, Lucrecia Isolina c/ ANSeS s/ Pensiones*

El fallo fue pronunciado el 16 de agosto de 2005. La Corte revocó –por mayoría⁴¹– la sentencia de la Sala II^a de la Cámara Federal de la Seguridad Social que había rechazado la solicitud de pensión formulada por la actora por la muerte de su marido argumentando –para sustentar la denegatoria– que el matrimonio celebrado por esta en el extranjero carecía de validez en Argentina, ya que se había vuelto a casar sin tener aptitud nupcial.

Separándose de tal fundamento, el máximo tribunal reconoció el derecho al beneficio de pensión solicitado por la accionante, quien se había separado de su primer marido por el artículo 67 bis de la Ley 2.393,⁴² y posteriormente contrajo nuevas nupcias en Uruguay en 1972.

En síntesis, reivindicó el carácter tutelar del derecho previsional y dejó en claro que, frente a la recepción por el derecho matrimonial argentino del principio de disolubilidad del matrimonio por divorcio por medio de la Ley 23.515, y atento al criterio de actualidad con que debía apreciarse el orden público internacional, el ordenamiento jurídico argentino carecía, precisamente, de interés actual en reaccionar ante un matrimonio celebrado en el extranjero mediando entonces impedimento de ligamen.⁴³ Asimismo, manifestó que al haberse probado 17 años de la unión matrimonial, sumado a que fue el causante quien provocó la ruptura de la convivencia y tuvo que ser excluido del hogar por su comportamiento violento, además de haber sido condenado a proporcionar alimentos a sus hijos, resultaba procedente la demanda tendiente a obtener el beneficio de pensión derivado de la jubilación de aquel (cfr. Ley 24.241, art. 53).⁴⁴

⁴¹ *Fallos*, 328:3099. La mayoría se integró con los jueces Petracchi, Belluscio, Fayt, Maqueda y Lorenzetti. Concurrentemente se manifestaron los ministros Zaffaroni y Highton de Nolasco, de modo conjunto, y Argibay, de manera individual.

⁴² Publicada en R.N. 1887/88, p. 811, y abrogada por la Ley 23.515 (B.O. de 12 de junio de 1987).

⁴³ Asimismo consignó que, a partir de la doctrina sentada en *Fallos*, 319:2779, la autoridad administrativa no podía negar validez al matrimonio extranjero de la peticionaria invocado para solicitar el beneficio previsional, pues la motivación principal que en un precedente anterior del tribunal había justificado tal solución (*Fallos*, 273:363), ya no tenía razón de ser frente a la recepción en el derecho matrimonial argentino del anunciado principio de disolubilidad matrimonial por divorcio.

⁴⁴ Dicha disposición individualiza los parientes del causante que podrán gozar de pensión en caso de muerte del jubilado, del beneficiario de retiro por invalidez o del afiliado en actividad.

5.1.5. *El Caso S., M. A. c/ Siembra A.F.J.P. S.A.*

La causa fue dirimida el 11 de octubre de 2005. El tribunal hizo lugar por mayoría⁴⁵ a la queja por recurso extraordinario denegado, articulada por el demandante en el marco de una acción de amparo, y decidió revocar la sentencia de la Sala III^a de la Cámara Federal de la Seguridad Social que, confirmando el fallo de primera instancia, había desestimado la pretensión de aquel dirigida a que se le acordara la pensión derivada del fallecimiento de su cónyuge.

En suma, y como lo postulaba la Procuradora Fiscal subrogante, dejó sin efecto la resolución cuestionada, que se sustentaba en la convergencia de la causal contemplada en el inciso b) del artículo 1 de la Ley 17.562,⁴⁶ por haber quedado el demandante excluido del juicio sucesorio de su cónyuge extinta, de quien estaba separado de hecho.

Cabe recalcar que la Corte juzgó que la circunstancia de que el actor hubiera sido excluido de la herencia de su exesposa en los términos del artículo 3575 del Código Civil [texto anterior al hoy vigente], por encontrarse separado de hecho sin voluntad de unirse a la fecha del deceso, no implicó ser declarado indigno para suceder ni desheredado. Ello, sumado a que los requisitos para acceder a la prestación habían sido comprobados por la autoridad administrativa, a que el accionante fue indebidamente privado del goce de sus haberes por la Administradora de Fondos de Jubilaciones y Pensiones accionada y a la gravedad del estado de salud de aquel, llevó al Tribunal a ordenar que la demandada hiciera efectivo de modo inmediato el pago de las mensualidades de la pensión reconocida por la ANSeS desde el 17 de mayo de 2000.

5.1.6. *El Caso Elliff, Alberto José c/ ANSeS s/ Reajustes varios*

En el importante precedente que individualiza el apartado precedente, de 11 de agosto de 2009, la Corte nuevamente se pronunció –por mayoría–⁴⁷ acerca de la ardua cuestión de la actualización de haberes, determinando que *los salarios de referencia para calcular el haber inicial del jubilado debían ser actualizados hasta el cese laboral por la variación de los salarios*, punto que adquiriría significativo valor, ya que dichas remuneraciones eran las que se tomaban en consideración para cuantificar la jubilación inicial, quedando sin efecto la falta de actualización que regía desde 1991.

⁴⁵ Fallos, 328:3654. Con la solitaria disidencia de la jueza Argibay, votaron coincidentemente los ministros Petracchi, Highton de Nolasco, Fayt, Maqueda, Zaffaroni y Lorenzetti.

⁴⁶ B.O. de 11 de diciembre de 1967. La norma mencionada en el texto principal excluye al causahabiente del beneficio de pensión en casos de indignidad para suceder o desheredación.

⁴⁷ Fallos, 332:1914. Formaron la mayoría los ministros Lorenzetti, Highton de Nolasco, Fayt, Petracchi, Maqueda y Zaffaroni. Concurrentemente se pronunció la jueza Argibay.

En esa línea, confirmó la sentencia recurrida que ordenó que la actualización de las remuneraciones computables a efectos de determinar las prestaciones compensatoria y adicional por permanencia se practicara hasta la fecha de adquisición del beneficio, sin la limitación temporal contenida en la Resolución 140/1995 de ANSeS –que acotó la actualización de las remuneraciones–, a la vez que dispuso una movilidad equivalente a la variación anual del índice de salarios, nivel general, elaborado por el Instituto Nacional de Estadística y Censos (Indec), hasta el 31 de diciembre de 2006. Ello, puesto que el artículo 24, inciso a), de la Ley 24.241 dispone que el haber mensual de la prestación compensatoria se calcularía “sobre el promedio de las remuneraciones sujetas a aportes y contribuciones actualizadas y percibidas durante el periodo de 10 años inmediatamente anterior a la cesación del servicio”, sin efectuar distinción alguna sobre ingresos computables a valor nominal ni sobre periodos excluidos de la actualización, aspecto que tampoco se observaba en su reglamentación, dada por Decreto 679/1995.⁴⁸

Expuso, asimismo, que la utilización de un indicador salarial en materia previsional no tiene como finalidad compensar el deterioro inflacionario sino mantener una razonable proporción entre los ingresos activos y pasivos, que se vería afectada si en el cálculo del haber jubilatorio no se reflejaran las variaciones que se produjeron en las remuneraciones. Igualmente, puntualizó que la Resolución 140/95 de ANSeS –al acotar las actualizaciones de las remuneraciones– excedió la facultad de reglamentar la aplicación del índice salarial por utilizar la Ley 24.241 que delegó en el organismo.

Señaló además que la actualización de las remuneraciones a fin de calcular el valor de las prestaciones no estaba comprendida en la genérica derogación de normas que establecían o autorizaban cláusulas indexatorias según el artículo 10 de la Ley de Convertibilidad del Austral⁴⁹ (dictada en 1991), dejando en claro que dicha normativa no podía modificar lo sostenido en el artículo 14 bis de la CN, por lo que concluyó que *no existía ningún fundamento válido que justificase retacear los ajustes de los haberes jubilatorios*.

5.1.7. *El Caso Aban, Francisca América c/ ANSeS*

También el 11 de agosto de 2009 se emitió sentencia en la presente causa, determinando –mayoritariamente⁵⁰– la *inaplicabilidad del tope máximo de haberes*, en una causa iniciada por un beneficio previsional otorgado por el régimen de la Provincia de Jujuy, el cual había sido transferido a la nación mediante un convenio celebrado entre ambos estados (nacional y local) en el año 1996. En definitiva, estableció que los jubilados provinciales de las cajas transferidas a la nación de-

⁴⁸ B.O. de 22 de mayo de 1995.

⁴⁹ Se trata de la Ley 23.928 (B.O. de 28 de marzo de 1991).

⁵⁰ *Fallos*, 332:1933. Integraron la mayoría los jueces Lorenzetti, Fayt, Petracchi, Maqueda y Zaffaroni. En disidencia se expidió la ministra Highton de Nolasco.

bían cobrar sus jubilaciones con la movilidad y sin tope, del modo como lo determinaban las condiciones establecidas por las leyes locales por las que se jubilaron antes de ser transferidos.

5.1.8. *El Caso Salas, Alberto Andrés c/ Estado de la Provincia de Corrientes y otro s/ Acción contencioso-administrativa*

En torno al tema del *beneficio de pensión* puede citarse esta causa, resuelta el 13 de mayo de 2015.⁵¹ Obviamente, para reseñarla no puede prescindirse del precedente Zartarian, J. J. c/ Caja de Jubilaciones, Pensiones y Retiros de Córdoba s/ Plena jurisdicción,⁵² resuelto el 20 de agosto de 2014, ya que la CSJN aplica el criterio sentado en esta última causa.

En “Salas”, concretamente, el Instituto de Previsión Social de la Provincia de Corrientes denegó el beneficio de pensión solicitado por el viudo de una beneficiaria por entender que según el artículo 56, inciso a), de la Ley Prov. 4.917, *el derecho a la pensión del viudo procede siempre que el reclamante estuviese incapacitado para el trabajo y a cargo de la causante al tiempo de su deceso y carente de bienes de renta*, requisitos que como no se habían cumplido en el caso, ya que el actor se hallaba inscrito como trabajador autónomo desde el año 1963 y no se encontraba incapacitado, llevó a que se rechazara la petición. Además, y a su tiempo, el Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Corrientes desestimó la acción contencioso-administrativa dirigida a que se declarara la inconstitucionalidad de la citada disposición. La CSJN hizo lugar al planteo de inconstitucionalidad del aludido artículo 56 de la Ley Prov. 4.917 y dejó sin efecto la sentencia recurrida.

Como anticipábamos, hizo uso –*mutatis mutandis*– de la doctrina aplicada *in re* “Zartarian”, entendiendo que si la caja de jubilaciones demandada no justificó que la exclusión de los varones del derecho de pensión reconocido a las concubinas respondía a un fin trascendente que únicamente podía ser alcanzado por ese medio, y se había limitado a señalar que la ley impugnada no los amparaba, *debía declararse la inconstitucionalidad de la norma provincial que limitaba el acceso al beneficio de pensión reclamado*.

5.1.9. *El Caso Vergara, Alicia Estela c/ ANSeS s/ Reajustes varios*

Entre otros pronunciamientos de la Corte en la materia, esta causa⁵³ –resuelta el 3 de marzo de 2015– muestra aristas de interés.

⁵¹ Fallos, 338:399. Se pronunciaron unánimemente los ministros Lorenzetti, Fayt y Maqueda.

⁵² Causa CSJ 9/2012 (48-Z). Votaron los ministros Lorenzetti, Maqueda, Zaffaroni y Petracchi.

⁵³ Fallos, 338:148. Firmaron coincidentemente los jueces Lorenzetti, Fayt y Maqueda.

La actora presentó demanda (que fue rechazada en las dos primeras instancias) para obtener una nueva determinación del haber de la pensión directa que percibía como consecuencia del fallecimiento de su esposo, razón por la cual solicitó que no se tuvieran en cuenta los aportes autónomos que su cónyuge había efectuado durante los últimos cinco años de trabajo y que, en su lugar, se computaran las remuneraciones que con anterioridad había obtenido bajo relación de dependencia. Desestimada la acción, la peticionante planteó recurso extraordinario que fue re-ceptado por la CSJN, la que revocó lo resuelto y ordenó a la ANSeS el recálculo del haber inicial del beneficio de pensión.

Para decidir así, la CSJN sostuvo que:

- Corresponde recalcular el haber inicial del beneficio de pensión, computando un nuevo ingreso base de carácter mixto que contemple el promedio de los últimos diez años de aportes efectuados por el causante, de modo que queden comprendidas las últimas sesenta remuneraciones percibidas en relación de dependencia, actualizadas hasta la fecha del fallecimiento, y las últimas sesenta rentas de autónomo, que *la prestación represente en forma proporcional el esfuerzo contributivo realizado*. Tautología de nuestra parte mediante, subyace aquí la intención de la Corte de operativizar el principio de proporcionalidad en materia previsional.
- Si el causante totalizó más de 33 años de servicios (27 años en relación de dependencia y el resto bajo el sistema autónomo), excediendo lo necesario para el logro de una jubilación común, la aplicación literal del artículo 97 de la Ley 24.241 del SIJP (que a fin de determinar el haber inicial de la pensión por fallecimiento de un afiliado en actividad, toma un ingreso base calculado sobre el promedio mensual de las remuneraciones o rentas imponibles declaradas dentro del periodo de cinco años anteriores al mes en que ocurra el fallecimiento del trabajador), *implica desconocer casi un 85% de la trayectoria laboral acreditada y prescindir de aportes muy superiores a los empleados para calcular el haber inicial*, por lo que corresponde ponderar con amplitud el esfuerzo contributivo realizado, *pues de otro modo podrían verse afectados derechos que, como la protección integral del trabajo y el reconocimiento de los beneficios de la seguridad social, cuentan con tutela constitucional* (cfr. art. 14 bis de la CN).⁵⁴

En síntesis, y sobre la base de la norma constitucional mencionada en último término, la Corte realzó la importancia de ponderar todo el *esfuerzo contributivo* efectuado, ya que de otra manera la titular vería disminuido sustancialmente el monto de su haber.

⁵⁴ En este punto particular, la Corte remite a *Fallos*, 307:274, 312:2089, 331:2166 y sus citas.

5.1.10. *El Caso Lohle, María Teresa Inés c/ ANSeS s/ Reajustes varios*

Vinculada al fallo reseñado en último término, y teniendo en cuenta la citada pauta del *esfuerzo contributivo*, la causa del epígrafe⁵⁵ fue dilucidada el 15 de octubre de 2015. Versa sobre una cuestión relevante: la *inconstitucionalidad del tope o límite al cómputo de salarios para el cálculo de la jubilación*, trasladable luego a la determinación del haber de pensión de la viuda del aportante fallecido.

La CSJN consideró que la defensa que la ANSeS hizo de la imposición de un límite al cómputo de las remuneraciones (art. 25 de la Ley 24.241⁵⁶ y reglamentación del art. 24 de dicha norma) se basaba en la correlativa existencia de un tope en los aportes realizados (art. 9 de la nombrada ley)⁵⁷ y no podía ser admitida si las cotizaciones fueron estimadas y abonadas sobre un ingreso o conjunto de ingresos superiores a dicho máximo pues, de lo contrario, se despojaría a los aportes efectuados obligatoriamente de toda contraprestación previsional, convirtiéndolos en un impuesto.

En el caso, la actora percibía una pensión como viuda de un trabajador que, hasta su deceso, cobraba ingresos por tres actividades simultáneas respecto de las cuales realizaba los aportes correspondientes. Ello no obstante, al tiempo de determinar el monto de la pensión, la ANSeS juzgó que la suma de todas las actividades superaba el límite del aludido artículo 25, por lo que dejó de lado dos de esas actividades respecto de las que efectivamente se habían realizado aportes, excluyéndolas de la cuenta y, por tanto, no incidieron sobre el monto de la pensión.

El máximo tribunal entendió que al actuar de esa manera, la ANSeS *confiscó los aportes realizados por el trabajador y no reconoció su mayor esfuerzo contributivo*,

⁵⁵ Fallos, 338:1017. Votaron concordantemente los ministros Lorenzetti, Highton de Nolasco, Fayt y Maqueda.

⁵⁶ Que determina: “Para establecer el promedio de las remuneraciones no se considerará el sueldo anual complementario ni los importes que en virtud de lo establecido en el segundo párrafo del artículo 9.º excedan el máximo fijado en el primer párrafo del mismo artículo”.

⁵⁷ Tal precepto dispone: “A los fines del cálculo de los aportes y contribuciones correspondientes al Sistema Integrado de Jubilaciones y Pensiones (SIJP) las remuneraciones no podrán ser inferiores al importe equivalente a tres (3) veces el valor del módulo previsional (Mopre) definido en el artículo 21. A su vez, a los fines exclusivamente del cálculo de los aportes previstos en los incisos a) y c) del artículo 10, la mencionada base imponible previsional tendrá un límite máximo equivalente a setenta y cinco (75) veces el valor del módulo previsional (Mopre).”

Si un trabajador percibe simultáneamente más de una remuneración o renta como trabajador en relación de dependencia o autónomo, cada remuneración o renta será computada separadamente a los efectos del límite inferior establecido en el párrafo anterior. En función de las características particulares de determinadas actividades en relación de dependencia, la reglamentación podrá establecer excepciones a lo dispuesto en el presente párrafo.

Facúltase al Poder Ejecutivo Nacional a modificar la base imponible establecida en el primer párrafo del presente artículo, proporcionalmente al incremento que se aplique sobre el haber máximo de las prestaciones a que refiere el inciso 3) del artículo 9.º de la Ley 24.463, texto según Decreto 1.199/2004”.

transformando esos aportes en una suerte de impuesto, lo que contravenía el artículo 14 bis de la CN en cuanto *establece la protección al trabajo y la familia y el deber del Estado de otorgar los beneficios de la seguridad social*.

5.2. El Caso Itzcovich⁵⁸

En Itzcovich, Mabel c/ ANSeS s/ Reajustes varios, de 29 de marzo de 2005, la CSJN declaró por mayoría⁵⁹ la inconstitucionalidad (sobreviniente) del artículo 19 de la citada Ley 24.463 –de “solidaridad previsional”–, que habilitaba un recurso ordinario de apelación ante aquella respecto de las sentencias definitivas de la Cámara Federal de la Seguridad Social. Como principal sustento del decisorio que emitió para dilucidar el *recurso ordinario de apelación* deducido por el organismo previsional contra la sentencia de segunda instancia, en su moción mayoritaria la Corte señaló:

No puede negarse la evidencia empírica que demostraba que la vigencia del procedimiento establecido por el citado artículo de la ley

ha tenido como consecuencia una gran expansión en el ámbito de competencia de la Corte, tanto en el aspecto cuantitativo como en la diversidad de temas fácticos y jurídicos que ha debido abordar, *con la consiguiente alteración del rol que venía cumpliendo como intérprete final de la Constitución Nacional para adaptar su funcionamiento, cada vez en mayor medida, al de un tribunal de instancia común* (consid. 8.º). (Énfasis agregado)

La experiencia reflejada en las estadísticas mostraba que el organismo previsional no había utilizado en forma apropiada la vía procesal bajo análisis, pues en una significativa mayoría de los recursos ordinarios que dedujo, el fallo final confirmó el que había sido impugnado o declaró desierto el remedio por falta de fundamento suficiente, lo cual implicó –por el tiempo necesario para la tramitación y resolución– *una injustificada postergación en el cobro del crédito de carácter alimentario que fuera reconocido en las instancias anteriores* (consid. 9.º).

Aun cuando hasta el momento de dictar el fallo el tribunal había acatado la jurisdicción reglada que el Poder Legislativo le asignara mediante el recurso en cuestión, estimó que ello no la inhabilitaba

⁵⁸ Ver sobre el tema, entre otros trabajos de Víctor Bazán, “La Corte Suprema de Justicia argentina y la depuración de su competencia apelada por medio del control de constitucionalidad”, *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, núm. 5, 2006, pp. 257-287.

⁵⁹ *Fallos*, 328:566. El voto que encabeza la sentencia fue suscrito por los ministros Petracchi, Fayt y Highton de Nolasco. Por su parte, y según sus votos, se expidieron los jueces Maqueda y Zaffaroni, en forma conjunta, y Lorenzetti, de manera individual (todos estos concurrentemente con la decisión mayoritaria). Finalmente, en sendas disidencias parciales, se pronunciaron los ministros Belluscio, Boggiano y Argibay.

para declarar que la disposición impugnada, aunque no ostensiblemente incorrecta en su origen, ha devenido indefendible, pues no se adecua a los fines tomados en consideración para su sanción y *en su aplicación práctica compromete el rol institucional del máximo tribunal y causa graves perjuicios a los justiciables en una etapa de la vida en que la tutela estatal resulta imprescindible* (consid. 10, párr. 1.º). (Énfasis agregado)

Añadió en el párrafo 2.º del mismo considerando que “el principio de razonabilidad exige que deba cuidarse especialmente que los preceptos mantengan coherencia con las reglas constitucionales durante todo el lapso que dure su vigencia, de suerte que su aplicación no resulte contradictoria con lo establecido por la Constitución Nacional (*Fallos*: 316:3104, consid. 11)”.

Todo ello, unido a que estimó que “*el procedimiento previsional se vincula con personas que, por lo general, han concluido su vida laboral y, en la mayoría de los casos, han supeditado su sustento a la efectiva percepción de los haberes que les corresponden por mandato constitucional*” (consid. 11) y que el “*fin protector de las prestaciones comprometidas justifica adoptar el criterio que más convenga a la celeridad del juicio, siempre y cuando las partes hayan tenido la oportunidad de ser oídas con arreglo a las reglas del debido proceso, recaudos que se encuentran asegurados por la existencia de tribunales especializados y la doble instancia*” (*idem.*), llevó a la Corte a concluir que el artículo 19 de la Ley 24.463 *carecía, al momento de fallar, de la racionalidad exigida por la Ley Fundamental y por ello debía declarar su invalidez* (consid. 13) (énfasis agregado).

Entendió, asimismo, que dicha solución se aviene también con la necesidad de simplificar y poner límites temporales a la decisión final en las controversias de índole previsional (cfr. doctrina de *Fallos*, 298:312, 302:299, 311:1644, 319:2151), respetando así los principios que resultan de convenciones internacionales que tienen reconocimiento constitucional (CADH, art. 25, y Corte IDH, Caso Las Palmeras vs. Colombia, sentencia de 6 de diciembre de 2001, Serie C, 90, párrafos 58 y posteriores) (consid. 14).

En definitiva, y al tiempo de decidirse por la anunciada deserción del recurso interpuesto por la ANSeS, el Tribunal propinó un golpe a la polémica Ley 24.463, que en el particular vio cómo se determinaba la inconstitucionalidad de su artículo 19. En el caso, se trataba de una anticonstitucionalidad *sobreviniente* según el voto que encabeza el pronunciamiento. Consiguientemente, cerró hacia el futuro la articulación ante ella de recursos ordinarios de apelación en materia previsional por conducto del citado artículo 19,⁶⁰ con excepción de aquellas causas en las que hubiese

⁶⁰ Desde hace algún tiempo, la CSJN está inmersa en un proceso encaminado a comprimir al máximo su competencia de apelación ordinaria. Una muestra relativamente reciente (20 de agosto de 2015) la proporciona la solución impresa al Caso “CSJ 494/2013 (49-A)/ CS1 R.O. - Anadón, Tomás Salvador c/ Comisión Nacional de Comunicaciones s/ Despido”

sido notificada la sentencia de la Cámara Federal de la Seguridad Social con anterioridad al momento en que el decisorio que la Corte emitía en “Itzcovich” quedara firme, que continuarían con el trámite de apelación normal ante esta.

La posición mayoritaria se enrola en una línea del Tribunal permeable a eludir algunas detracciones a la tarea de control de constitucionalidad en temas *altri tempi* impenetrables jurisdiccionalmente por entrañar cuestiones políticas no justiciables,⁶¹ sometiendo en este caso a fiscalización constitucional la facultad legislativa establecida en el artículo 117 de la Ley Fundamental de regular la competencia por apelación del Tribunal, lo que significa un claro mensaje en punto a la reivindicación de su papel institucional.

De su lado, y para graduar temporalmente los efectos de la declaración de inconstitucionalidad, expuso que la autoridad institucional dimanante de su pronunciamiento no privaba de validez los actos procesales cumplidos ni dejaba sin efecto lo actuado de conformidad con las leyes en vigor, toda vez que la aplicación en el tiempo de los nuevos criterios jurisprudenciales habría de ser presidida por una especial prudencia con el objeto de que los logros propuestos no se vieran malogrados en ese trance (consid. 15 de la mayoría).

Por su parte, los efectos *inductores* del fallo se hacen nítidos porque (además de haber sido este publicado en el Boletín Oficial de la Nación, algo no muy frecuente para sentencias de la CSJN), pocos días después de su dictado, el Congreso Nacional sancionó la Ley 26.025,⁶² por la cual derogó el citado artículo 19 de la Ley 24.463.

5.3. El Caso “Pedraza” y una cuestión de competencia

En el precedente de Competencia 766.XLIX, Caso Pedraza, Héctor Hugo c/ AN-SeS s/ Acción de amparo, resuelto el 6 de mayo de 2014,⁶³ se planteó un conflicto negativo de competencia entre la Cámara Federal de Apelaciones de Tucumán y la Cámara Federal de la Seguridad Social, en relación con la causa iniciada por

(*Fallos*, 338:724). En ella declaró la inconstitucionalidad de la vía recursiva ordinaria prevista en el artículo 24, inciso 6.º, apartado a), del Decreto-Ley 1.285/1958 en cuanto establece que la Corte conocerá por apelación ordinaria de las sentencias definitivas de las cámaras nacionales de apelaciones, en las causas en que la nación, directa o indirectamente, sea parte, cuando el valor en juego en último término, sin sus accesorios, resulte superior a la suma fijada por la Resolución 1.360/1991 de la Corte, posteriormente modificada por la Acordada 28/2014. El pronunciamiento fue firmado coincidentemente por los ministros Lorenzetti, Highton de Nolasco y Maqueda.

⁶¹ Queda a salvo el criterio que el juez Belluscio expusiera en su disidencia, al pronunciarse en contra de tal posibilidad fiscalizadora por considerarla un poder discrecional del Congreso (ver consid. 3.º, párr. 2.º).

⁶² B.O. de 22 de abril de 2005.

⁶³ *Fallos*, 337:530. Votaron coincidentemente los ministros Lorenzetti, Highton de Nolasco, Fayt, Maqueda y Zaffaroni; al tiempo que en voto concurrente lo hizo el juez Petracchi.

un pensionado en los términos de la Ley 23.848⁶⁴ contra la ANSeS, a los efectos de obtener el pago de haberes retroactivos desde la fecha de la presentación de su solicitud administrativa.

La Cámara Federal de Apelaciones de Tucumán se declaró incompetente por considerar que se trataba de una controversia de naturaleza previsional que debía ser resuelta por el fuero especializado en la materia para posibilitar al administrado un mejor servicio de justicia. Por su parte, la Cámara Federal de la Seguridad Social rechazó su competencia al evaluar que, en virtud del artículo 18 de la Ley 24.463, solo actuaba como tribunal de apelación en los recursos deducidos contra sentencias dictadas por los juzgados federales de primera instancia con asiento en las provincias en los supuestos en que la acción se iniciara conforme a lo previsto por el artículo 15 de dicha normativa, modificado por el artículo 3 de la Ley 24.655.⁶⁵

La CSJN afrontó el conflicto competencial traído a su seno advirtiendo que debía ser resuelto *en el marco de colapso en que se encontraba la Cámara Federal de la Seguridad Social debido a la sobrecarga de expedientes*. Añadió que esa circunstancia le obligaba a examinar tan grave situación al margen de que ya tenía dicho que la Cámara Federal de la Seguridad Social solo conocería en las apelaciones planteadas contra sentencias dictadas en demandas de conocimiento pleno en los términos del artículo 15 de la Ley 24.463 (cfr. Competencia 337.XLVII, Caso Mamone, Rosa F. c/ ANSeS y otro s/ Amparo, de 20 de diciembre de 2011).

No escapaba a la Corte Suprema que la propia Cámara Federal de la Seguridad Social (por medio de la Acordada 1/2014) había asegurado encontrarse *en una aguda crisis que la ponía en la imposibilidad de brindar el servicio de justicia que merece nuestra sociedad en materia de derechos alimentarios que hacen a la subsistencia misma*. Tal crítica situación impactaba directamente en uno de los grupos vulnerables que define el artículo 75, inciso 23, de la CN: *los jubilados*, que no lograban obtener respuestas de los jueces cuando efectuaban un reclamo en torno a su prestación previsional, de neto carácter vital y alimentario.

Asimismo, y en el proceso de solventar esta aguda crisis que iba a contramano del mandato del constituyente de otorgar mayor protección a quienes más lo necesitan, recordó que ya había acudido a la *declaración de inconstitucionalidad de oficio* de las normas atributivas de competencia que excedieran los límites constitucionales de sus atribuciones jurisdiccionales, en la medida en que la ausencia de planteamiento de la incompetencia *ratione materiae* por los interesados no podía ser obstáculo para el pronunciamiento de oficio al respecto (*Fallos*, 143:191; 185:140; 238:288, entre otros), pues, de lo contrario, se forzaría a los magistrados a declinar la propia jurisdicción o asumir la de otros tribunales u órganos sobre la base de normas constitucionalmente inválidas.

⁶⁴ B.O. de 19 de octubre de 1990.

⁶⁵ B.O. de 15 de julio de 1996.

Observó que frente al peligro cierto de *desconocer la vigencia de los beneficios de la seguridad social a centenas de miles de jubilados*, el Poder Judicial veía comprometida su misión de velar por la vigencia real y efectiva de la Constitución Federal, lo que llevó a la CSJN a ponderar las circunstancias reinantes en el momento de resolver, para evitar que por aplicación mecánica e indiscriminada del artículo 18 de la Ley 24.463 se vulneraran derechos fundamentales de la persona y se prescindiera de la preocupación por arribar a una decisión objetivamente justa en los casos concretos. Es que, de así ocurrir, la solución sería frontalmente contraria al propósito de “afianzar la justicia”, enunciado en el Preámbulo de la CN, que no solo se refiere al Poder Judicial sino a la salvaguarda del valor justicia en los conflictos jurídicos concretos que se plantean en el seno de la comunidad (cfr. doctrina de Fallos, 307:326 y 328:566).

Entre otros fundamentos, la Corte dedicó un espacio para puntualizar que el derecho de ocurrir ante un órgano judicial en procura de justicia, consagrado en el artículo 18 de la CN no se encuentra satisfecho con la sola previsión legal de la posibilidad de acceso a la instancia judicial sino que requiere que la tutela judicial de los derechos en cuestión resulte efectiva, o sea, oportuna y que posea la virtualidad de resolver definitivamente la cuestión sometida a su conocimiento. Ello, en función de los tratados internacionales con jerarquía constitucional a partir de 1994 (art. 75, inc. 22), entre los cuales citó a la CADH (arts. 8 y 25.2.a) y al PIDCP (art. 14.1). Incluso, acudió argumentalmente a un instrumento de *soft law*: las Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad (Cap. 11, Secc. 4ª, pto. 42), para resaltar la *importancia de la proximidad de los servicios de los sistemas de justicia a aquellos grupos de población que se encuentren en situación de vulnerabilidad*.

En síntesis, dadas las críticas circunstancias descritas, y *de acuerdo con los fundamentos mismos de su rol institucional como cabeza del Poder Judicial de la Nación*, la Corte declaró *de oficio la inconstitucionalidad del artículo 18 de la Ley 24.463* y dispuso que la Cámara Federal de la Seguridad Social dejara de conocer en los recursos de apelación de sentencias dictadas por los juzgados federales con asiento en las provincias en los términos del artículo 15, *ibid*.

Debe añadirse que, luego del fallo, la CSJN emitió la Acordada 4/2014 acerca de las medidas apropiadas para que se realizara de manera ordenada y rápida el desplazamiento de la competencia que dispuso, formulando diversos requerimientos a los Poderes Ejecutivo y Legislativo, al Ministerio Público, al Consejo de la Magistratura y a la Cámara Federal de la Seguridad Social.

5.4. La saga “Badaro”

Para concluir este señalamiento jurisprudencial, relevaremos brevemente el Caso Badaro, Adolfo Valentín c/ ANSeS s/ Reajustes varios, marco en el cual la CSJN dictó –en cuanto aquí interesa– dos pronunciamientos.

En el primero (“Badaro I”), de 8 de agosto de 2006, de modo unánime⁶⁶ el tribunal detectó la *omisión legislativa inconstitucional* consistente en la falta de disposición de un ajuste por movilidad en el beneficio previsional del actor que había llevado a privarlo de un derecho conferido por la carta magna, se abstuvo de adoptar *per se* la decisión supletoria de la mentada preterición, difirió el pronunciamiento sobre el periodo cuestionado por un plazo que resultara suficiente para el dictado de las disposiciones pertinentes, y dispuso comunicar al Poder Ejecutivo nacional y al Congreso de la Nación el contenido de la sentencia a fin de que, en un plazo razonable, adoptasen las medidas pertinentes para efectuar las correcciones necesarias.

Ya en la segunda sentencia (“Badaro II”), de 26 de noviembre de 2007, y al haber transcurrido un *lapso de tiempo prudencial* (un poco más de 15 meses) sin haber recibido una respuesta específica y satisfactoria sobre el punto ordenado (emisión de reglas adecuadas a la situación del peticionante), y añadir que el primer fallo dictado en la causa “fue preciso al detallar *la omisión legislativa que la Corte había advertido y el daño derivado de ella*” (énfasis agregado), unánimemente⁶⁷ declaró la inconstitucionalidad del artículo 7, inciso 2.º, de la Ley 24.463⁶⁸ en el caso, y determinó *per se* un mecanismo apropiado para actualizar la prestación del accionante.⁶⁹

No cabe duda de que “Badaro” fue, junto con “Sánchez” (cada uno en su medida y marco de aplicación), un muy importante inductor jurisprudencial, incluso legislativo, de movilidad de los haberes previsionales.

6. Un par de fallos de la CSJN en los que se observa la convergencia de la protección jurisdiccional concurrente de los derechos a la seguridad social y la salud

6.1. Prefacio

En este recorrido jurisprudencial panorámico, y a efectos ilustrativos, colacionaremos dos pronunciamientos de la CSJN (uno no tan reciente y otro temporalmente

⁶⁶ Fallos, 329:3089. El decisorio lleva la firma de los siete integrantes con que el Tribunal contaba en el momento de emitirlo: jueces Petracchi, Highton de Nolasco, Fayt, Maqueda, Zaffaroni, Lorenzetti y Argibay.

⁶⁷ Fallos, 330:4866. Votaron los ministros Petracchi, Highton de Nolasco, Fayt, Maqueda, Zaffaroni y Lorenzetti.

⁶⁸ Tramo de la norma que expresa: “A partir de la vigencia de la presente ley todas las prestaciones de los sistemas públicos de previsión de carácter nacional tendrán la movilidad que anualmente determine la Ley de Presupuesto. Dicha movilidad podrá ser distribuida en forma diferenciada a fin de incrementar las prestaciones mínimas”.

⁶⁹ En torno a la temática de la inconstitucionalidad por omisión puede verse el libro de Víctor Bazán, *Control de las omisiones inconstitucionales e inconventionales. Recorrido por el derecho y la jurisprudencia americanos y europeos*, Bogotá, Programa Estado de Derecho para Latinoamérica de la Fundación Konrad Adenauer y Ediciones Nueva Jurídica, 2017, *passim*.

más cercano) que, con sus respectivas particularidades, se sumergen en tópicos complejos y estructurales, y muestran respuestas jurisdiccionales apropiadas y contestes con los mandatos protectivos de derechos sociales fundamentales como el de la seguridad social y la salud, íntimamente vinculados a la dignidad humana, tal como manifestáramos.

Se trata de las causas Q. C., S. Y. c/ Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/ Amparo, de 24 de abril de 2012, y Asociación Civil para la Defensa en el Ámbito Federal e Internacional de Derechos c/ Instituto Nacional de Servicios Sociales para Jubilados y Pensionados s/ Amparo, de 10 de febrero de 2015.

6.2. Las causas

6.2.1. El Caso Q. C., S. Y.

La sentencia,⁷⁰ como anticipábamos, aporta diversos insumos argumentales que resultan de importancia en materia de protección efectiva de los DESC. La matriz fáctica del caso indica que una mujer en *situación de calle* –residente desde 2000 en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires– dedujo una acción de amparo para que el gobierno local la incluyera en los programas en materia de vivienda, junto a su hijo menor que padecía una discapacidad motriz, visual, auditiva y social producida por una encefalopatía crónica, y les proporcionara alguna alternativa para salir de la grave situación en la que se encontraban.

La acción se admitió en primera y segunda instancias, aunque la sentencia de Cámara fue revocada por el Superior Tribunal de Justicia local. Contra dicho fallo, la actora planteó recurso extraordinario federal que, denegado, dio origen a la queja. Esta fue admitida por la Corte Suprema Federal, que hizo lo propio respecto del citado recurso extraordinario, revocando la decisión recurrida.

La base subyacente del caso muestra la convergencia de diversas cuestiones: el estado de vulnerabilidad extrema configurativo de una “situación de calle”; los DESC como derechos fundamentales, entre ellos, vivienda, salud y seguridad social, situación claramente agravada por la discapacidad de un menor; e, *inter alia*, el control jurisdiccional de razonabilidad de las políticas públicas.

El tribunal depara un estándar interpretativo interesante en relación con el *control judicial de razonabilidad de las normas jurídicas operativas de carácter derivado* (como las obligaciones consagradas por derechos fundamentales, por ejemplo, el derecho de acceso a la vivienda). En tal sentido, dejó sentado que para su implementación aquellas requieren una ley del Congreso o una decisión del Poder Ejecutivo que provoque su materialización.

⁷⁰ Fallos, 335:452. La moción que encabeza el fallo fue firmada por los ministros Lorenzetti, Highton de Nolasco, Fayt, Maqueda y Zaffaroni; mientras que en sendos votos individuales se pronunciaron los jueces Petracchi y Argibay.

El control de razonabilidad por parte del Poder Judicial supone que, sin perjuicio de las decisiones políticas discrecionales, los poderes del Estado deben atender a las garantías mínimas indispensables para que una persona sea considerada como tal en situaciones de extrema vulnerabilidad (consid. 17 de la mayoría). Puede resultar útil vincular la pauta que acabamos de mencionar con una premisa que la propia CSJN ha reiterado en varios de sus fallos: *donde hay un derecho, hay un remedio legal para hacerlo valer toda vez que sea desconocido*.⁷¹ El juego armónico de ambos postulados brinda un soporte relevante para la efectividad de los derechos esenciales.

Por su parte, en el considerando 15, *ibid.*, párrafo 1.º, la Corte se ocupó de advertir que el caso en examen no era solamente un simple supuesto de violación del derecho a una vivienda digna pues involucraba “a un *niño discapacitado* que no solo exige atención permanente sino que además *vive con su madre en situación de calle*” (énfasis agregado), para referir que entraban

... también en juego aspectos relativos a la situación en la sociedad de los discapacitados y la consideración primordial del interés del niño que la Convención sobre los Derechos del Niño impone a toda autoridad pública en los asuntos concernientes a ellos, que no es admisible que pueda resultar notoriamente dejado de lado por la demandada.

Es igualmente significativa la puntualización del tribunal acerca de que las disposiciones constitucionales que alojan derechos singularmente relevantes como el de acceso a la vivienda digna (art. 14 bis, *in fine*) consagran *obligaciones de hacer a cargo del Estado*, con las siguientes particularidades: (i) no son meras declaraciones, sino normas jurídicas operativas con vocación de efectividad; (ii) esa operatividad tiene un carácter derivado, no directo, lo que significa que su implementación requiere una ley del Congreso o una decisión del Poder Ejecutivo que provoque su materialización; y (iii) como vimos, están sujetas al control de razonabilidad por parte del Poder Judicial.

A nuestro juicio, la concepción trazada al respecto por la Corte suministra una vía fecunda para la activación de soluciones jurisdiccionales que permitan *conjurar pretermisiones legislativas (o del Ejecutivo)* consistentes en la falta de desarrollo de los mandatos constitucionales. Aquellas respuestas dirigidas desde la judicatura pueden sacudir el letargo y estimular a los órganos silentes a que actúen, ambientando normativamente la situación para permitir que tales “obligaciones de hacer a cargo del Estado” pasen de la inocuidad a la acción o del “papel” a la realidad.

Para cerrar esta breve aproximación vale traer a colación que, en definitiva, el alto tribunal (en la versión mayoritaria) ordenó al gobierno de la Ciudad Autónoma

⁷¹ Por ejemplo, la ha reiterado en el Caso “Halabi, Ernesto c/ P.E.N. - Ley 25.873 - Dto. 1.563/2004 s/ Amparo Ley 16.986”, de 24 de febrero de 2009 (*Fallos*, 332:111), concretamente en el considerando 12, párrafo 4.º, de la mayoría.

de Buenos Aires que: (i) interviniera con los equipos de asistencia social y salud con los que contaba para asegurar que el niño dispusiera de la atención y el cuidado que su estado de discapacidad requería y proveyera a la actora del asesoramiento y la orientación necesarios para la solución de las causas de su problemática habitacional; y (ii) garantizara a aquella, aun en forma no definitiva, un alojamiento con condiciones edilicias adecuadas a la patología que presentaba el niño, sin perjuicio de contemplar su inclusión en algún programa de vivienda en curso o futuro para la solución permanente de la situación de excepcional necesidad planteada.

6.2.2. *El Caso Asociación Civil para la Defensa en el Ámbito Federal e Internacional de Derechos*

El caso involucra cuestiones muy sensibles y complejas, como por ejemplo, el derecho de personas discapacitadas, el derecho a tener una pensión y el derecho a la salud.

Un breve *racconto* de la secuencia fáctica de la causa muestra que la Asociación Civil para la Defensa en el Ámbito Federal e Internacional de Derechos (Asociación DE.FE.IN.DER.) y la Asociación Civil “Pequeña Obra de la Divina Providencia” dedujeron acción de amparo contra el Instituto Nacional de Servicios Sociales para Jubilados y Pensionados (INSSJP) a los efectos de que se reconociera en favor de las personas con discapacidad, beneficiarias de pensiones no contributivas, el derecho a la cobertura integral de prestaciones, según lo establecido en las leyes 22.431⁷² y 24.901.⁷³ Ambas instancias de mérito rechazaron liminarmente la demanda por *falta de legitimación de los accionantes*. Por tal razón, las mencionadas asociaciones plantearon recurso extraordinario federal por considerar que estaban en juego (y seriamente comprometidos) *derechos de incidencia colectiva*⁷⁴ vinculados con la *salud*

⁷² B.O. de 20 de marzo de 1981. Estatuye el sistema de protección integral de las personas discapacitadas.

⁷³ B.O. de diciembre de 1997. Se trata de la ley que establece el sistema de prestaciones básicas en habilitación y rehabilitación integral a favor de las personas con discapacidad.

⁷⁴ Es preciso destacar que por medio de la Acordada 32, de 1 de octubre de 2014, la CSJN estableció un Registro Público de Procesos Colectivos para la inscripción de todos los litigios de esa naturaleza que tramiten ante los tribunales nacionales federales del país. Uno de sus objetivos centrales es, justamente, la publicidad de los procesos colectivos que arraigan en el artículo 43, párrafo 2.º, de la CN, para preservar un valor eminente como la *seguridad jurídica* cuya jerarquía constitucional ha sido señalada enfática y reiteradamente por dicho tribunal, en la medida en que propende a asegurar eficazmente los *efectos expansivos* que produce en esta clase de procesos la sentencia definitiva pasada en autoridad de cosa juzgada, además de perseguir la *apropiada tutela de los derechos de todas las personas que no han tomado participación en el proceso*.

Debe dejarse constancia de que mediante la Acordada 12, dictada el 5 de abril de 2016, la CSJN aprobó el “Reglamento de actuación en procesos colectivos”, que fija reglas que ordenan el trámite de este tipo de procesos en los tribunales nacionales y federales de todo el país, a

pública en tanto lo que se pretendía era una apropiada prestación de determinados servicios sanitarios. La CSJN, con votación unánime, revocó el fallo cuestionado.⁷⁵

Básicamente, el alto tribunal dejó sin efecto lo resuelto considerando que:

- La acción de amparo deducida –dirigida a reconocer el *derecho a la cobertura integral de prestaciones en favor de las personas con discapacidad*, beneficiarias de pensiones no contributivas, de acuerdo con lo preceptuado en las leyes 22.431 y 24.901– persigue la protección de *derechos individuales homogéneos de una pluralidad relevante de sujetos*; existe una conducta única y continuada que lesiona a ese colectivo y la pretensión se encuentra enfocada a los efectos comunes de un problema directamente vinculado con el derecho a la salud, presentándose una *homogeneidad fáctica y normativa* que hacía razonable la articulación de la acción en defensa de los intereses de todos los afectados y justificaba el dictado de *un pronunciamiento único con efectos expansivos a todo el colectivo involucrado*. Ello, siguiendo la línea que la Corte trazara en la conocida –y ya citada a pie de página– causa Halabi, Ernesto c/ P.E.N. - Ley 25.873 - Dto. 1.563/04 s/ Amparo Ley 16.986.⁷⁶
- Aun cuando pudiera sostenerse que, en el caso, el interés individual considerado aisladamente justifica la promoción de demandas individuales, no es posible soslayar el *incuestionable contenido social del derecho involucrado* que atañe a grupos que por mandato constitucional deben ser *objeto de preferente tutela por su condición de vulnerabilidad: los niños, las mujeres, los ancianos y las personas con discapacidad* (cfr. CN, art. 75, inc. 23).
- A los efectos de garantizar el derecho a la tutela judicial efectiva de un *colectivo altamente vulnerable*, no solo por la discapacidad que padecen sus integrantes sino también por su delicada situación socioeconómica, cabe reconocer legitimación a las asociaciones que iniciaron la acción de amparo contra el INSSJP con el objeto de que *se reconociera el derecho a la cobertura integral de prestaciones* en favor de aquellas, máxime si se repara

fin de asegurar la eficiencia práctica del Registro Público de Procesos Colectivos, creado por medio de la citada Acordada 32 de 2014.

⁷⁵ Fallos, 338:29. Votaron los ministros Highton de Nolasco, Fayt y Maqueda.

⁷⁶ Muy sintéticamente, ya desde el perfil de las *omisiones absolutas inconstitucionales*, en “Halabi”, la CSJN *detectó la existencia de una mora legislativa* en relación con la reglamentación legislativa de las “acciones de clase”, que a criterio del tribunal surgían del artículo 43, párrafo 2.º, de la CN y, en el interregno hasta el dictado de tal normativa por el Congreso, *definió algunos lineamientos a los que deberían ajustarse las acciones colectivas de aquella naturaleza* que se dedujeran en dicho lapso temporal. Hasta el momento de escribir estas líneas, y sin perjuicio de la existencia de varios proyectos, aún no se había dictado la ley ordenada por la Corte.

El caso fue resuelto por mayoría, la que estuvo compuesta por los jueces Lorenzetti, Highton de Nolasco, Maqueda y Zaffaroni; mientras que en disidencia parcial conjunta se pronunciaron los ministros Petracchi y Argibay, y en disidencia parcial individual lo hizo el juez Fayt.

que con la pretensión procesal deducida se procura garantizar el acceso, en tiempo y forma, a prestaciones de salud relacionadas con la vida y la integridad física de las personas.

- Estableció que la admisión de las *acciones colectivas* requiere, por parte de los magistrados, la verificación de una causa fáctica común, una pretensión procesal enfocada en el aspecto colectivo de los efectos del hecho y la constatación de que el interés individual considerado aisladamente no justifique la promoción de una demanda, con lo que el ejercicio individual no aparecería plenamente justificado, sin perjuicio de lo cual, la acción también procederá cuando, pese a tratarse de derechos individuales, *exista un fuerte interés estatal en su protección, sea por su trascendencia social o en virtud de las particulares características de los sectores afectados.*

7. Acercamiento crítico a un fallo de la Corte Interamericana contra Argentina relativo a los derechos a la seguridad social y la salud

7.1. El Caso Furlan y Familiares vs. Argentina

En este asunto,⁷⁷ la Corte IDH condenó al Estado por la violación en perjuicio de Sebastián Furlan (S.F.), entre otros, de: el plazo razonable en un proceso civil por daños, y los derechos a la protección judicial y a la propiedad privada, incumpliendo la obligación de garantizar, sin discriminación, el derecho de acceso a la justicia y el derecho a la integridad personal. Paralelamente, el tribunal lo consideró internacionalmente responsable por la violación del derecho a la integridad personal y el derecho al acceso a la justicia de los familiares de S.F., concretamente, su padre, madre, hermano y hermana.

A pesar de no decirlo expresamente, en el asunto que debía resolver la Corte IDH subyacía una importante cuestión vinculada a *los derechos a la salud de un niño, y posteriormente adulto, con discapacidad y a su derecho a la seguridad social*. Las autoridades judiciales argentinas no habían dado respuesta oportuna al proceso civil por daños y perjuicios en contra del Estado, de cuyo desenlace dependía el tratamiento médico de S.F. El tribunal interamericano constató el daño producido en perjuicio de este por la demora en el proceso que impidió que accediera a los tratamientos médicos y psicológicos que podrían haber tenido un impacto positivo en su vida. Asimismo, verificó la afectación producida al núcleo familiar de S.F.

Efectuó además una nutrida alusión a varios instrumentos internacionales vinculados, por ejemplo, con la discapacidad y los derechos a la salud y a la rehabilitación.

⁷⁷ Corte IDH, Caso Furlan y familiares vs. Argentina, Sentencia de 31 de agosto de 2012, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, núm. 246.

Entre otras cosas, se refirió a los alcances del derecho a la rehabilitación en los términos del derecho internacional, mencionando el artículo 25 de la CDPD, vigente desde el 3 de mayo de 2008, acerca del derecho a gozar del más alto nivel posible de salud sin discriminación por razones de discapacidad y la obligación de adoptar medidas pertinentes para asegurar el acceso de las personas con discapacidad a servicios de salud, incluida la rehabilitación relacionada con esta. Hizo lo propio respecto del artículo 23 de la CDN, en relación con las medidas que deben adoptar los Estados acerca de los niños y las niñas con discapacidad.

Asimismo, citó los siguientes principios rectores en la materia, fijados en el artículo 3 de la CDPD: (i) el respeto de la dignidad inherente, la autonomía individual, incluida la libertad de tomar las propias decisiones, y la independencia de las personas; (ii) la no discriminación; (iii) la participación e inclusión plenas y efectivas en la sociedad; (iv) el respeto por la diferencia y la aceptación de las personas con discapacidad como parte de la diversidad y la condición humanas; (v) la igualdad de oportunidades; (vi) la accesibilidad; (vii) la igualdad entre el hombre y la mujer, y (viii) el respeto por la evolución de las facultades de los niños y las niñas con discapacidad y de su derecho a preservar su identidad (párr. 131).

Concretamente, determinó que el Estado debía proporcionar a las víctimas que así lo pidieran la atención médica y psicológica o psiquiátrica gratuita y de forma inmediata, adecuada y efectiva, por medio de sus instituciones públicas de salud especializadas; configurar un grupo interdisciplinario, el que, tomando en consideración la opinión de S.F., estableciera las medidas de protección y asistencia más apropiadas para su inclusión social, educativa, vocacional y laboral; y adoptar las medidas necesarias para asegurar que al momento en que una persona fuera diagnosticada con graves problemas o secuelas relacionados con discapacidad, se entregara a ella o a su grupo familiar una carta de derechos que resumiera en forma sintética, clara y accesible los beneficios que contempla la normatividad argentina.

7.2. Las posibilidades de *enforcement* de los DESC que ofrece el artículo 26 de la CADH

A los fines de sentar la posición que defenderemos, es preciso efectuar una referencia al voto concurrente de la entonces jueza Margarette May Macaulay (hoy miembro de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos).⁷⁸ Allí planteó una cuestión de gran relevancia y con la que no podemos sino concordar, diseñando una aguda línea interpretativa que la aleja positivamente de la visión mayoritaria: *la justiciabilidad directa de los DESC por medio del artículo 26 de la*

⁷⁸ Margarette May Macaulay fue jueza de la Corte IDH entre 2007 y 2012. El 16 de junio de 2015 fue elegida por la OEA como miembro de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), por un periodo de cuatro años que se inició el 1 de enero de 2016 y finalizará el 31 de diciembre de 2019.

CADH y, en particular, la obligación de respetar y garantizar el derecho a la salud y a la seguridad social (que estaban en juego en el caso), “con el fin de contribuir a las discusiones futuras que tendrá la Corte en relación con este tema” (párr. 1.º de su voto). Por último, determinó que el Estado argentino había vulnerado el artículo 26 de la CADH en relación con los artículos 5 y 1.1, *ibid.*, en perjuicio de S.F., propuesta que lamentablemente no fue escuchada por la posición triunfante.

El punto de vista propiciado resulta muy útil y adecuado a la directa y autónoma justiciabilidad de los DESC sobre la base del artículo 26 de la CADH, partiendo de una interpretación evolutiva y actualizada de dicha norma, y teniendo en cuenta la afirmación de la propia Corte IDH en el Caso Acevedo Buendía vs. Perú (y sus citas), respecto a que en función de los términos amplios en que está redactada la CADH *es plenamente competente para analizar violaciones de todos los derechos reconocidos en esta* (párrs. 16 y 97), lo que obviamente comprende los derechos económicos, sociales y culturales capturados por la normatividad de tal artículo 26.

Dicho de otro modo, y como venimos insistiendo desde hace tiempo, los DESC a que se refiere el citado artículo 26 de la CADH están sujetos a las obligaciones generales contenidas en sus artículos 1.1 y 2, como lo están los derechos civiles y políticos previstos en los artículos 3 a 25, *ibid.*, tal como el propio tribunal interamericano razonó en el párrafo 100 del aludido Caso Acevedo Buendía vs. Perú. En este fallo indicó contundentemente que los instrumentos de reconocimiento de la cláusula facultativa de la jurisdicción obligatoria (*ibid.*, art. 62.1) presuponen la admisión, por los Estados que la presentan, del *derecho de la Corte a resolver cualquier controversia relativa a su jurisdicción* (párr. 16); además de que los términos amplios en que está redactada la Convención indican que *la Corte ejerce una jurisdicción plena sobre todos sus artículos y disposiciones (idem.)*, y para *analizar violaciones de todos los derechos reconocidos en aquella* (párr. 97).⁷⁹

Resumiendo, coincidimos plenamente con la Corte IDH en cuanto a que la solución ineluctable era condenar al Estado argentino. Sin embargo, discrepamos de la decisión mayoritaria en cuanto a la selección de (parte) de la normativa utilizada para dar sustento a tal condena, pues el artículo 26 de la CADH cobija adecuadamente a los DESC, entre ellos, a la salud y la seguridad social, los que debieron ser aplicados y no circunvalados para emplear en su reemplazo el derecho a la integridad personal.

Para cerrar este punto, y dar paso a las observaciones finales del trabajo, vemos que habrá que aguardar la evolución de la jurisprudencia de la Corte IDH en el delicado tema aquí presentado, a partir de la renovación parcial de los miembros que asumieron a comienzos de 2016⁸⁰ (en los casos en que estén habilitados para

⁷⁹ Ver Víctor Bazán, “Un desafío fundamental para el sistema interamericano de derechos humanos: la justiciabilidad directa de los derechos económicos, sociales y culturales”, *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, núm. 25, 2015, pp. 61-98.

⁸⁰ Para el año 2017, la Corte IDH está integrada de la siguiente manera: Roberto F. Caldas (presidente), Eduardo Ferrer Mac-Gregor (vicepresidente), Humberto Sierra Porto (juez),

intervenir).⁸¹ De cualquier modo, no parece probable que en el corto plazo pudiera originarse algún cambio sustancial en la postura que viene sosteniendo la mayoría del tribunal, que se muestra relictante a reconocer la justiciabilidad directa del artículo 26 de la CADH.⁸² Solo se mantiene firme en la posición contraria el vicepresidente Ferrer Mac-Gregor, quien propugna la viabilidad de la aplicación directa a los DESC de tal norma convencional.⁸³

Eduardo Vio Grossi (juez), Elizabeth Odio Benito (jueza), Eugenio Raúl Zaffaroni (juez) y Patricio Pazmiño Freire (juez).

⁸¹ Conforme a los artículos 54.3 de la CADH, 5.3 del Estatuto de la Corte IDH y 17.1 de su Reglamento, “los jueces cuyo mandato se haya vencido continuarán conociendo de los casos de los que ya hubieren tomado conocimiento y se encuentren en estado de sentencia”. Por esa razón es que en *Yarce y otras vs. Colombia*, fallado el 22 de noviembre de 2016, los jueces Ventura Robles, García-Sayán y Pérez Pérez (todos con mandato vencido y reemplazantes designados) participaron en la deliberación y firmaron el decisorio (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, núm. 325).

El fallo cuenta con un extenso voto concurrente del juez Ferrer Mac-Gregor, quien –entre otras apreciaciones– expresó que la decisión adoptada por la Corte IDH pudo haber comprendido una interpretación evolutiva y dinámica del artículo 26 de la CADH, lo que hubiera permitido visualizar un tema que de alguna forma ha sido ignorado dentro del sistema interamericano de derechos humanos: *el derecho a la vivienda*. O sea, puso de relieve la legítima posibilidad interpretativa de derivar este último derecho de las normas contenidas en la Carta de la OEA, pudiendo declarar la violación del aludido artículo 26 de la CADH, y no solo reconducir la violación vía conexidad con el derecho a la propiedad contenido en el artículo 21, *ibid.* Subrayó la convergencia de una particularidad del derecho a la vivienda, el que (aparentemente) ha sido olvidado en los propios instrumentos interamericanos, incluso en el Protocolo Adicional a la CADH en materia de DESC (Protocolo de San Salvador), enfatizando que tal derecho adquiere en el caso una especial importancia si se considera la labor de los defensores de derechos humanos y la pérdida de la vivienda en los contextos de desplazamiento forzado interno (incluso de carácter intraurbano).

⁸² De hecho, en un caso reciente, *I.V. vs. Bolivia* (Sentencia de 30 de noviembre de 2016, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, núm. 329), el fallo fue firmado por todos sus actuales integrantes (ver nota 77), contando solo con un breve voto concurrente del juez Ferrer Mac-Gregor, quien dejó en claro que el asunto involucra el *derecho a la salud*, por lo que pudo haberse analizado a la luz del artículo 26 de la CADH en aplicación del principio *iura novit curia*; en lugar de subsumir dicho derecho en otros preceptos de la Convención declarados violados en la sentencia. Manifestó también que esta visión tradicional de subsumición de derechos por la vía de la conexidad no abona a la interdependencia e indivisibilidad de los derechos, sean civiles, políticos, económicos, sociales, culturales o ambientales, especialmente en los tiempos actuales de desarrollo del derecho internacional de los derechos humanos. Dijo además que basta una lectura cuidadosa del decisorio para advertir que en realidad el derecho a la salud (sexual y reproductiva) constituyó uno de los aspectos torales del caso, tal como se advierte en las múltiples referencias que se hacen tanto en las consideraciones como en los resolutivos del fallo.

⁸³ Para compulsar los desarrollos argumentales de las posiciones en contra y a favor de la justiciabilidad directa de los DESC sobre la base del artículo 26 de la CADH, pueden verse los respectivos votos concurrentes de los jueces Sierra Porto y Ferrer Mac-Gregor en el Caso Gonzales Lluy y otros *vs. Ecuador*, Sentencia de 1 de septiembre de 2015, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, núm. 298.

8. Reflexiones finales

- a) Es imposible desconocer la potente influencia que la innovación constitucional de 1994 ha generado en el área de los derechos humanos en el escenario jurídico argentino. Esa impronta puede verificarse tomando en cuenta, por ejemplo: la adjudicación de jerarquía constitucional originaria a un nutrido conjunto de instrumentos internacionales sobre la materia, además de los recipiendarios *ex post* de tal valía, todos lo que, junto con la Constitución documental, forman el bloque de constitucionalidad; la reafirmación del principio *pro persona* y sus derivados; la configuración de una dimensión sustancial, complementaria de la formal, en torno al principio de igualdad, exigiéndosele al Estado una búsqueda isonómica por medio de acciones positivas; la literalización en la Constitución de los procesos constitucionales de amparo, *habeas corpus* y *habeas data*⁸⁴ para resguardar derechos fundamentales; y la incorporación al texto constitucional de derechos que no estaban expresamente consagrados, además del acrecentamiento de derechos implícitos de fuente internacional.
- b) Desde el punto de vista de la judicialización del *derecho a la seguridad social*, el sistema jurisdiccional ofrece un grado de protección adecuado y sustentable. Su oportuna actuación, con la CSJN a la vanguardia, ha posibilitado tutelar aspectos básicos de tal potestad.

Las sentencias que pronunciara en Q. C., S. Y. *c/ Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/ Amparo y Asociación Civil para la Defensa en el Ámbito Federal e Internacional de Derechos c/ Instituto Nacional de Servicios Sociales para Jubilados y Pensionados s/ Amparo*, solo por citar como ejemplo dos casos, brindan valiosos insumos analíticos y muestran orientaciones decisionales atinadas en torno al derecho a la seguridad social (también al derecho a la salud), que presenta una matriz vital y alimentaria.

- c) Si bien la *performance* protectora del máximo tribunal argentino acerca del derecho a la seguridad social arroja un saldo positivo, no se puede ocultar que el mayor déficit se localiza en las esferas de la planificación y la apropiada ejecución de políticas sociales. Este es el costado más endeble y complejo del problema: la *ausencia de un sistema consistente, coordinado y estructurado de políticas públicas en el campo de la seguridad social* articulado por los poderes Ejecutivo y Legislativo, y cabalmente monitoreado.

Antes de ese fallo es posible examinar referencialmente las visiones antitéticas que sobre el particular postularon el entonces juez Pérez Pérez en su voto razonado y el juez Ferrer Mac-Gregor en su voto concurrente en el Caso Suárez Peralta *vs.* Ecuador, Sentencia de 21 de mayo de 2013, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, núm. 261.

⁸⁴ Como mencionábamos, en el texto de la Constitución no se utiliza explícitamente la denominación *habeas data*.

Ello, más allá de que se aprecien algunos esfuerzos laudables de la gestión presidencial actual (iniciada en diciembre de 2015), por ejemplo, mediante el dictado de la Ley 27.260 que implementó el Programa Nacional de Reparación Histórica para Jubilados y Pensionados.

- d) En el Estado constitucional y convencional, la creciente *interrelación de derechos y políticas sociales* deviene indisputable. En ese punto, con ser muy apreciable la labor de *defensa* de los derechos humanos, en la hora actual ella por sí sola se revela exigua (y en consecuencia ineficaz) si no se la acompaña con una tarea *proactiva de fiscalización de las políticas públicas para enfocar los inconvenientes estructurales que subyacen a las violaciones concretas de aquellos derechos* (en la franja de la seguridad social), para procurar *incidir en la formación o la corrección de tales políticas*, sustentadas en valores como la equidad social y la solidaridad.
- e) La satisfacción del derecho a la seguridad social demanda del Estado *obligaciones de talante positivo*, y no simples deberes de abstención. Así, las *medidas de acción positiva* que la Constitución le encomienda en el ámbito del remozado paradigma del principio de igualdad son un buen ejemplo de la textura jurídica y axiológicamente preceptiva que recae sobre aquel. Ello, para satisfacer *inter alia* las premisas preambulares de *promover el bienestar general y afianzar la justicia* y también las demandantes consignas que obran en el artículo 75, inciso 19, *ibid.*, en torno a proveer lo conducente al *desarrollo humano y al progreso económico con justicia social*.
- f) Convergentemente, es preciso atender el encargo que el artículo 75, inciso 23, *ibid.* dirige al Congreso de la nación en orden a legislar y promover *medidas de acción positiva* que garanticen la *igualdad real de oportunidades y de trato, y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por la Constitución y los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos*, en particular respecto de *niños, mujeres, ancianos y personas con discapacidad*, al tiempo de prescribir el cumplimiento de la obligación de *dictar un régimen de seguridad social especial e integral* para la protección del *niño* en situación de desamparo, desde el embarazo hasta la finalización del periodo de enseñanza elemental, y de la *madre* durante el embarazo y el tiempo de lactancia.
- g) En el Estado constitucional y convencional actual el respeto y la realización de los DESC en general, y del derecho a la seguridad social en particular, exigen poner en marcha los requerimientos de una *progresividad sustentable* y desactivar cualquier intento de *regresividad injustificada*, quedando en todo caso habilitados los controles jurisdiccionales de constitucionalidad y de convencionalidad de cualquier medida que pudiera resultar arbitrariamente *involutiva*.
- h) No parece factible pensar que en el corto plazo pudiera producirse alguna modificación hermenéutica radical en el acervo jurisprudencial de la Corte

IDH, en la línea de sentido que en varios votos concurrentes postula el juez Ferrer Mac-Gregor (que compartimos), es decir, la justiciabilidad directa de los DESC (entre ellos, los derechos a la salud y a la seguridad social) por vía del artículo 26 de la CADH⁸⁵ y sin necesidad de recurrir discursivamente, por ejemplo, al artículo 5.1, *ibid.*, que consagra el derecho a la integridad personal.

- i) En el cumplimiento de sus respectivos mandatos y funciones, las autoridades pertinentes en el plano interno, y los órganos internacionales competentes no pueden prescindir de una directriz axiológicamente relevante: *los derechos humanos son reflejo directo de la dignidad humana*, sean ellos civiles y políticos; ambientales; o económicos, sociales y culturales, ámbito este último al que adscribe el derecho a la seguridad social.
- j) Precisamente, los derechos sociales (entre ellos el de la seguridad social) deben visualizarse como derechos *a priori*, e incluso como precondiciones para el ejercicio de no pocos ni insignificantes derechos civiles y políticos. Correlativamente, el fortalecimiento de la democracia depende –entre otros factores– de la intensidad cualitativa y cuantitativa de la protección, la realización y la justiciabilidad de los derechos, en pro de honrar principios y valores esenciales como la dignidad humana y la justicia social.

En suma, el Estado constitucional y convencional no puede ni debe perder de vista su condición de Estado de justicia porque, como se ha puntualizado, “la justicia –y la justicia social muy especialmente– es el eje conformador de lo entitativo del Estado”⁸⁶.

Bibliografía

- ALEXY, Robert, “Prefacio”, *Teoría de la argumentación jurídica*, Madrid, CEPC, 2008.
- ATIENZA, Manuel, *Curso de argumentación jurídica*, Madrid, Trotta, 2013.
- BAZÁN, Víctor, “El imperativo preambular histórico de ‘afianzar la justicia’, su vigencia y algunos desafíos y exigencias que impone a la Corte Suprema de Justicia”, en AA.VV., *Homenaje al Sesquicentenario de la Constitución Nacional (1853-2003)*, Córdoba, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, 2003, pp. 303-336.

⁸⁵ Sobre este y otros temas relativos a los DESC, ver Víctor Bazán, “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.

⁸⁶ Consejo de Redacción, “Crisis económica y derechos sociales irreductibles. Valor de la dignidad humana como criterio para los derechos sociales”, Editorial, *Revista de Fomento Social*, núm. 68, 2013, p. 181.

- _____, “La Corte Suprema de Justicia argentina y la depuración de su competencia apelada por medio del control de constitucionalidad”, *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, núm. 5, 2006, pp. 257-287.
- _____, “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.
- _____, “Un desafío fundamental para el sistema interamericano de derechos humanos: la justiciabilidad directa de los derechos económicos, sociales y culturales”, *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, núm. 25, 2015, pp. 61-98.
- _____, “El control de convencionalidad como instrumento para proteger derechos esenciales y prevenir la responsabilidad internacional del Estado”, en *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, núm. 19, 2015, pp. 25-70.
- _____, “Los derechos sociales en épocas de emergencias y crisis económicas”, en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, núm. XXII, Bogotá, Fundación Konrad Adenauer, 2016, pp. 571-600.
- _____, *Control de las omisiones inconstitucionales e inconvencionales. Recorrido por el derecho y la jurisprudencia americanos y europeos*, Bogotá, Programa Estado de Derecho para Latinoamérica de la Fundación Konrad Adenauer y Ediciones Nueva Jurídica, 2017.
- BERMÚDEZ, Ismael, “Reparación histórica: ya ajustaron el haber de más de un millón de jubilados”, *Clarín*, Buenos Aires, 7 de mayo de 2017. Disponible en: https://www.clarin.com/ieco/economia/reparacion-historica-ajustaron-millon-jubilados_o_ry3DE76y-.html.
- COMANDUCCI, Paolo, “Democracia y derechos fundamentales”, *Hacia una teoría analítica del derecho. Ensayos escogidos*, Madrid, CEPC, 2010.
- CONSEJO DE REDACCIÓN, “Crisis económica y derechos sociales irreductibles. Valor de la dignidad humana como criterio para los derechos sociales”, *Revista de Fomento Social*, núm. 68, 2013, pp. 179-201.
- FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Madrid, Trotta, 1997.
- GARZÓN VALDÉS, Ernesto, “¿Cuál es la relevancia moral del concepto de dignidad humana?”, *Propuestas*, Madrid, Trotta, 2011.
- GUASTINI, Riccardo, “La ‘constitucionalización’ del ordenamiento jurídico: el caso italiano”, en Miguel CARBONELL (ed.), *Neoconstitucionalismo(s)*, Madrid, Trotta - Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, 2003.
- JÁUREGUI, Guillermo J. *et al.*, “La movilidad previsional legal y la movilidad judicial. Algunas incoherencias”, *Revista de Jubilaciones y Pensiones*. Disponible en: <http://www.rjyp.com.ar/jau128.html>.
- LAHERA PARADA, Eugenio, *Introducción a las políticas públicas*, “Breviarios”, Santiago de Chile, Fondo de Cultura Económica, 2004.

- LORENZETTI, Ricardo, “Salud mental, legislación y derechos humanos en Argentina”, en Hugo COHEN (comp.), *Salud mental y derechos humanos: vigencia de los estándares internacionales*, núm. 65, Buenos Aires, Organización Panamericana de la Salud, 2009.
- NINO, Carlos S. *La constitución de la democracia deliberativa*, Barcelona, Gedisa, 1997.
- SALVIA, Agustín (coord.), “Tiempo de balance: deudas sociales pendientes al final del bicentenario. Necesidad de atender las demandas del desarrollo humano con mayor equidad e inclusión social”, *Barómetro de la deuda social argentina*, Buenos Aires, Universidad Católica Argentina, Educa, 2016. Disponible en: <http://www.uca.edu.ar/uca/common/grupo68/files/2016-Observatorio-Barometro-Deuda-Social.pdf>.
- STANG, Silvia, “La sostenibilidad del sistema jubilatorio, un debate muy próximo”, *La Nación*, Buenos Aires, 6 de enero de 2017. Disponible en: <http://www.lanacion.com.ar/1973493-la-sostenibilidad-del-sistema-jubilatorio-un-debate-muy-proximo>

VOLVER A LA TABLA DE CONTENIDO

Rubén Cardoza Zúñiga* (México)

Los derechos de los pueblos indígenas y el derecho a un medio ambiente sano: derechos humanos considerados parcialmente en la reforma constitucional en materia energética en México

RESUMEN

En diciembre de 2013 fue aprobada la “reforma energética” en México; mediante la implementación de esta reforma se pretende obtener beneficios económicos, sin embargo, los costos sociales y medioambientales pueden ser muy altos, ya que tanto el medio ambiente como los intereses de los grupos indígenas son factores que han sido considerados de forma parcial en la implementación de la reforma energética, lo que implica que algunos derechos humanos relacionados con el medio ambiente y los grupos indígenas se encuentran en un estado de vulnerabilidad frente a las actividades económicas que el Estado mexicano pretende realizar a través de empresas particulares o empresas productivas del Estado.

Palabras clave: derechos de los pueblos indígenas, reforma energética en México, derecho a un medio ambiente sano.

ZUSAMMENFASSUNG

Im Dezember 2013 wurde die „Energiereform“ in Mexiko verabschiedet. Damit werden wirtschaftliche Vorteile erzielt, die jedoch sehr hohe Sozialkosten sowie Umweltschäden verursachen können. Denn sowohl die Umwelt als auch die Interessen der indigenen Völker werden bei der Implementierung der Energiereform nur teilweise berücksichtigt. Dies hat zur Folge, dass einige Menschenrechte, die auf die Umwelt und die indigenen Völker Bezug nehmen, durch die wirtschaftlichen Tätigkeiten,

* Profesor Investigador, Facultad de Ciencias Políticas y Administración Pública (UANL) (México). Posdoctorado, Tecnológico de Monterrey (México); doctor en Derecho, UANL (México), Investigador invitado, Instituto Max Planck de Derecho Internacional Público (Alemania). ruben.cardoza9512@gmail.com

die der mexikanische Staat mittels privater oder staatlicher Unternehmen vorhat, verletzt werden können.

Schlagwörter: Rechte der indigenen Völker, Energiereform in Mexiko, Recht auf eine gesunde Umwelt

SUMMARY

In December 2013, Mexico approved an “energy reform” that was intended to provide economic benefits. However, its social and environmental costs may be very high, since the environment and the interests of indigenous groups are factors that have been partially considered in the implementation of the energy reform, which means that some human rights related to the environment and indigenous groups are in a state of vulnerability with respect to the economic activities that the Mexican State seeks to carry out through private companies or productive State companies.

Key words: Rights of indigenous peoples, energy reform in Mexico, right to a healthy environment.

Introducción

En el año de 2013, el Gobierno Federal optó por realizar una serie de modificaciones en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (en adelante Constitución Mexicana), con la intención de introducir cambios en el desarrollo económico del Estado mexicano, enfocado en el sector energético, y con miras a mejorar el aprovechamiento y la administración de los recursos energéticos.

La reforma energética que se llevó a cabo en México en el año 2013 implicó reformar los artículos 25, 27 y 28 de la Constitución. Entre otras cosas, se pretendía la incorporación del sector privado para que participara en las actividades relacionadas con la explotación del petróleo, gas convencional y gas no convencional, considerando el uso de la fractura hidráulica para la extracción del gas lutita o gas *shale*, así como también incorporar a este mismo sector en las actividades relacionadas con la producción de energía eléctrica. Lo más alarmante de estas reformas son las acciones que se lleguen a tomar; según el Ejecutivo Federal, con dicha reforma se pretende modernizar el sector energético de México sin que exista la necesidad de la privatización de las empresas paraestatales¹ sino que, como se mencionó, se incorporen empresas privadas en actividades que hasta antes del año 2013 habían sido exclusivas del Estado mexicano.

Siguiendo con la tesis relacionada con la reforma energética, no solo se reformaron los artículos constitucionales mencionados, sino que se expidieron leyes

¹ Gobierno de la República, *Reforma energética*. Disponible en: <http://cdn.reformaenergetica.gob.mx/explicacion.pdf>

secundarias² y se reformaron leyes ya existentes que tenían injerencia directa en la reforma energética. Sin embargo, por la índole de esta reforma existe un impacto en el ámbito de los derechos humanos. Por un lado, existe un impacto sobre el medio ambiente y, por ende, sobre el derecho humano a un medio ambiente sano. Por otro lado, hay impacto en los derechos de los indígenas, reconocidos en el artículo 1 de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas.³

1. La reforma energética y el derecho humano a un medio ambiente sano

Primero, abordaremos el impacto ambiental de la reforma energética y su repercusión en el derecho humano a un medio ambiente sano. Para esto es necesario hacer referencia a la intención con la cual se lleva a cabo la reforma energética, considerando que el artículo 25 constitucional le otorga la potestad al Estado de ser el rector del desarrollo nacional, a través del fomento de esta manera el crecimiento económico, y la coordinación y orientación de la actividad económica nacional, así como también de llevar a cabo la regulación de esta materia.⁴

El Gobierno Federal emprendió la reforma energética, en donde se plantean aspectos estructurales y de fondo, con el objetivo de contar con un mayor abasto de energéticos a mejores precios; impulsar el desarrollo con responsabilidad social protegiendo al medio ambiente; atraer inversión al sector energético mexicano

² Ley de la Industria Eléctrica, Ley de Energía Geotérmica, Ley de Ingresos sobre Hidrocarburos, Ley del Fondo Mexicano del Petróleo para la Estabilización y el Desarrollo, Ley de los Órganos Reguladores Coordinados en Materia Energética, Ley de la Agencia Nacional de Seguridad Industrial y de Protección al Medio Ambiente del Sector Hidrocarburos, entre otras.

³ Naciones Unidas, Declaración de la sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, Doc. AG/RES/61/295, de 13 de septiembre de 2007. Artículo 1: "Los indígenas tienen derecho, como pueblos o como individuos, al disfrute pleno de todos los derechos humanos y las libertades fundamentales reconocidos en la Carta de las Naciones Unidas, la Declaración Universal de Derechos Humanos y las normas internacionales de derechos humanos".

⁴ Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, artículo 25: "Corresponde al Estado la rectoría del desarrollo nacional para garantizar que este sea integral y sustentable, que fortalezca la Soberanía de la Nación y su régimen democrático y que, mediante la competitividad, el fomento del crecimiento económico y el empleo y una más justa distribución del ingreso y la riqueza, permita el pleno ejercicio de la libertad y la dignidad de los individuos, grupos y clases sociales, cuya seguridad protege esta Constitución. La competitividad se entenderá como el conjunto de condiciones necesarias para generar un mayor crecimiento económico, promoviendo la inversión y la generación de empleo. El Estado planeará, conducirá, coordinará y orientará la actividad económica nacional, y llevará al cabo la regulación y fomento de las actividades que demande el interés general en el marco de libertades que otorga esta Constitución. Al desarrollo económico nacional concurrirán, con responsabilidad social, el sector público, el sector social y el sector privado, sin menoscabo de otras formas de actividad económica que contribuyan al desarrollo de la Nación".

para estimular el desarrollo del país; reducir los riesgos financieros, geológicos y ambientales en las actividades de exploración y extracción de petróleo y gas, lo que se vería reflejado en una reducción de las tarifas eléctricas y del gas, y en el precio de los alimentos, con tasas de restitución de reservas probadas de petróleo y gas, y un aumento en la producción de petróleo.⁵

Sin embargo, a pesar de que dentro de la reforma energética se menciona la protección del medio ambiente,⁶ así como la reducción de los riesgos para su afectación, estos lineamientos no se cumplen de manera puntual. Para empezar a abordar esta situación, es necesario hacer un breve análisis sobre el posible impacto ambiental.

Primeramente, se debe hacer énfasis en los artículos constitucionales que nos indican el compromiso del Estado mexicano para conservar el medio ambiente, así como los medios idóneos para la protección del mismo. En el artículo 4 de la Constitución mexicana podemos observar el reconocimiento del derecho humano del medio ambiente sano, cuando afirma que: “Artículo 4: [...] Toda persona tiene derecho a un medio ambiente sano para su desarrollo y bienestar. El Estado garantizará el respeto a este derecho. El daño y deterioro ambiental generará responsabilidad para quien lo provoque en términos de lo dispuesto por la ley”.

Lo expuesto en el artículo 4 constitucional señala que es el Estado el encargado de velar para que los seres humanos como individuos puedan gozar de un medio ambiente sano dentro del territorio nacional, esto implica que cualquier acción que se tome en materia energética debe estar acorde con lo señalado en los preceptos jurídicos mencionados en este artículo constitucional, es decir, que antes de realizar alguna acción se deben de tomar en cuenta las afectaciones al medio ambiente que se pudieran presentar conforme a la realización de dichas acciones. Ahora bien, uno de los párrafos del artículo 25 constitucional, que fue reformado conforme a los criterios de la reforma energética, fue el párrafo 7, en donde se presupone que se busca mantener un equilibrio entre los derechos económicos y el derecho al medio ambiente sano, al afirmar que:

Artículo 25: [...]

Bajo criterios de equidad social, productividad y *sustentabilidad*⁷ se apoyará e impulsará a las empresas de los sectores social y privado de la economía, sujetándolos a las modalidades que dicte el interés público y al uso, en beneficio general, de los recursos productivos, cuidando su conservación y el medio ambiente. (Énfasis agregado)⁸

⁵ Gobierno de la República, *op. cit.*, p. 4.

⁶ Victoria Ruiz Rincón, “Los pros y los contras de la reforma energética de acuerdo con el paradigma del desarrollo sustentable”, *RDU: Revista Digital Universitaria (UNAM)*, vol. 16, núm. 1, 2015, p. 4. Disponible en: <http://www.revista.unam.mx/vol.16/num1/arto8/arto8.pdf>

⁷ En la reforma constitucional de 2013 se agregó el concepto de sustentabilidad.

⁸ Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, artículo 27.

El párrafo 7 del artículo 25 Constitucional obedece también a criterios derivados de la Declaración de Estocolmo de 1972, en cuyo Principio 13 se enuncia lo siguiente:

Principio 13. A fin de lograr una más racional ordenación de los recursos y mejorar así las condiciones ambientales, los Estados deberían adoptar un enfoque integrado y coordinado de la planificación de su desarrollo, de modo que quede asegurada la compatibilidad del desarrollo con la necesidad de proteger y mejorar el medio ambiente humano en beneficio de su población.⁹

A *prima facie*, la reforma energética trata de que exista un equilibrio entre el desarrollo económico del Estado mexicano y la protección del medio ambiente, “impulsando el desarrollo con responsabilidad social”,¹⁰ tal y como lo mencionan los objetivos fundamentales que busca la reforma energética.¹¹ Para esto, el Estado mexicano tiene la obligación de emitir legislación que efectivamente proteja el medio ambiente, en este caso enfocada al sector energético tal y como lo menciona la Convención de Río de Janeiro:

Principio 11. Los Estados deberán promulgar leyes eficaces sobre el medio ambiente. Las normas, los objetivos de ordenación y las prioridades ambientales deberían reflejar el contexto ambiental y de desarrollo al que se aplican. Las normas aplicadas por algunos países pueden resultar inadecuadas y representar un costo social y económico injustificado para otros países, en particular los países en desarrollo.¹²

Lo que nos lleva a la revisión tanto de los artículos constitucionales reformados en materia energética, como de las leyes secundarias expedidas para reglamentar dicha reforma. Sobre todo para tener la certeza de que tanto las reformas constitucionales y toda la legislación reglamentaria de la misma se derivan en parte de los compromisos internacionales adquiridos por el Estado mexicano, mediante la firma de instrumentos jurídicos internacionales vinculantes, así como también instrumentos declarativos, que entran en la denominación de *soft law*, como es el caso de las declaraciones de Estocolmo y de Río.¹³

⁹ Declaración de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Humano, Principio 13.

¹⁰ Gobierno de la República, *op. cit.*, p. 3.

¹¹ *Ibid.*

¹² Declaración de Río, Principio 11.

¹³ El Estado Mexicano fue parte de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Humano que se celebró en Estocolmo en 1972, así como también de la Convención de las Naciones Unidas sobre Medio Ambiente y Desarrollo que se celebró en la Ciudad de Río de Janeiro, en 1992, en donde se adoptó la Declaración de Río sobre Medio Ambiente y Desarrollo. Véase, Franc Maes, “Los Principios de Derecho Ambiental, su naturaleza y sus relaciones

En el caso de la protección de los derechos humanos, como es el derecho humano a un medio ambiente sano, el Estado mexicano y sus agentes deben de aplicar aquella normativa que se enumera en los instrumentos jurídicos internacionales no vinculantes, como declaraciones, proclamas, normas uniformes, directrices y recomendaciones, sin que exista la implicación del desconocimiento u omisión del sistema jurídico nacional, así como tampoco la contraposición del principio de subsidiariedad de las normas supranacionales, según el cual la protección internacional de los derechos humanos es aplicable después de agotada la tutela interna,¹⁴ por lo que de acuerdo con la Suprema Corte de Justicia de la Nación (en adelante Suprema Corte), la consulta de directrices no vinculantes solo reporta efectos prácticos que provienen de las experiencias de los órganos internacionales encargados de la protección de los derechos fundamentales.

Según la doctrina mexicana, actualmente la *soft law* debe ser considerada por el Estado para que guíe y mejore las instituciones encargadas de garantizar el apego irrestricto a los derechos humanos.¹⁵ En dicha Tesis, la Suprema Corte hace alusión a la reforma constitucional de derechos humanos de 2011.¹⁶ Asimismo, también se debe de aplicar de manera irrestricta la jurisprudencia emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) de acuerdo con los criterios jurisprudenciales de la Suprema Corte.¹⁷

1.1. La fractura hidráulica o *fracking* y su impacto ambiental

La reforma energética se centra principalmente en la explotación de los hidrocarburos convencionales, como el petróleo, y no convencionales, como el gas lutita o gas *shale*; esto se observa en el documento que publicó la Presidencia de

con el derecho internacional marítimo. Un cambio para los legisladores nacionales”. *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, vol. VII, 2007, pp. 189-225. Disponible en: <http://www.redalyc.org/pdf/4027/402740622005.pdf>.

¹⁴ Suprema Corte de Justicia de la Nación, Tesis Aislada (Constitucional) XXVII, 3.º 6CS (10ª). Titulada: “*Soft law*”. Los criterios y directrices desarrollados por órganos internacionales encargados de la promoción y protección de los derechos fundamentales son útiles para que los Estados, en lo individual, guíen la práctica y mejoramiento de sus instituciones encargadas de vigilar, promover y garantizar el apego irrestricto a los derechos humanos (*Semanario judicial*, 25 de abril de 2014, 10ª Época).

¹⁵ *Ibid.*

¹⁶ En junio de 2011, la Constitución de los Estados Unidos Mexicanos se reformó, protegiendo los derechos humanos de los ciudadanos reconocidos por la Constitución y los tratados internacionales de los que el Estado mexicano sea parte.

¹⁷ Suprema Corte de Justicia de la Nación, Jurisprudencia P./J. 21/2014 (10ª), Titulada: “Jurisprudencia emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Es vinculante para los jueces mexicanos siempre que sea más favorable a la persona” (*Semanario Judicial*, 5 de abril de 2014, 10ª Época).

la República llamado Reforma Energética,¹⁸ apartado en el que se menciona el “Nuevo Modelo de producción de petróleo y gas natural”. A pesar de la referencia a estos hidrocarburos, en el documento se hace caso omiso de la explotación del gas *shale*, por lo que el pueblo de México se enfrenta a dos problemas: primero, a la desinformación sobre lo que implica la extracción del gas *shale*, y, segundo, al impacto ambiental que implica la utilización del *fracking* para su obtención.¹⁹

Sin embargo, debido a que estos métodos de explotación son relativamente nuevos,²⁰ no hay datos precisos estadísticos que indiquen los picos y declives de la producción, ni las técnicas de recuperación de los recursos; lo más alarmante del caso, y donde se atenta en contra del derecho humano de un ambiente sano, especialmente de las poblaciones que habitan las regiones donde se va a extraer el gas *shale*, son los potenciales efectos dañinos para el medio ambiente debido a los productos químicos empleados durante el proceso del *fracking*, que pueden contaminar los mantos freáticos y el agua potable, tanto superficial como subterránea, como se verá más adelante, lo que implica que se requieren evaluaciones de impacto ambiental y social, a la par de aquellos estudios geológicos y petrofísicos.²¹

En efecto, existe una preocupación sobre los posibles impactos ambientales por el uso de técnicas como el *fracking* en la extracción del gas *shale* debido principalmente a dos factores: 1) a los altos volúmenes de agua utilizados y 2) al uso de aditivos químicos.²² A pesar de que el volumen de agua llegue a ser moderado, el impacto que puede ocasionarse en el consumo humano puede ser alarmante y esto puede variar con respecto a las condiciones climáticas, ya que se han detectado yacimientos de *gas shale* en regiones húmedas y en regiones semiáridas,²³ y precisamente en estas últimas el agua no abunda. Durante el proceso del *fracking* se requieren grandes volúmenes de agua para enfriar y lubricar el cabezal de perforación y eliminar el lodo resultante; sin embargo, para realizar la fracturación hidráulica en sí se requiere

¹⁸ Gobierno de la República, *op. cit.*, pp. 3-4.

¹⁹ Greenpeace, “Fractura hidráulica para extraer gas natural (*fracking*)”, *Greenpeace*. Disponible en: http://www.greenpeace.org/espana/Global/espana/report/cambio_climatico/Fracking-GP_ESP.pdf

²⁰ Durante la década de los ochenta se empezó a implementar el *fracking* utilizando fluidos, pero hasta el año 2002 se empezó a utilizar la técnica basada en “la mancha de agua”, que consiste en el uso de agua tratada con aditivos (New York City Department of Environmental Conservation, “Chapter 5, Natural Gas Development and High-Volume Hydraulic Fracturing”, *Supplement Generic Environmental Impact Statement 2009*. Disponible en: http://www.dec.ny.gov/docs/materials_minerals_pdf/ogdsgeischap5.pdf, p. 5.

²¹ Javier H. Estrada, *Desarrollo del gas lutita (shale gas) y su impacto en el mercado energético de México: reflexiones para Centroamérica*, México, United Nations Press-Cepal, 2013, p. 79.

²² *Ibid.*, p. 37.

²³ *Ibid.*, p. 26.

10 veces más agua que la que se necesita para enfriar el cabezal,²⁴ como ejemplo, una empresa consume 17 millones de litros de agua en una perforación de *fracking*.

El problema no se centra solamente en el uso de grandes cantidades de agua, sino en el uso de las sustancias químicas utilizadas como aditivos en el proceso del *fracking*, ya que existen más de 750 tipos de químicos, y de muchos de ellos se desconocen sus propiedades y posibles efectos colaterales,²⁵ razón por la cual debe existir un recubrimiento de acero para aislar el pozo de formaciones circundantes. Se ha detectado que el uso de aditivos antibacterianos puede producir sulfuro de hidrógeno, gas tóxico que puede producir desde irritaciones oculares, hasta la muerte;²⁶ existen evidencias de efectos negativos en comunidades que han estado expuestas a niveles bajos en el medio ambiente.²⁷ Por su parte, en el 2010, el Ministerio de Ambiente y Vivienda y Desarrollo Territorial de Colombia emitió la Resolución 610 en la que se enuncian aquellas actividades industriales que deben ser objeto de vigilancia, como son la explotación de pozos petroleros y de gas natural, por ser generadoras de sulfuro de hidrógeno.²⁸

Algunos de los problemas que se han suscitado en el proceso del *fracking*, que tienen impacto medioambiental, son los siguientes:²⁹

- a) Hay dificultad para revestir y cementar los pozos, por lo que al haber revestimientos incorrectos existe el riesgo de fugas.
- b) Algunos de los trabajos de fracturación han provocado sismos.
- c) Afectación de la movilidad de sustancias naturales en el subsuelo como fluidos, gases, elementos radiactivos y materia orgánica.
- d) Las sustancias enumeradas en el inciso c) pueden llegar a tierra o aguas superficiales si las fracturas se extienden más allá de la formación objetivo, o pueden llegar a los acuíferos.
- e) No existe información fidedigna sobre las consecuencias del revestimiento de los pozos.
- f) Las fracturas provocadas pueden conducir a fracturas naturales creando vías subterráneas de contaminación de agua potable.

²⁴ *Ibid.*, p. 25.

²⁵ *Ibid.*, p. 28.

²⁶ Ministerio de Salud y Protección Social de la República de Colombia, *Lineamientos para la vigilancia sanitaria y ambiental del impacto de los olores ofensivos en la salud y calidad de vida de las comunidades expuestas en áreas urbanas*, 2012. Disponible en: <https://www.minsalud.gov.co/sites/rid/Lists/BibliotecaDigital/RIDE/VS/PP/SA/impacto-olores-ofensivos-salud.pdf>, pp. 53 a 56.

²⁷ Bates, M. N., Garrett, N. y Shoemack, P., "Investigation of health effects of hydrogen sulfide from a geothermal source", *Archives of Environmental Health*, vol. 5, núm. 57, 2002, p. 406.

²⁸ Ministerio de Salud y Protección Social de la República de Colombia, *op. cit.*, p. 25.

²⁹ Estrada, *op. cit.*, p. 36.

- g) Los productos utilizados en la fractura hidráulica son objetables por su contenido de agentes cancerígenos, por ser riesgosos para la salud humana y por ser peligrosos contaminantes del aire.

En diciembre de 2016, la US Environmental Protection Agency (EPA) emitió un informe denominado “Hydraulic fracturing for oil and gas: Impacts from the Hydraulic fracturing water cycle on drinking water”,³⁰ en donde se señalan los impactos del *fracking*.

En el aspecto ambiental, específicamente en la contaminación del agua, las conclusiones indicaron lo siguiente:

- a) Las extracciones de agua para uso en el *fracking* han provocado la disminución de los recursos hídricos, sobre todo en ciertas áreas de baja disponibilidad de agua o en ciertas épocas del año.
- b) Los derrames de fluidos, productos químicos, así como también de agua utilizada durante el proceso del *fracking* han producido grandes volúmenes con altas concentraciones de sustancias químicas que llegan a los recursos hídricos subterráneos.
- c) La inyección de fluidos en pozos de integridad mecánica inadecuada durante el proceso de *fracking* ha permitido que los gases o líquidos lleguen a aguas subterráneas.
- d) Descarga de aguas residuales inadecuadamente tratadas en los recursos hídricos superficiales.
- e) Almacenamiento o eliminación inadecuada de aguas residuales en pozos sin revestimiento adecuado provocan contaminación en aguas subterráneas.³¹

Para que exista ese equilibrio real entre el medio ambiente y el aprovechamiento de los recursos provenientes de hidrocarburos convencionales y no convencionales, el Estado mexicano debe enfocarse en estrictas regulaciones encaminadas a su aplicación durante todo el proceso de exploración y extracción, considerando todos los preceptos constitucionales en materia de derechos humanos como es el derecho humano a un medio ambiente sano, así como también aquellas normas de la misma materia que se encuentren en los tratados internacionales, dado que la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha determinado que las normas sobre derechos humanos contenidas en los tratados internacionales tienen rango constitucional.³²

³⁰ US Environmental Protection Agency (EPA), *Hydraulic Fracturing for Oil and Gas: Impacts from the Hydraulic Fracturing Water Cycle on Drinking Water*, 2016. Disponible en: https://www.epa.gov/sites/production/files/2016-12/documents/hfdwa_executive_summary.pdf, pp. 1-2.

³¹ *Ibid.*, p. 2.

³² Suprema Corte de Justicia de la Nación, Contradicción de Tesis 293/2011. Disponible en: <http://sjf.scjn.gob.mx/sjfsist/Paginas/DetalleGeneralScroll.aspx?id=24985&Clase=DetalleTesisEjecutorias>

2. La reforma energética y los derechos de los pueblos indígenas

Otro aspecto de significativo impacto que se dio con la aprobación de la reforma energética fue la afectación de algunos de los pueblos indígenas que se encuentran asentados en el territorio del Estado mexicano. En ciertos casos se hicieron algunas consultas públicas a algunos de los pueblos indígenas, sin embargo, a pesar de que se hicieron consultas públicas previas con la tribu yaqui³³ sobre la construcción de un gasoducto en el territorio de Guaymas,³⁴ y se obtuvo el documento denominado “Acta marco de consentimiento”,³⁵ cabe aclarar que esta consulta fue previa a la construcción de una obra relacionada con la reforma energética, por lo que nunca se hizo patente la realización de una consulta previa con los grupos indígenas sobre la reforma constitucional ni las leyes secundarias lo que afectó, entre otros, los derechos colectivos a la tierra, a los recursos naturales, a la libre determinación de los pueblos, a un medio ambiente sano, etc.;³⁶ asimismo, se omitieron algunos de los principios jurisprudenciales que enmarcan la consulta previa, reconocidos por la Corte IDH conforme a la práctica de los Estados y a la evolución del derecho internacional, como son: a) el carácter previo de la consulta; b) la buena fe y la finalidad de llegar a un acuerdo; c) la consulta adecuada y accesible; d) el estudio de impacto ambiental, y e) la consulta informada.³⁷

La magnitud de las zonas afectadas es de aproximadamente 4 millones 800 mil hectáreas, lo que afecta al menos 13 pueblos indígenas, como los pueblos chontal, totonaca y popoluca,³⁸ razón por la cual se presentaron demandas de amparo³⁹ contra la expedición del artículo 36, fracción 1, en relación con los artículos 4, 11,

³³ La tribu yaqui es la etnia más representativa del estado de Sonora, México; se estima que existe una población de 33.000 yaquis que se distribuyen en ocho pueblos con sus propios gobernantes. Disponible en: <http://www.sonora.gob.mx/conoce-sonora/cultura-sonorenses/etnias-en-sonora/yaquis/103-conoce-sonora/etnias.html>

³⁴ La Ciudad Heroica Guaymas de Zaragoza es una ciudad y un puerto importante del estado de Sonora, México; se ubica 135 kilómetros al sur de la capital estatal, Hermosillo.

³⁵ Secretaría de Energía, Gobierno de México, *Acta Marco de Consulta Previa, Libre e Informada con la Tribu Yaqui sobre la construcción y operación del Gasoducto Sonora segmento “Guaymas-El Oro”*, 2015. Disponible en: http://www.gob.mx/cms/uploads/attachment/file/161100/Anexo_3_-_Acta_Marco_Grupo_A..pdf

³⁶ Greenpeace, *Piden a CIDH incluir impactos de reforma energética en su informe de pueblos indígenas*, 2015. Disponible en: <http://www.greenpeace.org/mexico/es/Prensa1/2015/Marzo/Piden-a-CIDH-incluir-impactos-de-reforma-energetica-en-su-informe-de-pueblos-indigenas/>

³⁷ Corte IDH, Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador, Sentencia de 27 de junio de 2012, párrafo 178.

³⁸ Greenpeace, *op. cit.*

³⁹ Amparo 484/2014 y Amparo 483/2014.

96, 100, 101, 102 y 120 de la Ley de Hidrocarburos; sin embargo, un juez de Distrito sobreseyó las demandas de amparo.

En el artículo 2 constitucional se reconoce “la composición pluricultural sustentada originalmente en sus pueblos indígenas [...] y que conservan sus propias instituciones sociales económicas, culturales y políticas, o parte de ellas”, es decir que la misma Constitución reconoce al derecho de la libre determinación de los pueblos indígenas; esto significa que si existe la necesidad de crear un proyecto económico, ya sea por el Estado o por alguna entidad del sector privado, dentro del territorio donde se encuentren los asentamientos de las comunidades indígenas, se debe obtener el beneplácito de dichas comunidades, aun cuando los proyectos se basen en el artículo 25 constitucional, cuyo texto confirma que la rectoría del desarrollo nacional corresponde al Estado; sin embargo, en el mismo párrafo se menciona que se “permite el pleno ejercicio de la libertad y la dignidad de los individuos, grupos y clases sociales, cuya seguridad protege esta Constitución”. Por tanto, las comunidades indígenas tienen la facultad de velar, mediante los medios idóneos, por la conservación de sus tierras, tal y como lo establece el artículo 2, fracción A de la Constitución:

Artículo 2: [...]

- A. Esta Constitución reconoce y garantiza el derecho de los pueblos y las comunidades indígenas a la libre determinación y, en consecuencia, a la autonomía para:
[...]
- V. Conservar y mejorar el hábitat y preservar la integridad de sus tierras en los términos establecidos en esta Constitución.⁴⁰

En este sentido, las autoridades del Estado mexicano tienen la obligación de tener un acercamiento con las comunidades indígenas para que se pueda realizar una toma de decisiones en conjunto sobre todos aquellos proyectos económicos que pudieran afectarlos en su *modus vivendi*, en aras de la protección, el respeto y las garantías de los derechos de autonomía, así como también del derecho al acceso a los recursos naturales. Esto nos indica la obligación del Estado mexicano de realizar consultas previas a la realización de cualquier proyecto económico, en concordancia con lineamientos jurídicos internacionales, como lo es el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT).⁴¹

En el Convenio 169 se menciona la obligación de los gobiernos de aplicar cualquier acción administrativa o “legislativa” que afecte directamente a los pueblos indígenas, tal y como se observa a continuación:

⁴⁰ Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, artículo 2.

⁴¹ México ratificó el Convenio 169 de la OIT el 5 de septiembre de 1990.

Artículo 6:

1. Al aplicar las disposiciones del presente Convenio, los gobiernos deberán:
 - a) consultar a los pueblos interesados, mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente;
 [...]
2. Las consultas llevadas a cabo en aplicación de este Convenio deberán efectuarse de buena fe y de una manera apropiada a las circunstancias, con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas.⁴²

Sin embargo, las consultas que se deben de realizar a los grupos indígenas tienen un mayor impacto en lo que respecta a la reforma energética, ya que no solo implican la implementación de una medida legislativa *per se*, sino que los aspectos inmersos dentro la reforma energética tienen una especial connotación con respecto al Convenio 169 de la OIT.

En el Convenio 169 se hace énfasis en la protección especial de los derechos que tienen los pueblos sobre los recursos naturales en sus tierras, y por ende estos pueblos tienen el derecho de participar en la utilización, administración y conservación de los recursos;⁴³ esta protección se hace imperante al tratarse de la explotación de recursos que se encuentren en el subsuelo, como lo advierte el mismo Convenio 169 al mencionar que:

Artículo 15: [...]

2. En caso de que pertenezca al Estado la propiedad de los minerales o de los recursos del subsuelo, o tenga derechos sobre otros recursos existentes en las tierras, los gobiernos deberán establecer o mantener procedimientos con miras a consultar a los pueblos interesados, a fin de determinar si los intereses de esos pueblos serían perjudicados y en qué medida, antes de emprender o autorizar cualquier programa de prospección o explotación de los recursos existentes en sus tierras. Los pueblos interesados deberán participar siempre que sea posible en los beneficios que reporten tales actividades, y percibir una indemnización equitativa por cualquier daño que puedan sufrir como resultado de esas actividades.⁴⁴

Las consultas realizadas por parte del Gobierno a los grupos indígenas serían una muestra de cooperación entre ambos sectores, sobre todo si el Gobierno va a

⁴² Convenio 169 de la OIT, artículo 6, núm. 1-2.

⁴³ *Ibid.*, artículo 15, núm. 1.

⁴⁴ *Ibid.*, artículo 15, núm. 2.

realizar cualquier acción deliberada, como lo es la autorización para la utilización del *fracking*, con el objetivo de extraer el gas *shale*, ya que según el Convenio 169 se deben de tomar medidas en conjunto para proteger el medio ambiente de los territorios que habitan los pueblos interesados.⁴⁵ Cabe mencionar la obligación por parte del Gobierno de no implementar medida alguna que se contraponga a los deseos expresados por los pueblos interesados.⁴⁶

La falta de pruebas contundentes sobre la consulta previa que se debió haber realizado a los grupos indígenas con respecto a la legislación secundaria en materia energética se contrapone a lo establecido en el Convenio 169, así como también a la jurisprudencia de la Corte IDH, ya que se trata de una ley que afecta directamente a estos pueblos y a los territorios donde se encuentran asentados. La Corte IDH reconoce el derecho a la consulta pública de las comunidades y los pueblos indígenas, lo cual tiene su fundamento en el respeto a la cultura propia o identidad cultural, mismos que deben de ser reconocidos por una sociedad pluralista y democrática como es el Estado mexicano;⁴⁷ bajo este criterio jurisprudencial se debe tener en cuenta que el reconocimiento del derecho a la consulta es una de las garantías fundamentales que sirven para avalar la participación de los pueblos indígenas en las decisiones relativas a medidas que afecten sus derechos.⁴⁸ Asimismo, la omisión de las consultas previas a la aprobación de la reforma energética, así como las leyes accesorias a esta reforma, atenta con lo establecido en el artículo 19 de Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas: “Artículo 19. Los Estados celebrarán consultas y cooperarán de buena fe con los pueblos indígenas interesados por medio de sus instituciones representativas antes de adoptar y aplicar medidas legislativas o administrativas que los afecten, a fin de obtener su consentimiento libre previo e informado”.⁴⁹

⁴⁵ *Ibid.*, artículo 15, núm. 4.

⁴⁶ *Ibid.*, artículo 15, núm. 2.

⁴⁷ Constitución de los Estados Unidos Mexicanos, artículo 2: “La Nación Mexicana es única e indivisible. La Nación tiene una composición pluricultural sustentada originalmente en sus pueblos indígenas que son aquellos que descienden de poblaciones que habitaban en el territorio actual del país al iniciarse la colonización y que conservan sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas, o parte de ellas”.

⁴⁸ Corte IDH, Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador, Sentencia de 27 de junio de 2012, párrafos 159-160. Considerando lo establecido en la Tesis Jurisprudencial: P./J. 21/2014 (10a.), emitida por la Suprema Corte de Justicia de la Nación (de México), se establece que la Jurisprudencia emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos es vinculante para los jueces mexicanos siempre que sea más favorable a la persona, independientemente de que el Estado Mexicano haya sido parte en el litigio ante dicho tribunal.

⁴⁹ Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, artículo 19.

2.1. Los pueblos indígenas y el derecho a la propiedad privada

La necesidad de que exista una consulta previa en el caso de la reforma energética se basa, entre otras cosas, en el reconocimiento de la relación existente entre los pueblos indígenas y el territorio en el que habitan, por lo que es sumamente necesario para proteger el derecho a la propiedad del que estos pueblos gozan,⁵⁰ ya que existe la posibilidad de un desplazamiento a causa de la implementación de nuevos proyectos relacionados con la reforma en cuestión, lo que sería una contraposición a lo estipulado en el artículo 21 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Convención Americana), como se puede ver a continuación:

Artículo 21. Derecho a la Propiedad Privada

Toda persona tiene derecho al uso y goce de sus bienes. La ley puede subordinar tal uso y goce al interés social.

Ninguna persona puede ser privada de sus bienes, excepto mediante el pago de indemnización justa, por razones de utilidad pública o de interés social y en los casos y según las formas establecidas por la ley.⁵¹

Los principios *pro homine* y de universalidad han guiado a la Corte IDH a considerar una interpretación más acorde a los principios de progresividad, por lo que este órgano jurisdiccional ha manifestado en reiteradas ocasiones que la interpretación en función de los derechos indígenas debe darse en favor de la persona humana y nunca en sentido restrictivo.⁵² Esta situación nos advierte que lo que pretende la Corte al interpretar el derecho a la propiedad bajo el principio *pro homine* es evitar la inobservancia de derechos que se reconocen en el mismo tratado que se interpreta.

Bajo este criterio, es necesario hacer alusión a lo estipulado en el artículo 96 de la Ley de Hidrocarburos, una de las nuevas leyes secundarias emitidas con la reforma energética, la cual fue aprobada el 11 de agosto de 2014. En esta Ley se mencionan aspectos como el interés social y el orden público:

Artículo 96. La industria de hidrocarburos a que se refiere esta Ley es de utilidad pública. Procederá la constitución de servidumbres legales, o la ocupación o afectación superficial necesarias, para la realización de las actividades de la industria de Hidrocarburos, conforme a las disposiciones aplicables en los casos en los que la Nación lo requiera.

⁵⁰ Corte IDH, Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam, Sentencia del 28 de noviembre de 2007, párrafos 102 y 133.

⁵¹ Convención Americana de Derechos Humanos, Artículo 21.

⁵² Felipe Forero-Mantilla, "Conectividad: alcances del derecho a la propiedad aborigen y tribal en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos", *International Law, Revista Colombiana de Derecho Internacional*, núm. 16, 2010, p. 182.

Las actividades de Exploración y Extracción se consideran de interés social y orden público, por lo que tendrán preferencia sobre cualquier otra que implique el aprovechamiento de la superficie o del subsuelo de los terrenos afectos a aquellas.⁵³

En este artículo de la Ley de Hidrocarburos podemos ver que existe una predominancia del interés social y el orden público sobre cualquier otro asunto, incluyendo el referente al derecho a la propiedad privada consagrado en el artículo 21 de la Convención Americana; esto significa que las actividades de exploración y extracción, tanto de hidrocarburos como de gases convencionales y no convencionales, como es el caso del gas *shale*, tendrán preferencia sobre las actividades realizadas por cualquier grupo indígena que se encuentre asentado en zonas donde se realicen las actividades mencionadas.

Al observar *prima facie* lo que se menciona en el artículo 21 de la Convención Americana y el artículo 96 de la Ley de Hidrocarburos, se podría concluir que tienen un significado idéntico, sin embargo, no podemos dejar a un lado los criterios jurisprudenciales de la Corte IDH con respecto al concepto de interés social; primero, la Corte IDH considera que los tratados internacionales en materia de derechos humanos “tienen sentido autónomo, por lo que no pueden ser equiparados al sentido que se les atribuye en el derecho interno”;⁵⁴ asimismo, menciona la adecuación de la interpretación de los tratados internacionales en materia de derechos humanos conforme a las necesidades relacionadas con la evolución de los tiempos, así como también con las condiciones de vida que imperan en la actualidad.⁵⁵

Por otra parte, se debe considerar lo enunciado en el artículo 29 de la Convención Americana:

Artículo 29. Normas de Interpretación

Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de:

- a) permitir a alguno de los Estados Partes, grupo o persona, suprimir el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Convención o limitarlos en mayor medida que la prevista en ella;
- b) limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados Partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados.⁵⁶

⁵³ Ley de Hidrocarburos, artículo 96.

⁵⁴ Corte IDH, Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awás Tingni vs. Nicaragua, Sentencia de 31 de agosto de 2001, párrafo 146.

⁵⁵ *Idem*.

⁵⁶ Convención Americana de Derechos Humanos, artículo 29.

Limitar el derecho a la propiedad privada en función de una ley secundaria es una acción de carácter opuesto a lo reconocido en el principio *pro homine*, es decir que de conformidad con la prohibición de la interpretación restrictiva de los derechos humanos, aunado al principio de progresividad interpretativa, así como también otro tipo de normas interpretativas respecto al artículo 29, inciso b) de la Convención Americana, la Corte IDH se pronunció con respecto al artículo 21 de la Convención Americana de la siguiente manera: “esta Corte considera que el artículo 21 de la Convención protege el derecho a la propiedad en un sentido que comprende, entre otros, los derechos de los miembros de las comunidades indígenas en el marco de la propiedad comunal”.⁵⁷

El derecho a la propiedad de las comunidades indígenas también es reconocido en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos:

Artículo 2: [...]

A. Esta Constitución reconoce y garantiza el derecho de los pueblos y las comunidades indígenas a la libre determinación y, en consecuencia, a la autonomía para:

[...]

VI. Acceder, con respeto a las formas y modalidades de propiedad y tenencia de la tierra establecidas en esta Constitución y a las leyes de la materia, así como a los derechos adquiridos por terceros o por integrantes de la comunidad, al uso y disfrute preferente de los recursos naturales de los lugares que habitan y ocupan las comunidades, salvo aquellos que corresponden a las áreas estratégicas, en términos de esta Constitución. Para estos efectos las comunidades podrán asociarse en términos de ley.⁵⁸

La trascendencia de la propiedad privada para las comunidades indígenas va más allá del mero sentido material, ya que para estas hay un fuerte lazo sobre una forma comunal de la propiedad colectiva de la tierra, por tanto, la pertenencia de la tierra no se centra en el individuo en sí, sino en la comunidad indígena de la que el individuo es parte. Esto significa que los indígenas, por el simple hecho de su existencia, tienen el derecho de vivir libremente en sus territorios, ya que la interacción entre ellos y la tierra que habitan tiene una connotación religiosa y espiritual y, por tanto, la tierra es una parte fundamental de su cultura. Bajo este criterio, la Corte IDH ha concluido que para los indígenas “la tierra no es meramente una cuestión de posesión y producción sino un elemento material y espiritual del que deben gozar plenamente, inclusive para preservar su legado cultural y transmitirlo a las generaciones futuras”.⁵⁹

⁵⁷ *Ibid.*, párrafo 148.

⁵⁸ Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, artículo 2.

⁵⁹ Corte IDH, Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awás Tingni vs. Nicaragua, Sentencia de 31 de agosto de 2001, párrafo 149.

Como se menciona en el párrafo anterior, la protección del derecho a la propiedad en las comunidades indígenas conforme a los criterios establecidos en el artículo 21 de la Convención Americana es de suma trascendencia, ya que la conexión que existe entre los integrantes de los pueblos indígenas y tribales con su territorio es necesaria para garantizar su supervivencia.⁶⁰

Estos criterios adoptados por la Corte IDH tienen una relación intrínseca con los artículos 13 y 14 del Convenio 169 de la OIT:

Artículo 13

1. Al aplicar las disposiciones de esta parte del Convenio, los gobiernos deberán respetar la importancia especial que para las culturas y valores espirituales de los pueblos interesados reviste su relación con las tierras o territorios, o con ambos, según los casos, que ocupan o utilizan de alguna otra manera, y en particular los aspectos colectivos de esa relación.

Artículo 14

1. Deberá reconocerse a los pueblos interesados el derecho de propiedad y de posesión sobre las tierras que tradicionalmente ocupan. Además, en los casos apropiados, deberán tomarse medidas para salvaguardar el derecho de los pueblos interesados a utilizar tierras que no estén exclusivamente ocupadas por ellos, pero a las que hayan tenido tradicionalmente acceso para sus actividades tradicionales y de subsistencia. A este respecto, deberá prestarse particular atención a la situación de los pueblos nómadas y de los agricultores itinerantes.
2. Los gobiernos deberán tomar las medidas que sean necesarias para determinar las tierras que los pueblos interesados ocupan tradicionalmente y garantizar la protección efectiva de sus derechos de propiedad y posesión.

La protección expresada, tanto en los artículos 13 y 14 del Convenio 169 como también en el artículo 21 de la Convención, busca garantizar la seguridad para el uso de los recursos naturales, así como la permanencia del estilo de vida de los grupos indígenas, lo que conlleva la supervivencia cultural y física de estos grupos.

3. Conclusiones

La reforma energética puede traer una serie de beneficios para la sociedad mexicana en general, sin embargo, hay que tener en claro que el beneficio económico nunca debe ser en detrimento del medio ambiente, así como tampoco de otros

⁶⁰ Corte IDH, Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador, Sentencia de 27 de junio de 2012, párrafo 146.

derechos humanos reconocidos por la Constitución y los tratados internacionales, por lo que es necesario hacer una revisión minuciosa y exhaustiva de la legislación secundaria para adecuarla a los parámetros internacionales en materia de derechos humanos y derechos medioambientales, a fin de evitar que haya un perjuicio en la salud de la población, y evitar la contaminación del medio ambiente, especialmente la del agua potable. Esto deriva en la creación de normas específicas sobre la extracción del gas *shale*, así como también una normativa en donde se especifiquen las cuestiones técnicas durante todo el proceso de su extracción, mismas que deberán ser ejecutadas de manera rígida, en pro de la protección del ambiente y de la salud de las personas que habitan en las inmediaciones de las zonas en donde se va a explorar y extraer dicho gas.

En cuanto al derecho de los pueblos indígenas, el Estado mexicano debe de ponderar entre el desarrollo económico que puede impulsar la reforma energética y los derechos de los pueblos indígenas, ya que si no obedece las garantías para estos pueblos, así como el respeto de los derechos humanos de los mismos, la situación puede llegar incluso hasta instancias internacionales, como pudiera ser la Corte IDH y tomarse medidas de acuerdo con la sentencia emitida por este órgano jurisdiccional. Por este motivo, al igual que en la cuestión ambiental, el Estado mexicano debe adecuar toda la normativa accesoria de la reforma energética según los parámetros jurídicos internacionales y la jurisprudencia de la Corte IDH en favor a los grupos indígenas que habitan las zonas de explotación de hidrocarburos convencionales y no convencionales.

Bibliografía

- US ENVIRONMENTAL PROTECTION AGENCY (EPA), *Hydraulic Fracturing for Oil and Gas: Impacts from the Hydraulic Fracturing Water Cycle on Drinking Water*, 2016. Disponible en: https://www.epa.gov/sites/production/files/2016-12/documents/hfdwa_executive_summary.pdf
- BATES, M. N. *et al.*, "Investigation of health effects of hydrogen sulfide from a geothermal source", *Archives of Environmental Health*, vol. 5, núm. 57, 2002, pp. 405-411.
- CONGRESO DE LA UNIÓN, Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, *Diario Oficial de la Federación*, 5 de febrero de 1917.
- _____, Ley de Hidrocarburos, *Diario Oficial de la Federación*, 15 de noviembre de 2014.
- ESTRADA, JAVIER H., *Desarrollo del gas lutita (shale gas) y su impacto en el mercado energético de México: reflexiones para Centroamérica*, México, United Nations Press-Cepal, 2013.
- GOBIERNO DE LA REPÚBLICA, *Reforma energética*. Disponible en: <http://cdn.reformaenergetica.gob.mx/explicacion.pdf>

- GREENPEACE, “Fractura hidráulica para extraer gas natural (*fracking*)”, *Greenpeace*. Disponible en: http://www.greenpeace.org/espana/Global/espana/report/cambio_climatico/Fracking-GP_ESP.pdf
- _____, *Piden a CIDH incluir impactos de reforma energética en su informe de pueblos indígenas*, 2015. Disponible en: <http://www.greenpeace.org/mexico/es/Prensa/2015/Marzo/Piden-a-CIDH-incluir-impactos-de-reforma-energetica-en-su-informe-de-pueblos-indigenas/>
- MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA, *Lineamientos para la vigilancia sanitaria y ambiental del impacto de los olores ofensivos en la salud y calidad de vida de las comunidades expuestas en áreas urbanas*, 2012. Disponible en: <https://www.minsalud.gov.co/sites/rid/Lists/BibliotecaDigital/RIDE/VS/PP/SA/impacto-olores-ofensivos-salud.pdf>
- NEW YORK CITY DEPARTMENT OF ENVIRONMENTAL CONSERVATION, “Chapter 5, Natural Gas Development and High-Volume Hydraulic Fracturing”, *Supplement Generic Environmental Impact Statement 2009*. Disponible en: http://www.dec.ny.gov/docs/materials_minerals_pdf/ogdsgeischap5.pdf
- ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS, Convención Americana sobre Derechos Humanos, 22 de noviembre de 1962.
- ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS, Declaración de Estocolmo sobre el Medio Ambiente Humano, 16 de junio de 1972.
- _____, Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, 14 de junio de 1992. Disponible en: http://www.unesco.org/education/pdf/RIO_S.PDF
- _____, Declaración de la Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas. Aprobada por la Asamblea General de la ONU, Doc. AG/RES/61/295, de 13 de septiembre de 2007.
- ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO (OIT), Convenio 169, 27 de junio de 1989.
- RUIZ RINCÓN, Victoria, “Los pros y los contras de la reforma energética de acuerdo con el paradigma del desarrollo sustentable”, *RDU: Revista Digital Universitaria (UNAM)*, vol. 16, núm. 1, 2015, pp. 1-16.
- SECRETARÍA DE ENERGÍA, GOBIERNO DE LA REPÚBLICA, *Acta Marco de Consulta Previa, Libre e Informada con la Tribu Yaqui sobre la construcción y operación del Gasoducto Sonora segmento “Guaymas-El Oro”*, 2015. Disponible en: http://www.gob.mx/cms/uploads/attachment/file/161100/Anexo_3_-_Acta_Marco_Grupo_A..pdf
- SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, Tesis Aislada (Constitucional) XXVII, 3.º 6CS (10ª), *Semanario Judicial*, 25 de abril de 2014, 10.ª Época.
- _____, Jurisprudencia P./J. 21/2014 (10ª), *Semanario Judicial*, 5 de abril de 2014, 10.ª Época.
- _____, Contradicción de Tesis 293/2011, *Semanario Judicial*, 5 de abril de 2014, 10.ª Época.

VOLVER A LA TABLA DE CONTENIDO

Maurício Gentil Monteiro* (Brasil)
Clara Cardoso Machado Jaborandy** (Brasil)

Democratização dos meios de comunicação como pressuposto do desenvolvimento econômico brasileiro: o caso da dívida pública

RESUMO

O presente artigo aborda a imprescindibilidade da democratização da mídia para o desenvolvimento econômico brasileiro a partir do estudo do caso da dívida pública e o seu tratamento orçamentário pelo Estado brasileiro. Analisa inicialmente a relação constituição/ordem econômica demonstrando as implicações dos direitos fundamentais no sistema econômico brasileiro, e a necessidade de democratizar a mídia para viabilizar o controle das escolhas orçamentárias e da forma de efetivação dos direitos sociais. Embora o pagamento dos juros e encargos da dívida pública represente os maiores montantes na previsão e execução orçamentárias, sendo bem mais elevados do que investimentos estratégicos na economia e em políticas públicas de atendimento de direitos sociais, o tema passa longe de efetiva problematização no debate público nacional, passando incólume pelo crivo democrático da cidadania, ficando ao largo do controle soberano do povo, como se não se tratasse de uma escolha política. O artigo analisa como esse processo ocorre no âmbito do tema da dívida pública e a inversão de prioridades orçamentárias, e percebe, a partir desse caso, a democratização da mídia social como medida de superação dos entraves ao desenvolvimento econômico brasileiro. Sua importância – ao problematizar a superação dos bloqueios ao projeto de desenvolvimento econômico nacional a partir do controle da mídia social (televisão e rádio), tendo por caso o tema da dívida pública

* Advogado, mestre em Direito pela UFC, doutorando em Direito Universidade Presbiteriana Mackenzie. Professor de direito constitucional de graduação e pós-graduação da UNIT, Conselheiro Federal da OAB, Presidente da Comissão de Estudos Constitucionais da OAB/SE. gentil@infonet.com.br

** Doutora e mestre em direito pela UFBA. Especialista em direito público pela UNIDERP. Professora do Programa de mestrado em direitos humanos da UNIT. Advogada e Vice-presidente da Comissão de Estudos Constitucionais da OAB/SE. claracardosomachado@gmail.com

– reside na concretização de direitos fundamentais. Para alcançar os resultados pretendidos se valerá de pesquisa bibliográfica e documental.

Palavras-chave: democratização dos meios de comunicação social, desenvolvimento econômico, dívida pública.

ZUSAMMENFASSUNG

Am Beispiel der brasilianischen Staatsverschuldung und ihrer Berücksichtigung im Staatshaushalt beschäftigt sich der vorliegende Beitrag mit der für die wirtschaftliche Entwicklung Brasiliens unverzichtbaren Demokratisierung der Medien. Zunächst untersucht er das Verhältnis von Verfassung und Wirtschaftsordnung, wobei er die Einwirkungen der Grundrechte auf das brasilianische Wirtschaftssystem aufzeigt, sowie die Notwendigkeit, die Medien zu demokratisieren, um eine Kontrolle der Haushaltsentscheidungen und der Mittel und Wege zur Realisierung der sozialen Rechte zu ermöglichen. Obwohl bei der Haushaltsplanung und im Vollzug die höchsten Ansätze auf Zinsen und Finanzierungskosten für die öffentlichen Schulden entfallen und diese sogar strategische Investitionen in der Wirtschaft oder für öffentliche Politiken zur Umsetzung sozialer Rechte übersteigen, ist das Thema weit von einer Problematisierung in der öffentlichen Debatte entfernt; als ob es sich nicht um eine politische Entscheidung handelte, ist es der demokratischen Bewertung durch die Bürger und der Kontrolle des Volkssouveräns entzogen. Der Artikel untersucht, wie sich dieser Prozess auf dem Gebiet der öffentlichen Schulden und der Umkehr von Haushaltsprioritäten vollzieht, und betrachtet vor diesem Hintergrund die Demokratisierung der sozialen Medien als Mittel zur Überwindung der Hindernisse für die brasilianische Wirtschaft. Deren Bedeutung – sie thematisiert, wie am Beispiel der Staatsverschuldung dargelegt, die Überwindung der Blockaden des nationalen Wirtschaftsentwicklungsprozesses mithilfe der Kontrolle der sozialen Medien (Fernsehen und Radio) – liegt in der Konkretisierung von Grundrechten. Zum Erreichen der beabsichtigten Ergebnisse stützt sich die Arbeit auf die Erhebung von Fachliteratur und Dokumenten.

Schlagwörter: Demokratisierung der Kommunikationsmedien, wirtschaftliche Entwicklung, Staatsverschuldung.

ABSTRACT

This article discusses the indispensability of democratization of the media for Brazilian economic development, based on the study of the case of public debt and its budgetary treatment by the Brazilian State. In order to do so, it initially analyzes the relation between constitution and economic order, demonstrating the implications of fundamental rights in the Brazilian economic system, as well as the need to democratize the media in order to make possible the control of budget choices and the way social rights are implemented. Although the payment of interest and public debt charges represent the highest amounts in budget forecasting and execution, being much higher than strategic investments in the economy and in public policies

for the fulfillment of social rights, the issue is far from being effectively problematized in the Public debate. Thus, the fact passes unchallenged to the democratic sieve of citizenship, staying out of the sovereign control of the people, as if it were not a political choice. The main objective of this article is to analyze how this process occurs in the scope of the public debt issue and the inversion of budgetary priorities and to perceive, from this case, the democratization of the social media as a measure to overcome the obstacles to Brazilian economic development. Its importance, in what concerns the overcoming of the blockades to the project of national economic development from the control of the social media (television and radio), taking into account the issue of public debt, lies in the realization of fundamental rights. In order to achieve the desired results, we will use bibliographical and documentary research.

Key words: Democratization of Media, Economic development, Public debt.

Introdução

O presente artigo pretende abordar a relação existente entre a ordem econômica brasileira e a concretização de direitos fundamentais sociais a partir da análise crítica do caso da dívida pública no Brasil com a percepção da necessidade de democratização dos meios de comunicação.

A excessiva influência que os meios de comunicação social de massa exercem no controle da agenda pública nacional e como essa influência tem sido um entrave ao desenvolvimento nacional, tomando como referência o caso da dívida pública e as alocações orçamentárias para o pagamento dos juros e encargos, em montantes muito superiores aos alocados para investimentos estratégicos na economia e em políticas públicas de atendimento de direitos sociais, é uma realidade brasileira que precisa de reflexão.

Com efeito, o tema da dívida pública é ignorado pelos grandes grupos empresariais que detêm as concessões dos meios de comunicação social de massa (televisão e rádio), a despeito de fazer parte oficialmente de projetos de leis orçamentárias anualmente enviados pelo Poder Executivo ao Congresso Nacional, de constar em leis anualmente aprovadas e em vigor, e de estar nos relatórios de execução orçamentária. Observa-se que os veículos de comunicação efetuam ampla cobertura dos debates e deliberações parlamentares e das ações governamentais – muitas vezes com viés crítico ao excesso de gastos e/ou desvio de prioridades e ao desperdício de recursos públicos com a “corrupção” (em sentido amplo, a significar apropriação do dinheiro público por particulares pelos mais diferentes métodos) –, deixando de lado o importante debate da dívida pública.¹

¹ Maria Lúcia Fattorelli, *Auditoria Cidadã da Dívida*, Entrevista com Maria Lúcia Fattorelli. Disponível em <http://www.auditoriacidada.org.br/a-divida-e-o-no-que-amarra-o-brasil-e>

O objetivo central desse artigo é analisar como esse processo ocorre e perceber, a partir desse caso, a democratização dos meios de comunicação social como medida de superação dos entraves ao desenvolvimento econômico brasileiro, que problematizam a superação dos bloqueios ao projeto de desenvolvimento econômico nacional.

Para o alcance deste desiderato, o artigo abordará inicialmente a relação entre direitos fundamentais e ordem econômica, a fim de demonstrar a interferência do modelo econômico na implementação de direitos fundamentais sociais. Após, tratará do planejamento orçamentário como instrumento de ação política e de concretização de direitos fundamentais sociais, seguido do tema da dívida pública com a ausência de abordagem pelos meios de comunicação social. Ao final, demonstrar-se-á a importância da democratização dos meios de comunicação social para o controle das escolhas políticas e a efetivação de direitos sociais.

1. Relacionamento entre modelo econômico e a efetivação de direitos fundamentais sociais

A relação entre o modelo econômico instituído constitucionalmente e a implementação de direitos fundamentais é realidade inafastável. Decerto, a efetivação de direitos fundamentais não pressupõe, apenas, existência de uma base normativa, mas, principalmente, condições materiais e financeiras que dependem do modelo econômico adotado.

Em um contexto de profundo dismantelamento do Estado interventor e de ascensão do pensamento neoliberal, pensar no Estado como agente produtor-realizador de direitos sociais através de políticas públicas é um desafio enfrentado pelos Estados Sociais Democráticos da contemporaneidade, a exemplo do Brasil.

Ainda que se vislumbre certa incongruência com o contexto neoliberal globalizado, não se pode ignorar que sociedades economicamente deficitárias e semiperiféricas, qual ocorre com o Brasil, não acompanham com a mesma intensidade a política econômica de países desenvolvidos.

A forma de ingerência estatal na sociedade se relaciona com o perfil inscrito na Constituição de cada Estado. A Constituição da República Federativa do Brasil de outubro de 1988, por exemplo, não permite que a visão neoliberal seja implementada de maneira absoluta na economia, sob pena de desvirtuar valores constitucionais basilares do Estado Democrático, destinados a assegurar, entre outros, o desenvolvimento e o bem-estar da sociedade.

Registre-se, todavia, que, independentemente do tipo de política governamental adotado, em qualquer Estado Democrático é de fundamental importância a existência de um arcabouço jurídico-legal-institucional capaz de permitir o controle e

-e-a-principal-responsavel-pelo-cenario-de-escassez-maria-lucia-fattorelli/. Acesso em 28 de agosto 2017.

a implementação das políticas públicas.² Portanto, mesmo nos Estados neoliberais democráticos deve haver uma estrutura mínima para elaboração das políticas indispensáveis à existência do ser humano.

Feita esta ressalva, importa apreender com clareza a concepção do modelo econômico adotado pelo Brasil, que destaca desenvolvimento e bem-estar social como finalidades. A partir daí pode-se alcançar o delineamento das formas de produção de políticas públicas e demonstrar a importância da eficiência de seus resultados para legitimar o poder interventor da Administração Pública.

Quando a Constituição ordena a garantia do desenvolvimento nacional como objetivo fundamental da República (art. 3º, II),³ infere-se que o Estado deve tomar todas as medidas necessárias para elevar o nível social, econômico e cultural da sociedade.

Não obstante a complexidade de se fixar um conceito para desenvolvimento, com espreque nas lições de Eros Roberto Grau se infere que o referido fenômeno agrega tanto aspectos econômicos (quantitativos) quanto aspectos sociais (qualitativos). Diante disto, “a ideia de desenvolvimento supõe dinâmicas mutações e importa em que se esteja a realizar, na sociedade por ela abrangida, um processo de mobilidade social contínuo e intermitente”.⁴

Armatya Sen,⁵ em obra fundamental para compreender a concepção adequada de desenvolvimento, preconiza que “o desenvolvimento tem que estar relacionado, sobretudo, com a melhoria de vida que levamos e das liberdades que desfrutamos”. Logo, deve-se enxergar além do crescimento econômico (aspecto quantitativo) e perceber que o exercício da liberdade fática⁶ ou, na perspectiva de Armatya Sen, a possibilidade de desempenhar as capacidades humanas,⁷ também é reflexo do desenvolvimento (aspecto qualitativo). Observe-se que esta liberdade será concretizada por meio da realização de políticas públicas.

Diante do paradigma do constitucionalismo contemporâneo, indefectível reconhecer que o ser humano deve ocupar o centro do processo de desenvolvimento e ser principal beneficiário deste. Assim, o objetivo do desenvolvimento se traduz na plena realização do homem, em vez de apenas na multiplicação de bens. Por isso,

² Alcindo Gonçalves, Políticas públicas e a ciência política, em *Políticas Públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*, Maria Paula Dallari Bucci (org.), São Paulo, Saraiva, 2006

³ Além do art. 3º, II, o direito ao desenvolvimento está inscrito no art. 174, § 1º (princípio geral da atividade econômica), no art. 192 (diretriz do sistema financeiro nacional) e no Preâmbulo da Constituição Federal.

⁴ Eros Roberto Grau, *A ordem econômica na Constituição de 1988: interpretação e crítica*, 2 ed., São Paulo, editora Revista dos Tribunais, 1991, p. 234.

⁵ Amartya Sen, *Desenvolvimento como liberdade*, 8ª reimpressão, Trad. Laura Teixeira Motta, São Paulo, Companhia das letras, 2000, p. 29.

⁶ Os direitos fundamentais sociais asseguram a liberdade fática. Ver Robert Alexi, *Teoria dos Direitos Fundamentais*, São Paulo, Malheiros, 2008, p. 499.

⁷ Amartya Sen, *Desenvolvimento como liberdade*, 8ª reimpressão, Trad. Laura Teixeira Motta, São Paulo, Companhia das letras, 2000, p. 32.

propugna-se um Estado do desenvolvimento para o bem-estar social. Ou seja, Estado que intervém na economia e na sociedade para realizar a justiça social, regulando-a tanto na sua produção quanto na sua distribuição.

2. O planejamento orçamentário como instrumento de ação política e de concretização de direitos fundamentais sociais

A Constituição de 1988 dedica um título ao cuidado da tributação e do orçamento (Título VI). O detalhamento dos princípios e regras sobre orçamento ocupa toda a seção II desse título (arts. 165 a 169).

A estimativa da receita e a fixação da despesa são elementos essenciais da atuação do Estado. O planejamento orçamentário, a abranger o Plano Plurianual (PPA), a Lei de Diretrizes Orçamentárias (LDO) e a Lei Orçamentária Anual (LOA), se deve dar sob controle democrático da sociedade para atender aos objetivos fundamentais da República, dentre os quais se destaca o de “garantir o desenvolvimento nacional” (art. 3º, inciso II da Constituição).

Carlos Otávio Ferreira de Almeida⁸ explica a previsão constitucional do planejamento orçamentário como um todo integrado e articulado:

Embora formalmente sejam leis de mesma hierarquia – leis ordinárias –, o próprio planejamento da ação governamental exige que a vinculação entre elas obedeça a uma lógica sistêmica que privilegia o PPA, já que cabe a este estabelecer, de forma regionalizada, as diretrizes, objetivos e metas da administração pública federal para as *despesas de capital* e outras dela decorrentes e para as relativas aos *programas de duração continuada*. Portanto, o PPA pode ser entendido como um instrumento estratégico de longo prazo, determinando o rumo da política de *investimentos* e programas que perpassem mais de um exercício financeiro.

Como a aproximação entre os objetivos do PPA e os efetivos custos para realizá-los são de difícil estimativa, a LDO faz o elo entre o PPA e a LOA, compreendendo, basicamente, as metas e prioridades da administração pública federal, incluindo as despesas de capital, para o exercício financeiro subsequente, vindo, desta forma, a orientar a elaboração da LOA. Na prática, deve a LDO dividir as metas fixadas no PPA para a sua concretização anual, confrontando disponibilidade de recursos e prioridades.

⁸ Carlos Otávio Ferreira de Almeida, O planejamento financeiro responsável: boa governança e desenvolvimento no Estado contemporâneo, em José Mauricio Conti e Fernando Facury Scaff (coord.), *Orçamentos públicos e Direito Financeiro*, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 583-584.

À LOA cabe concretizar, realizando as despesas fixadas para o exercício, metas e objetivos selecionados pela LDO, conforme previsão no PPA, de acordo com o ingresso das receitas nos cofres públicos. A LOA conterá o orçamento fiscal, o orçamento de investimento das empresas e o orçamento da seguridade social (destaques no original).

É no planejamento orçamentário que se consegue verificar o caráter ideológico e programático da concreta atuação estatal, a partir das prioridades estabelecidas na fixação das despesas e na sua execução.

E é nesse contexto que se insere o problema da dívida pública brasileira, cujo tratamento pelo planejamento orçamentário, no Brasil,⁹ tem se apresentado como obstáculo quase intransponível à concretização do projeto constitucional de desenvolvimento e de superação das desigualdades.¹⁰

3. A dívida pública

3.1. A dívida pública e o estado a serviço do capitalismo

Qualquer abordagem mais precisa e aprofundada do capitalismo – não aquelas de viés ideológico liberal ou neoliberal – capta a essencialidade do Estado para a promoção e defesa do capitalismo.

Como bem explica Alessandro Octaviani, “O Estado está no centro do processo histórico de formação do capitalismo e continua sua função, mesmo depois, na fase em que a lógica de acumulação pode desprender-se dos fatores que lhe possibilitaram a existência”.¹¹

Não é diferente o que sucede com a dívida pública:

⁹ O problema não se apresenta apenas no Brasil, mas em diversos países subdesenvolvidos ou periféricos do sistema capitalista mundial, incluindo países europeus, dos quais é exemplo dramático a Grécia.

¹⁰ Alessandro Octaviani é preciso ao afirmar que “A condição do subdesenvolvimento de um país é caracterizada por dois elementos principais: a incapacidade de autogestão econômica e a disparidade de condições de vida entre suas classes e setores sociais. Superá-las demanda capacidade de execução das metas planejadas, elaboradas em contexto de conflito político e econômico, entre classes e setores sociais e estruturas nacionais concorrentes”. Alessandro Octaviani, A bênção de Hamilton na semiperiferia: ordem econômico-social e os juros da dívida pública interna, em José Mauricio Conti e Fernando Facury Scaff (coord.), *Orçamentos públicos e Direito Financeiro*, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 1184.

¹¹ Alessandro Octaviani, A bênção de Hamilton na semiperiferia: ordem econômico-social e os juros da dívida pública interna, em José Mauricio Conti e Fernando Facury Scaff (coord.), *Orçamentos Públicos e Direito Financeiro*, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 1192.

Essa bênção para a contínua expansão do capital enquanto relação social capaz de subordinar todas as demais relações sociais, fundada na indústria, cujo fulcro é a extração da mais-valia, foi identificada por Marx como um dos elementos da fase da acumulação primitiva. Mas a dívida pública continuou a cumprir seu papel ao longo do tempo. É dizer: a dívida pública é a base histórica e ao mesmo tempo parte da lógica presente da acumulação do capital. “O sistema de crédito público, isto é, as dívidas do Estado, cujas origens encontramos em Gênova e Veneza já na Idade Média, apoderou-se de toda a Europa durante o período manufatureiro. O sistema colonial com seu comércio marítimo e suas guerras comerciais serviu-lhe de estufa. Assim, ele se consolidou primeiramente na Holanda. A dívida do Estado, isto é, a alienação do Estado – se despótico, constitucional ou republicano – imprime sua marca sobre a era capitalista. (...) O crédito público torna-se o credo do capital. E com o surgimento do endividamento do Estado, o lugar do pecado contra o Espírito Santo, para o qual não há perdão, é ocupado pela falta de fé na dívida do Estado. A dívida pública torna-se uma das mais enérgicas alavancas da acumulação primitiva. Tal como o toque de uma varinha mágica, ela dota o dinheiro improdutivo de força criadora e o transforma, desse modo, em capital, sem que tenha necessidade para tanto de se expor ao esforço e perigo inseparáveis da aplicação industrial e mesmo usurária. Os credores do Estado, na realidade, não dão nada, pois a soma emprestada é convertida em títulos da dívida pública, facilmente transferíveis, que continuam a funcionar em suas mãos como se fossem a mesma quantidade de dinheiro sonante. (...) Com as dívidas do Estado surgiu um sistema internacional de crédito, que frequentemente oculta uma das fontes de acumulação primitiva neste ou naquele povo. Assim, as vilezas do sistema veneziano de rapina constituem uma das tais bases ocultas da riqueza de capital da Holanda, à qual a decadente Veneza emprestou grandes somas em dinheiro. O mesmo passou-se entre a Holanda e a Inglaterra. Já no início do século XVIII, as manufaturas da Holanda estavam basicamente ultrapassadas e ela havia cessado de ser nação dominante do comércio e da indústria. Um de seus principais negócios de 1701 a 1776 torna-se, por isso, emprestar enormes capitais, especialmente a seu poderoso concorrente, a Inglaterra. Uma relação análoga existe hoje entre a Inglaterra e os Estados Unidos. Muito capital que aparece hoje nos Estados Unidos, sem certidão de nascimento, é sangue infantil ainda ontem capitalizado na Inglaterra. Como a dívida do Estado se respalda nas receitas do Estado, que precisam cobrir os juros e demais pagamentos anuais, o moderno sistema tributário tornou-se um complemento necessário do sistema de empréstimos nacionais. Os empréstimos capacitam o governo a enfrentar despesas extraordinárias, sem que o contribuinte o sinta imediatamente, mas exigem, ainda assim, como consequência, elevação de impostos. Por outro lado, o aumento de impostos causado pela acumulação de dívidas contraídas sucessivamente

força o governo a tomar sempre novos empréstimos para fazer face a novos gastos extraordinários. O regime fiscal moderno, cujo eixo é constituído pelos impostos sobre os meios de subsistência mais necessários (portanto encarecendo-os), traz em si mesmo o germe da progressão automática.¹²

É nesse contexto da dívida pública como instrumento do Estado a serviço do capitalismo e da acumulação de riqueza que deve ser analisado o tratamento orçamentário e financeiro da dívida pública brasileira e do pagamento de juros e encargos.

3.2. O mecanismo da dívida pública na economia nacional

A centralidade da dívida pública¹³ também comparece no mercado financeiro contemporâneo, e assim é operada no contexto da economia interna.

Octaviani bem aponta que “O mercado financeiro nacional afirma enxergar na garantia do Estado dois elementos de incentivo à aquisição dos títulos: ausência de risco de crédito e ininterrupta demanda”.¹⁴

Essa afirmação é extraída de relato muito significativo – e insuspeito – da Associação Nacional das Instituições do Mercado Financeiro:

¹² Karl Marx, A assim chamada acumulação primitiva. O capital, 3 ed., Trad. Regis Barbosa e Flavio Kothe, São Paulo, Nova Cultural, 1988, vol. 1, t. II, Livro Primeiro, p. 278-279. Apud Alessandro Octaviani, A bênção de Hamilton na semiperiferia: ordem econômico-social e os juros da dívida pública interna, em José Mauricio Conti e Fernando Facury Scaff, (coord.), *Orçamentos Públicos e Direito Financeiro*, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2011, pp. 1191-1192.

¹³ Dívida pública é “o conjunto de obrigações de natureza financeira assumidas pelo Poder Público. Contrai-se dívida pública mediante a celebração de operações de crédito. Operação de crédito é toda e qualquer obrigação decorrente de financiamento ou empréstimos, inclusive arrendamento mercantil, e a concessão de qualquer garantia, que representem compromissos assumidos com credores situados no País ou no exterior (RSF 11/1994, art. 1º, § 1º)” (José Mauricio Conti, *Direito Financeiro na Constituição de 1988*, São Paulo, Oliveira Mendes, 1998, p. 70). À abordagem do presente artigo, contudo, interessa especificamente a dívida mobiliária, definida no art. 29, inciso II da Lei Complementar nº 101/2000 (“Lei de Responsabilidade Fiscal”) como “dívida pública representada por títulos emitidos pela União, inclusive os do Banco Central do Brasil, Estados e Municípios”, que são “documentos contendo promessa de pagamento futuro, com a finalidade de obter recursos destinados a atingir suas finalidades” (e que constituem “[...] uma forma de transferência massiva de renda de baixo pra cima na sociedade brasileira”. Alessandro Octaviani, A bênção de Hamilton na semiperiferia: ordem econômico-social e os juros da dívida pública interna, em José Mauricio Conti e Fernando Facury Scaff (coord.), *Orçamentos Públicos e Direito Financeiro*, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 1194

¹⁴ Alessandro Octaviani, A bênção de Hamilton na semiperiferia: ordem econômico-social e os juros da dívida pública interna, em José Mauricio Conti e Fernando Facury Scaff (coord.), *Orçamentos Públicos e Direito Financeiro*, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2011.

Títulos da dívida pública são ativos financeiros e, assim, avaliados pelo mercado de acordo com critérios semelhantes aos aplicados a qualquer outro tipo de investimento. Deste ponto de vista, encontra compradores sempre que oferecem combinações risco/retorno julgadas atraentes pelos investidores. Sua característica essencial, quando denominados em moeda local, é a ausência do risco de crédito. Os papéis têm plena garantia e crédito do Tesouro Nacional, que, por sua vez, se apoia no poder de taxaço e de emissão de moeda detidos pelo governo federal (...). À exceção de países onde a credibilidade do governo tenha sido corroída a ponto de o pleno crédito do Tesouro ter perdido seu apelo, títulos da dívida pública exibem várias características que, de partida, lhes garantem elevado grau de liquidez. A ausência de risco de crédito tende a atrair a atenção de segmentos importantes da população, inclusive grupos que normalmente não participariam de mercados privados, por desconhecimento de seu funcionamento ou desconfiança de suas instituições. Governos geralmente gozam de grandes vantagens em termos de reputação, enraizadas na percepção, ainda que difusa, de seus poderes de mobilização de recursos. A ideia de que representam a sociedade, em vez de interesses particulares, tranquiliza os segmentos da população que temem a manipulação do mercado por agentes mais poderosos. (...) Na realidade, os títulos públicos desfrutam de uma vantagem ainda mais decisiva quando se trata de liquidez: o tamanho da demanda do Estado por recursos, que contribui para criar mercados amplos e profundos. A amplitude do mercado assegura que a qualquer momento haverá um nível elevado de negociação com esses papéis, reduzindo de forma expressiva a probabilidade de que um aplicador, desejando vender seus títulos, se depare com um mercado ‘seco’..

Fábio Bueno aponta como a dívida externa brasileira foi transformada em dívida interna, desmistificando a ideia ufanista transmitida pelo Governo Federal de que o Brasil deixara de ter problemas com a dívida:¹⁵

Tomando-se como referência o conceito de Dívida Líquida do Setor Público (DLSP), constatamos que a dívida pública brasileira saltou de US\$144 bi, em 1991, para US\$428 bi, em 2005. Este extraordinário crescimento é derivado da constante elevação da dívida interna. A dívida externa cai de US \$91 bilhões, em 1991, para apenas US\$21 bi em 2005. Sua trajetória é marcada pela brusca elevação de patamar em 1998, devido ao programa de ajuda do

¹⁵ Fábio Bueno, Notas sobre a dívida pública no novo período de acumulação brasileiro, Revista Espaço Acadêmico, N. 74, ano VII, Jul 2007. Apud Alessandro Octaviani, A bênção de Hamilton na semiperiferia: ordem econômico-social e os juros da dívida pública interna, em José Mauricio Conti e Fernando Facury Scaff (coord.), *Orçamentos Públicos e Direito Financeiro*, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 1197.

FMI, e pela diminuição em 2005 com o pagamento antecipado do mesmo. Já a dívida interna, salta de US\$53 bilhões, em 1991, para nada menos que US\$407 bilhões em 2005.).

A verdade é que o aumento exponencial da dívida pública (com o disfarce de quitação da dívida externa, porém transformando-a em dívida interna) resultou de uma deliberada ação política, como bem pontua Alessandro Octaviani:¹⁶

No centro operacional desse aumento explosivo reside a mutação de sua composição, que passa a caracterizar-se majoritariamente pelos títulos públicos, sendo que o controle do principal indexador dos juros (a taxa Selic) esteve por 16 anos ininterruptos com gestores alinhados ideológica, política e profissionalmente com o mercado financeiro rentista.

Essa conjuntura bem revela o mecanismo da dívida pública na economia brasileira, que se transformou em instrumento de transferência de renda de toda a sociedade brasileira para um pequeno grupo, especialmente formado por fundos de investimentos e bancos.¹⁷

3.3. Juros e encargos da dívida pública no orçamento nacional

A prioridade orçamentária com pagamento de juros e encargos da dívida pública tem sido a marca da atuação do Estado brasileiro, atuação que não mudou e nem esteve perto de mudar com a assunção do Governo, em 2003, pelo Partido dos Trabalhadores, que prometia, ao longo de sua trajetória opositora, dar tratamento diferenciado ao tema.¹⁸

¹⁶ Alessandro Octaviani, A bênção de Hamilton na semiperiferia: ordem econômico-social e os juros da dívida pública interna, em José Mauricio Conti e Fernando Facury Scaff (coord.), *Orçamentos Públicos e Direito Financeiro*, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 1197.

¹⁷ Alessandro Octaviani, A bênção de Hamilton na semiperiferia: ordem econômico-social e os juros da dívida pública interna, em José Mauricio Conti e Fernando Facury Scaff (coord.), *Orçamentos Públicos e Direito Financeiro*, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2011.

¹⁸ Alessandro Octaviani aponta que essa política foi intensificada significativamente por Fernando Henrique Cardoso, em 1993 (quando exerceu o cargo de Ministro da Fazenda do Governo Itamar Franco), na concepção do “Plano Real”, como elemento essencial da estabilização inflacionária. “O arranjo montado entre câmbio sobrevalorizado, redução das tarifas alfandegárias e os mais altos juros do mundo mantiveram a inflação em patamares reduzidos, trazendo, entretanto, algumas consequências, entre as quais forte aumento do desemprego e da dívida pública interna, que se elevou em aproximadamente dez vezes durante os dois governos federais da coligação PSDB-PFL. Este aumento, é claro, não é desinteressado, natural ou neutro, mas expressa uma correlação de forças na sociedade brasileira, que passa a realizar uma forte transferência de renda de baixo pra cima, em favor dos detentores dos títulos da dívida,

Assim é que podem ser apontados os seguintes dados significativos, extraídos de pesquisa que resultou na tese de doutorado em Políticas Públicas e Formação Humana do Programa da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, de Luiz Fernando Reis, defendida e aprovada em 2015:¹⁹

A redução percentual dos recursos da União destinados ao pagamento da dívida pública (de 61,66% em 2003 para 45,11% em 2014), comemorada como grande feito pelo governo federal, não oculta o fato de que, no período de 2003-2014, praticamente metade do orçamento da União (49,70%), em média, foi destinado ao pagamento dos juros, encargos e amortizações da dívida pública, conforme demonstrado na Tabela 4. Nesse mesmo período, a soma dos recursos destinados às despesas com Previdência Social, Educação, Saúde e Assistência Social representaram, em média, apenas 29,08% do total das despesas orçamentárias. As despesas somente com juros e amortizações (excluído o refinanciamento) representaram 20,79% das despesas totais da União. Em 2014, o governo federal destinou 45,11% dos recursos orçamentários (R\$1,017 trilhão) para as despesas com o serviço da dívida (incluindo o refinanciamento). As despesas somente com juros e amortizações (R\$377,467 bilhões) representaram 16,75% do orçamento da União. O endividamento continua sendo o maior problema do gasto público brasileiro e afeta todas as áreas sociais.

Em 2003, as despesas da União somente com juros e amortizações da dívida pública representaram 17,88% do total das despesas orçamentárias e 8,80% do PIB. Em 2009, tais despesas atingiram o vultoso percentual de 28,55% das despesas da União e 11,42% do PIB. Em 2014, passaram a representar 16,75% do total das despesas do governo federal e 6,58% do PIB. No período de 2003 a 2014, tais despesas representaram, em média, 20,74% do total das despesas da União e 8,46% do PIB.

O governo Fernando Henrique (1995-2002), empregou R\$5.458 trilhões do orçamento da União para o pagamento de juros, amortizações e para o refinanciamento da dívida pública (interna e externa), em valores atualizados pelo IPCA de janeiro de 2015. O governo Lula (2003-2010) destinou R\$7.458 trilhões e o governo Dilma (2011-2014) liberou R\$3.571 trilhões para as despesas com a dívida. No período de 1995 a 2014, os governos Fernando Henrique, Lula e

que, por sua vez, comandam os espaços institucionais que decidem os próprios indexadores”. Octaviani, Alessandro. A bênção de Hamilton na semiperiferia: ordem econômico-social e os juros da dívida pública interna, em José Maurício Conti e Fernando Facury Scaff (coord.), *Orçamentos públicos e Direito Financeiro*, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 1196).

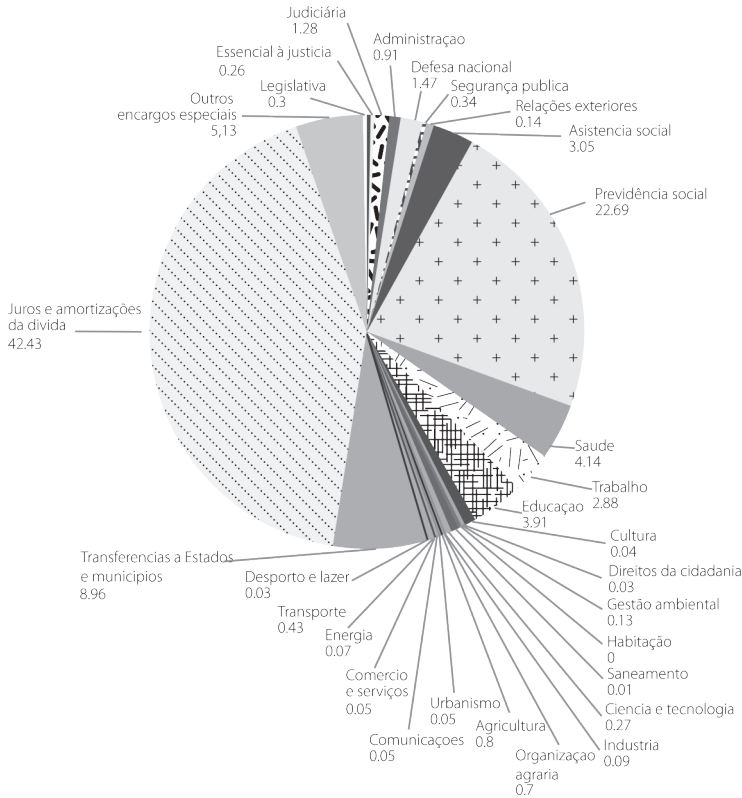
¹⁹ Luiz Fernando Reis, *Dívida pública, política econômica e o financiamento das universidades federais nos governos Lula e Dilma (2003-2014)*. Disponível em <http://www.auditoriacidada.org.br/wp-content/uploads/2016/01/Luiz-Fernando-Reis-Versao-Final-27DEZ.pdf>. Acesso em fevereiro /2016, pp. 162-171.

Dilma comprometeram mais de R\$16.487 trilhões em juros, amortizações e refinanciamento da dívida interna e externa.

Os dados disponíveis da execução orçamentária do ano de 2015 mostram a manutenção da mesma lógica:

Orçamento Geral da União (Executado em 2015)

Total R\$2.268 trilhões



Fonte: Auditoria Cidadã da Dívida, 2016.

Não é difícil perceber, a partir de tais dados, o espaço prioritário que o pagamento dos juros e encargos da dívida pública ocupa no orçamento público, e como isso revela uma escolha política que, todavia, passa ao largo de ser efetivamente debatida com e pela sociedade.

Afinal, somente os juros e encargos da dívida consomem, em regra, quase 50% (cinquenta por cento) da execução orçamentária, enquanto que pouco mais do que 50% dos recursos orçamentários executados são destinados às políticas públicas de atendimento aos direitos sociais. Como não há debate – ao contrário: há interdição do debate – sobre o assunto, uma evidente escolha política passa despercebida,

como se não se tratasse disso, mas de inevitável e imutável forma de administrar a destinação dos recursos disponíveis.

4. Inexistência da dívida pública na agenda dos meios de comunicação social

A problemática da dívida pública, sua utilização como instrumento de política econômica que traduz transferência de renda de baixo para cima e a prioridade orçamentária que se dá ao pagamento dos seus juros e encargos são tema quase que inexistente nas notícias e nos debates apresentados à sociedade pelos meios de comunicação de massa (televisão e rádio).

E não é que inexistam fatos que demandem notícia e debate sobre o assunto. Em boa verdade, o tema da dívida pública faz parte do cotidiano das relações políticas.

O modo como a emissão de títulos da dívida pública vem sendo realizada é elemento essencial da política econômica desde, pelo menos, 1993;²⁰ a prioridade que é dada ao pagamento dos juros e encargos da dívida pública no planejamento orçamentário (PPA, LDO, LOA) é tema obrigatório todos os anos nas relações institucionais entre Poder Executivo e Poder Legislativo, e é pauta obrigatória do Poder Legislativo; a execução orçamentária dos vultosos recursos destinados ao pagamento dos juros e encargos da dívida pública é documentada oficialmente.

A Constituição de 1988 determinou que no prazo de um ano o Congresso Nacional deveria promover exame analítico e pericial dos atos e fatos geradores do endividamento externo brasileiro (art. 26 do ADCT). A teor dessa norma constitucional, o Congresso Nacional deveria promover a auditoria da dívida pública brasileira por meio de comissão mista, à qual se atribuiu *status* de comissão parlamentar de inquérito (portanto, com poderes instrutórios próprios das autoridades judiciais) e que deveria contar com o auxílio técnico do Tribunal de Contas da União. Caso a auditoria realizada pela comissão encontrasse irregularidade, o Congresso Nacional deveria encaminhar a documentação pertinente ao Ministério Público para promoção da ação judicial cabível em face dos responsáveis, bem como para encaminhar ao Poder Executivo proposta de declaração de nulidade do ato. Passados mais de vinte e cinco anos, o Congresso Nacional não se desincumbiu de sua obrigação constitucional. Embora tenha instalado comissão com esse propósito em 1989, o fato é que essa comissão se limitou a um exame parcial e não conclusivo do endividamento externo brasileiro. Tanto assim, que foi aprovada a instalação de uma nova comissão temporária, que deveria concluir os trabalhos da comissão anterior, mas que viu chegar o termo final do prazo de seu funcionamento sem sequer aprovar relatório

²⁰ Alessandro Octaviani, A bênção de Hamilton na semiperiferia: ordem econômico-social e os juros da dívida pública interna, em José Mauricio e Fernando Facury Scaff (coord.), *Orçamentos Públicos e Direito Financeiro*, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2011.

final, sendo arquivada em março de 1991. O Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil propôs, no Supremo Tribunal Federal, arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF n.º 59),²¹ na qual pede que o STF determine que o Congresso Nacional promova efetiva auditoria conclusiva da dívida externa brasileira, por meio de exame analítico e pericial integral, sob todos os aspectos, de todo os atos e fatos geradores do endividamento, tudo nos termos da obrigação constitucional fixada no Art. 26 do ADCT e descumprida todos esses anos.²²

O Congresso Nacional incluiu no projeto de lei que instituiu o Plano Plurianual 2016-2019²³ a realização de auditoria da dívida pública com participação de entidades da sociedade civil (iniciativa 07BQ do Objetivo 1095 do Programa 2039 – Anexo I), dispositivo vetado pela Presidente da República Dilma Rousseff.²⁴ Entidades da sociedade civil, em especial a Auditoria Cidadã da Dívida, realizam campanha pela derrubada desse veto presidencial.²⁵

²¹ O tema não sensibilizou o Supremo Tribunal Federal. O processo não teve qualquer movimento significativo desde 28.08.2005, quando, após o parecer da Procuradoria-Geral da República, a rigor estaria apto para conclusão de voto do relator e inclusão em pauta de julgamento. (Brasil, STF, 2016).

²² Nesse sentido, conferir Maurício Gentil Monteiro, *Auditoria da Dívida Pública*. Disponível em <http://www.infonet.com.br/mauriciomonteiro/ler.asp?id=102475&>. Acesso em fevereiro, 2016.

²³ Brasil, Lei n.º 13.249, de 13.01.2016.

²⁴ Eis as razões do veto: “O conceito de dívida pública abrange obrigações do conjunto do setor público não financeiro, incluindo União, Estados, Distrito Federal e Municípios e suas respectivas estatais. Assim, a forma abrangente prevista na iniciativa poderia resultar em confronto com o pacto federativo garantido pela Constituição. Além disso, a gestão da dívida pública federal é realizada pela Secretaria do Tesouro Nacional e as informações relativas à sua contratação, composição e custo são ampla e periodicamente divulgadas por meio de relatórios desse órgão e do Banco Central do Brasil, garantindo transparência e controle social. Ocorrem, ainda, auditorias internas e externas regulares realizadas pela Controladoria Geral da União e pelo Tribunal de Contas da União” (Mensagem nº 16, de 13 de janeiro de 2016).

²⁵ A coordenadora da Auditoria Cidadã da Dívida, Maria Lúcia Fattorelli, explica a importância da campanha pela rejeição do veto: “Auditar a dívida pública brasileira significa trazer transparência para o maior gasto público do país. Todo ano, o pagamento de juros e amortizações da dívida consome quase a metade do orçamento federal. A dívida afeta também os orçamentos dos estados e diversos municípios. E quem paga essa conta somos todos nós, brasileiros e brasileiras, embora não se saiba que dívida é essa, como ela surgiu, quem se beneficiou, onde foram aplicados os recursos, quanto efetivamente recebemos e quanto é referente a mecanismos financeiros que geram dívida sem contrapartida alguma ao País (ver o artigo “O Banco Central está suicidando o Brasil”). Sequer sabemos para quem pagamos a dívida, pois os nomes dos rentistas detentores dos títulos é “informação sigilosa”. A auditoria se fundamenta em dados e documentos oficiais e deveria ser rotina. Aliás, a sociedade está exigindo isso da classe política. O que pode justificar não fazer uma auditoria das nossas contas? Fariamos isso na nossa casa e em qualquer empresa que quiséssemos que desse bons frutos. A realização da auditoria trará consequências extremamente benéficas para o país. O Equador, por exemplo, após auditar sua dívida, conseguiu reduzir o seu gasto com dívida externa em 70%, triplicando os investimentos sociais como em educação e saúde.” Maria Lúcia Fattorelli, *Auditoria Cidadã da Dívida*, Entrevista com Maria Lúcia Fattorelli. Disponível em

Nada disso é noticiado minimamente – muito menos debatido – nos canais abertos (e, mesmo, fechados) de televisão e rádio. É como se o assunto não existisse. É como se não houvesse escolha, como se não se tratasse de decisão política.

Quando o problema é levantado por aproveitamento de pequenas brechas de espaço, logo vem o bombardeio ideológico que enquadra qualquer ideia de discussão do tema como proposta de “calote”, “quebra de contrato”, que levaria a consequências drásticas para a economia nacional,²⁶ com isolamento internacional.²⁷

5. Democratização dos meios de comunicação social como pressuposto do desenvolvimento econômico brasileiro

A dívida pública, e em especial a política econômica que prioriza o pagamento de juros e encargos da dívida mobiliária em detrimento de investimentos econômicos estruturantes e de políticas públicas de prestação de direitos sociais, traduzindo vexatória transferência de renda das classes baixas para as elites financeiras nacionais (fundos de investimentos e bancos nacionais), são sério entrave ao desenvolvimento sócio-econômico brasileiro.²⁸

O projeto constitucional de superação do subdesenvolvimento²⁹ passa pelo enfrentamento do tema da dívida pública. Paulo Caliendo observa que[...]

<http://www.auditoriacidada.org.br/a-divida-e-o-no-que-amarra-o-brasil-e-e-a-principal-responsavel-pelo-cenario-de-escassez-maria-lucia-fattorelli/>. Acesso em 28 de agosto, 2017.

²⁶ Em debate realizado pela Rede Bandeirantes de Televisão entre os candidatos a Presidente da República na eleição de 2010, um dos candidatos foi questionado por um jornalista sobre sua proposta de campanha que consistiria em “calote” da dívida, ou seja, o não pagamento da dívida pública. Tratava-se, na verdade, de proposta de realização de auditoria na dívida pública brasileira. Mauricio Gentil Monteiro, *Auditoria da Dívida Pública*. Disponível em <http://www.infonet.com.br/mauriciomonteiro/ler.asp?id=102475&>. Acesso em fevereiro, 2016.

²⁷ Já aqui, a referência usualmente indicada é a moratória da dívida externa brasileira praticada pelo Governo Sarney (Ministro da Fazenda Dilson Funaro), que teria colocado o Brasil em situação difícil perante credores estrangeiros e a comunidade internacional.

²⁸ Ver o texto de Alessandro Octaviani, A bênção de Hamilton na semiperiferia: ordem econômico-social e os juros da dívida pública interna, em José Mauricio Conti e Fernando Facury Scaff (coord.), *Orçamentos Públicos e Direito Financeiro*, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2011.

²⁹ Superação do subdesenvolvimento, no contexto da análise de Celso Furtado, na linha do que sustentam Octaviani e Bercovici: “[...] a dimensão prospectiva, de imaginação e construção institucional, que entende que esta estrutura social analisada pode ser transformada, particularmente no sentido da direção emancipatória inscrita no artigo 3º da Constituição de 1988. A Constituição de 1988, assim, tem um nítido projeto emancipatório, que inclui expressamente no texto constitucional as tarefas que o povo brasileiro entende como absolutamente necessárias para a superação do subdesenvolvimento e conclusão da construção da Nação, e que não foram, ainda, concluídas. O sentido da Constituição brasileira de 1988 está vinculado,

no caso brasileiro, assume espetacular obstáculo à realização dos direitos fundamentais a monumental dívida pública nacional. É para lá que são carreados os parques e fundamentais recursos necessários para garantir o nosso desenvolvimento social [...] Assim, se fizermos uma leve comparação entre o que o governo orça para gastar em saúde, educação, segurança e o que gasta pagando a dívida pública veremos que existe uma reserva do possível geral no Brasil que impede os gastos sociais, que se chama dívida pública. Enquanto não houver solução para este problema não haverá como reduzir o esforço fiscal do Estado, a carga tributária e o nanismo dos investimentos sociais. Não se trata, contudo, de um fenômeno novo. Trata-se de uma servidão iniciada há muito tempo que impede o desenvolvimento nacional e social.³⁰

Em boa verdade, o mecanismo da dívida pública no Brasil gera as seguintes conseqüências: a) destinação do maior volume de recursos públicos para pagamento de juros e encargos da dívida, em especial a dívida mobiliária (baseada na emissão de títulos); b) falta de recursos públicos para investimentos estruturantes na economia e no desenvolvimento de políticas públicas para atendimento de direitos sociais; c) concentração ainda maior da riqueza nas mãos de poucos grupos financeiros empresariais, em especial fundos de investimento e bancos; d) transferência de renda da população em geral para os detentores dos títulos da dívida, remunerados com taxas de juros moderadas pelo poder político que se sustenta nessa política econômica.³¹

Ocorre que não é possível imaginar a remoção da política econômica baseada no mecanismo da dívida pública se o tema não for problematizado socialmente, submetido a reflexão crítica para decisão do povo soberano. E não é possível que assim suceda, na atualidade, sem que os meios de comunicação social de massa (televisão e rádio) abram espaço para esse tipo de debate.

Esse tema da dívida pública é bem ilustrativo da falta de um espaço efetivamente público (não-estatal) de discussão democrática e de deliberação. Isso porque vigora no Brasil um regime de concentração dos meios de comunicação social de massa (essencialmente televisão e rádio) por grupos econômicos e políticos que, dessa condição, controlam o debate público e a agenda das discussões e de definição de prioridades:

portanto, à concepção da constituição como um projeto de construção nacional” (no prelo), Gilberto Bercovici e Alessandro Octaviani, *Estudos, Pareceres e Votos de Direito Econômico*, São Paulo, RT, no prelo.

³⁰ Paulo Caliendo, Reserva do Possível, direitos fundamentais e tributação, em Ingo Sarlet e Luciano Timm (org.), *Direitos fundamentais, orçamento e “reserva do possível”*, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2008, pp. 202-203.

³¹ Especial capítulo da luta pelo projeto emancipatório nacional foi a decisão tomada pelo Supremo Tribunal Federal, a partir de iniciativa do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, que declarou inconstitucionais os dispositivos de lei que autorizavam o financiamento de campanhas eleitorais por empresas.

É cada vez mais intensa, a despeito do surgimento das novas mídias (em especial via internet), a influência dos meios de comunicação social de massa na formação da consciência crítica e da opinião pública. De outro lado, é fácil constatar que os grandes grupos privados concessionários de serviços de rádio e televisão praticamente detêm o monopólio dessa ampla difusão de ideias e pensamentos, além do viés informativo que melhor se apresenta à defesa sistemática e global de seus interesses enquanto grupos econômicos. Sendo assim, a toda evidência, comportam-se, abertamente ou de modo subliminar, como atores políticos de nefasta influência no processo decisório nacional. O grave, aí, é que o fazem por meio de canais e frequências que são propriedade pública.

Combater a concentração de poder político nas mãos de poucos grupos empresariais detentores das concessões – ou seja, democratizar os meios de comunicação social – é pressuposto essencial da democracia participativa, essencial ao projeto constitucional emancipatório, como bem apontado por Paulo Bonavides:³²

Com efeito, a mídia, nas mãos da classe dominante, é a mais irresistível força de sustentação do status quo e de seus governos conservadores, impopulares, injustos e reacionários.

Afastá-la daquelas mãos, democratizá-la, protegê-la, mediante dispositivos constitucionais que lhe assegurem a legitimidade no exercício de suas funções e deveres sociais, é o primeiro dos pressupostos da democracia participativa.

Na mesma linha de pensamento, Fábio Konder Comparato³³ aponta a apropriação do espaço público de discussão pelos meios de comunicação social e como isso é grave, em países de tradição oligárquica como o Brasil, onde aparecem como controle, por parte dos grupos empresariais detentores das concessões do serviço público de rádio e televisão, da agenda política posta e imposta ao debate na sociedade:

Nos países em que vigora claramente o regime oligárquico sob aparências democráticas, como é o caso do Brasil, a exploração dos mais importantes órgãos de comunicação de massa é feita por grupos empresariais privados, estreitamente afinados com os interesses de sua classe, que controla o governo nacional e o Parlamento. Nesses países o desenrolar das eleições mais importantes fez-se sempre sob a influência decisiva da propaganda veiculada pela grande imprensa, pelo rádio e, sobretudo, pela televisão.

³² Paulo Bonavides, *Teoria Constitucional da Democracia Participativa: por um Direito Constitucional de luta e resistência, por uma Nova Hermenêutica, por uma repolitização da legitimidade*, São Paulo, Malheiros, 2001, p.47.

³³ Fábio Konder Comparato, *A Democratização dos Meios de Comunicação de Massa, em Direito Constitucional – estudos em homenagem a Paulo Bonavides*, São Paulo, Malheiros, 2001, p. 156.

Temos, portanto, que o debate público sobre as grandes questões da vida política e econômica da nação é estruturalmente falseado. Um debate autêntico, assim como a verdadeira dialética enquanto processo de exame da verdade, pressupõe a liberdade e a capacidade de proposta das questões a serem discutidas.

A democratização dos meios de comunicação social – de forma que sejam utilizados em proveito da liberdade ampla de informação e da intensificação de programas e debates qualificados, em canais abertos, sobre os temas políticos de interesse geral da sociedade, com crescente aprimoramento da consciência crítica,³⁴ é, portanto, medida indispensável para que a decisão política de adoção do mecanismo da dívida pública seja submetida ao controle soberano da cidadania.

Com efeito, sem reversão desse modelo de uso do mecanismo da dívida pública não será possível alcançar o projeto constitucional emancipatório. Trata-se de mais um dos mecanismos que fazem o poder econômico privado subjugar a soberania popular, como bem alerta Gilberto Bercovici:³⁵

Para repensar as bases e estrutura do Estado brasileiro, não se pode deixar de levar em consideração a questão central da atualidade: a prevalência das instituições democráticas sobre o mercado e a independência política do Estado em relação ao poder econômico privado, ou seja: a necessidade de o Estado ser dotado de uma sólida base de poder econômico próprio. O fundamento desta visão, consubstanciada no texto constitucional vigente, é o de que não pode existir um Estado democrático forte sem que sua força também seja ampliada do ponto de vista econômico, para que ele possa enfrentar os interesses dos detentores do poder econômico privado. Afinal, seguindo a síntese de Hermann Heller, a partir do fim da Idade Média o poder político lutou para ganhar autonomia em relação ao poder religioso. Esta luta, desde o início do século XX, vem se travando contra o poder econômico privado.

E um Estado Democrático forte, efetivamente calcado na soberania popular, que consiga prevalecer sobre o poder econômico privado, tem como pressuposto a democratização dos meios de comunicação social, capaz de destravar o controle da agenda dos debates públicos, para problematizar as grandes questões de decisão política, a exemplo do que sucede com o mecanismo da dívida pública.

³⁴ Maurício Gentil Monteiro, *Reforma política e democratização da comunicação social*. Disponível em <http://www.infonet.com.br/mauriciomonteiro/ler.asp?id=165004>. Acesso em fevereiro, 2016.

³⁵ Gilberto Bercovici, “O ainda indispensável direito econômico”, em María Victoria de Mesquita, Gilberto Bercovici e Claudineu de Melo (orgs.), *Direitos Humanos, Democracia e República: Homenagem a Fábio Konder Comparato*, São Paulo, Quartier Latin, 2009, p. 519.

6. Considerações finais

Este texto tratou a imprescindibilidade da democratização dos meios de comunicação para o desenvolvimento econômico brasileiro a partir do estudo do caso da dívida pública e o seu tratamento orçamentário pelo Estado brasileiro.

De fato, a relação constituição e ordem econômica é incontestável, e a importância de democratizar os meios de comunicação consiste em viabilizar o controle das escolhas orçamentárias e a forma de efetivação dos direitos sociais.

Demonstrou-se que apesar de o pagamento dos juros e encargos da dívida pública representar os maiores montantes na previsão e na execução orçamentária – sendo bem mais elevados do que investimentos em políticas públicas voltadas à concretização de direitos sociais – o tema não é exposto com transparência no debate nacional.

Em verdade, o fato passa incólume ao crivo democrático da cidadania, ficando ao largo do controle soberano do povo, como se não se tratasse de uma escolha política. Em grande parte, isso se deve ao fato de que a informação sequer é transmitida à população – muito menos debatida – por decisão política de quem controla os meios de comunicação social e impõe sua agenda à Nação. Como há uma concentração do controle dos meios de comunicação social (televisão e rádio) em poucos grupos empresariais, a consequência, nesse e em outros tantos temas, é o atendimento dos interesses desses grupos nas políticas aplicadas, com bloqueio do projeto constitucional de superação do subdesenvolvimento e de concretização de direitos fundamentais.

Como restou demonstrado, há uma inversão de prioridades orçamentárias e somente com a democratização e controle dos meios de comunicação social (televisão e rádio) é que será possível superar os entraves ao desenvolvimento econômico brasileiro.

Indubitavelmente, esse tema está longe de se esgotar, mas é extremamente relevante proporcionar o debate no meio acadêmico, a fim de se vislumbrarem mecanismos de concretização de direitos fundamentais.

Referências

ALEXY, Robert, *Teoria dos direitos Fundamentais*, São Paulo, Malheiros, 2008.

ALMEIDA, Carlos Otávio Ferreira de, O planejamento financeiro responsável: boa governança e desenvolvimento no Estado contemporâneo, em CONTI, José Maurício e Fernando Facury SCAFF (coord.), *Orçamentos públicos e Direito Financeiro*, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2011.

_____, *Números da Dívida: Orçamento Geral da União* (executado em 2015). Disponível em https://docs.google.com/viewerng/viewer?url=http://www.auditoriacidada.org.br/wp-content/uploads/2013/08/grafico-2015-2.pdf&hl=pt_BR.

- BERCOVICI, Gilberto, O ainda indispensável direito econômico, em María Victoria DE MESQUITA, Gilberto BERCOVICI e Claudineu DE MELO (orgs.), *Direitos humanos, democracia e república: homenagem m a Fábio Konder Comparato*, São Paulo, Quartier Latin, 2009, p. 503-519.
- BERCOVICI, Gilberto e Alessandro OCTAVIANI, *Estudos, Pareceres e Votos de Direito Econômico*, São Paulo, RT, no prelo.
- BONAVIDES, Paulo, *Teoria constitucional da democracia participativa: por um Direito Constitucional de luta e resistência, por uma nova hermenêutica, por uma repolitização da legitimidade*, São Paulo, Malheiros, 2001.
- BRASIL. ADPF nº 59. Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2260038>. Acesso em fevereiro, 2016.
- BRASIL. Lei nº 13.249. Disponível em http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/_Ato2015-2018/2016/Lei/L13249.htm. Acesso em fevereiro, 2016.
- BRASIL. Mensagem nº 16. Disponível em http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/_Ato2015-2018/2016/Msg/VEP-16.htm. Acesso em fevereiro, /2016.
- CALIENDO, Paulo, Reserva do Possível, direitos fundamentais e tributação, em Ingo SARLET e Luciano TIMM, (org.) *Direitos fundamentais, orçamento e “reserva do possível”*, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2008.
- COMPARATO, Fábio Konder, A democratização dos meios de comunicação de massa, em *Direito Constitucional – estudos em homenagem a Paulo Bonavides*, São Paulo, Malheiros, 2001.
- CONTI, José Maurício, *Direito Financeiro na Constituição de 1988*, São Paulo, Oliveira Mendes, 1998.
- _____, Dívida pública e responsabilidade fiscal no federalismo brasileiro, em Luís Eduardo SCHOUERI (org.), *Direito tributário: estudos em homenagem ao Prof. Alcides Jorge Costa*, São Paulo, Quartier Latin, 2003, pp. 1077-1093.
- FATTORELLI, Maria Lúcia, *Auditoria cidadã da dívida*. Entrevista com Maria Lúcia Fattorelli. Disponível em <http://www.auditoriacidada.org.br/a-divida-e-o-noque-amarra-o-brasil-e-e-a-principal-responsavel-pelo-cenario-de-escassez-maria-lucia-fattorelli/>. Acesso em 28 de agosto, 2017.
- GONÇALVES, Alcindo, Políticas públicas e a ciência política, em *Políticas Públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. Maria Paula Dallari BUCCI (org.). São Paulo. Saraiva, 2006
- GRAU, Eros Roberto, *A ordem econômica na Constituição de 1988: interpretação e crítica*. 2 ed., São Paulo, editora Revista dos Tribunais, 1991.
- MONTEIRO, Maurício Gentil, *Auditoria da Dívida Pública*. Disponível em <http://www.infonet.com.br/mauriciomonteiro/ler.asp?id=102475&>. Acesso em fevereiro, 2016.
- _____, *Reforma política e democratização da comunicação social*. Disponível em <http://www.infonet.com.br/mauriciomonteiro/ler.asp?id=165004>. Acesso em fevereiro, 2016.

- OCTAVIANI, Alessandro, A bênção de Hamilton na semiperiferia: ordem econômico-social e os juros da dívida pública interna, em CONTI, José Maurício CONTI, e Fernando Facury SCAFF, (coord.), *Orçamentos públicos e Direito Financeiro*, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2011.
- REIS, Luiz Fernando, *Dívida pública, política econômica e o financiamento das universidades federais nos governos Lula e Dilma (2003-2014)*. Disponível em <http://www.auditoriacidada.org.br/wp-content/uploads/2016/01/Luiz-Fernando-Reis-Versao-Final-27DEZ.pdf>. Acesso em fevereiro, /2016.
- SEN, Amartya, *Desenvolvimento como liberdade*, 8.^a reimpressão, Trad. Laura Teixeira Motta, São Paulo, Companhia das letras, 2000.

Mônia Clarissa Hennig Leal* (Brasil)
Felipe Dalenogare Alves** (Brasil)

A efetivação dos direitos econômicos, sociais e culturais (DESC) pelo Estado brasileiro e a necessária observância do *minimum core obligation* em “tempos de crise”¹

RESUMO

Este trabalho expõe o resultado de uma pesquisa bibliográfica sobre a efetivação dos DESC pelos Estados-partes do Pacto Internacional da ONU sobre esses direitos (Pidesc), tendo por objetivo analisar o quanto a observância do *minimum core obligation* serve de vetor ao empreendimento econômico do Estado na efetivação dos DESC. Buscou-se o esclarecimento de questões importantes ao tema, como o seguinte problema: qual a importância de se estabelecer o *minimum core obligation* como parâ-

* Pós-Doutora em Direito 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 (Brasil). Bolsista de produtividade em pesquisa do CNPq. moniah@unisc.br

** Doutorando (com bolsa Capes/Prosup – tipo II) em Direito pelo Programa de Pós-Graduação em Direito (Mestrado e Doutorado) da Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC (Brasil). Professor na Graduação em Direito da Faculdade Antonio Meneghetti – AMF (Brasil). felipe@estudosdedireito.com.br

¹ Esta investigação é resultante das atividades do projeto de pesquisa “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), no qual os autores atuam na condição de coordenadora e de participante. O estudo é vinculado ao Grupo da Pesquisa “Jurisdição Constitucional aberta” (CNPq) desenvolvida junto ao Centro Integrado de Estudos e Pesquisas em Políticas Públicas – CIEPPP (financiado pela Finep) e ao Observatório da Jurisdição Constitucional Latino-Americana (financiado pela Finep), ligados ao PPGD da UNISC. O estudo se inseriu, também, no âmbito das atividades realizadas em parceria com a Universidade de Talca, no Chile, que contou com recursos da FAPERGS.

metro de partida à progressividade no cumprimento das obrigações decorrentes do Pidesc e, por consequência, vetor a balizar o investimento econômico de um Estado, principalmente em “tempos de crise”? Finalmente, dentre os resultados, conclui-se que o *minimum core obligation* constitui-se em “piso” razoável a balizar a atuação econômica do Estado na efetivação dos DESC, principalmente em “tempos de crise”.

Palavras-chave: DESC, Pidesc, minimum core obligation.

ZUSAMMENFASSUNG

Der Beitrag stellt die Ergebnisse einer bibliographischen Recherche zur Umsetzung der wirtschaftlichen, sozialen und kulturellen Rechte durch die Unterzeichnerstaaten des Internationalen Pakts der Vereinten Nationen über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte (IPWSKR) vor. Ihr Ziel ist es zu analysieren, inwieweit die Umsetzung der Mindestkernverpflichtungen als Vektor für die staatliche Wirtschaftspolitik zur Umsetzung der wirtschaftlichen, sozialen und kulturellen Rechte dient. Dabei geht es um die Klärung wichtiger Fragen wie etwa des folgenden Problems: Wie wichtig ist die Festlegung einer Mindestkernverpflichtung als Ausgangspunkt für die progressive Erfüllung der aus dem IPWSKR resultierenden Verpflichtungen und damit als Vektor für die Festlegung der Wirtschaftsinvestitionen eines Staates, insbesondere in „Krisenzeiten“? Der Beitrag kommt zu dem Schluss, dass die Mindestkernverpflichtungen gerade in „Krisenzeiten“ eine sinnvolle „Ausgangsbasis“ für die Bestimmung einer staatlichen Wirtschaftspolitik bildet, die die Umsetzung der wirtschaftlichen, sozialen und kulturellen Rechte zum Ziel hat.

Schlagwörter: Wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte, IPWSKR, Mindestkernverpflichtung.

ABSTRACT

This paper presents the results of a bibliographic research of the realization of ESCR by States Parties to the International Covenant (ICESCR), with the objective of analyzing, how observance of the minimum core obligation serves as a vector for the State's economic enterprise in the realization of ESCR. We sought to clarify important issues to the theme, such as the following problem: what is the importance of establishing the minimum core obligation as a starting point for progressivity in fulfilling the obligations deriving from the ICESCR and, consequently, a vector for the economic investment of a State, especially in times of crisis? Ultimately, among the results, it is concluded that the minimum core obligation constitutes a reasonable "floor" to beacon the State's economic performance in the accomplishment of ESCR, especially in "times of crisis".

Key words: ESCR, ICESCR, minimum core obligation.

Introdução

O presente estudo expõe o resultado de uma pesquisa bibliográfica, utilizando-se dos métodos dedutivo – para fins de abordagem – e monográfico – a título procedimental – sobre a temática da efetivação dos Direitos Econômicos Sociais e Culturais (DESC) pelos Estados-partes do Pacto Internacional da ONU sobre esses direitos, tendo por objetivo principal analisar, sob os contornos do constitucionalismo contemporâneo, o quanto a observância do princípio do *minimum core obligation* serve de vetor ao empreendimento econômico do Estado na efetivação dos DESC.

A adesão a um instrumento internacional (Pacto, Tratado, Convenção, Protocolo, etc.) por um Estado implica a observância de princípios de direito internacional universalmente consagrados, como *liberum voluntatis arbitrium*, *pacta sunt servanda* e *bonam fidem*, o que impõe a adoção de todas as medidas necessárias objetivando o adimplemento das obrigações pactuadas.

No que tange ao Pacto Internacional sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (Pidesc), não se pode negar que as obrigações assumidas demandam prestações, além de normativas, fáticas, de cunho eminentemente econômico, a serem efetivadas pelos Estados Partes, os quais possuem não apenas o dever de respeitar e proteger, mas também de promover os direitos humanos (no caso dos DESC, realizáveis, principalmente por intermédio de políticas sociais e econômicas).

O Comitê dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais da ONU (CDESC) é o órgão encarregado do monitoramento e fiscalização do adimplemento dessas obrigações, por criação do Conselho Econômico e Social. O CDESC, inspirado pelos “Princípios de Limburgo” por ocasião da adoção do Comentário Geral nº 3, de 1990, analisou o alcance das obrigações constantes no Pidesc, assentando que estas estão sujeitas ao “princípio da progressividade”.

Mesmo que se reconheça que os DESC são de promoção progressiva, admitindo-se, ainda, naquele comentário o excepcional “retrocesso motivado”, esse princípio deve ser analisado conjuntamente com o direito humano ao desenvolvimento, o qual possui núcleo composto por liberdades positivas, que devem ser objeto de investimentos por parte do Estado, não podendo ser relegados a um segundo plano, principalmente nos denominados “tempos de crise”.

Formado o contexto, a pesquisa justifica-se pela necessidade de desenvolvimento de um estudo que esclareça pontos importantes acerca da temática, como o seguinte problema: qual a importância de se estabelecer o *minimum core obligation* como parâmetro de partida à progressividade no cumprimento das obrigações decorrentes do Pidesc e, por consequência, vetor a balizar o investimento econômico de um Estado, principalmente em “tempos de crise”?

Para tanto, a observância do *minimum core obligation*, delineado também pelo CDESC por ocasião do Comentário Geral nº 3, ainda que em países desenvolvidos possa receber críticas por trabalhar com a noção de “mínimo”, e não de “máximo”,

se torna imperiosa para a promoção desses direitos, eis que no contexto latino-americano de escassez de recursos e/ou falta de vontade política se constitui em ponto de partida para a sua progressiva efetivação.

Assim, em um primeiro momento são abordados aspectos como a natureza das obrigações decorrentes do Pidesc, sua correlação com o princípio da progressividade e o direito ao desenvolvimento, para, posteriormente, realizar-se uma análise da constituição e aplicabilidade do princípio do *minimum core obligation* com o propósito de vincular os Estados Partes ao adimplemento de um núcleo mínimo de obrigações à promoção dos DESC.

Por fim, constata-se, dentre os resultados encontrados, que a pesquisa – com profundidade inédita no seio científico brasileiro, ainda que esteja em sede preambular – contribui à construção teórica com aplicações práticas que instrumentalizam a aplicação do princípio, estabelecendo-se sua força vetor-normativa no sentido de se assegurarem padrões internacionais mínimos decorrentes da interpretação dada pelo CDESC ao Pidesc.

1. O Pacto Internacional sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (Pidesc) e a natureza das obrigações dele decorrentes: o princípio da progressividade e o direito ao desenvolvimento em “tempos de crise”

Principalmente a partir do pós-segunda guerra mundial, a Organização das Nações Unidas (ONU) passou a dar importante contribuição à normatização internacional dos direitos humanos, a exemplo da adoção do Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos (PIDCP) e do Pacto Internacional sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (Pidesc), ambos de 1966.

O Brasil veio a ratificar ambos os Pactos apenas em dezembro de 1991, inserindo-os no ordenamento vigente, por intermédio, respectivamente, dos Decretos nº 591 (Pidesc) e nº 592 (PIDCP), de 6 de julho de 1992, assumindo o compromisso internacional de respeitar, proteger e promover os direitos humanos neles constantes.

Esse ato impõe ao Estado brasileiro, sob a égide da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados de 1969, a observância de princípios universalmente conhecidos, como: *a) liberum voluntatis arbitrium*; *b) pacta sunt servanda*; *c) bonam fidem*. Significa dizer que o Brasil se compromissou por livre consentimento (Art. 11) e, portanto, deve cumprir, de boa-fé, o pactuado (Art. 26), no sentido de promover todas as medidas internas, sejam de cunho legislativo, administrativo ou judicial, objetivando o respeito, a proteção e a promoção dos direitos humanos (Art. 27).

No que tange ao compromisso de *respeitar*, ele se condiz com a necessidade de o Estado e seus agentes não violarem os direitos contidos nos Pactos (sentido negativo). A obrigação de *proteger* consiste na obrigatoriedade de que o Estado tome as medidas necessárias visando a proteção horizontal dos indivíduos ou grupos de

indivíduos, especialmente aqueles em situação de vulnerabilidade (sentido positivo). Já a imposição de *promover*, está relacionada à necessidade de que o Estado proporcione todos os meios materiais necessários ao pleno gozo dos direitos por parte de seus destinatários (sentido estruturante).²

Ao se tratar principalmente da *promoção* dos DESC – ainda que se reconheça que os Direitos Civis e Políticos (DCP) também possuem custos³ – é que surgem os embates relativos ao impacto desses direitos sobre o sistema econômico do Estado, o que se observa, preponderantemente, em “tempos de crise”,⁴ a exemplo do que se tem visto no Brasil.⁵

Surge, assim, o seguinte dilema: de um lado, o compromisso internacional assumido pelo Estado brasileiro de não apenas respeitar e proteger os DESC, mas, principalmente, de promovê-los; de outro, a dificuldade financeira do Estado em materializar os meios necessários à sua efetivação, principalmente diante do cenário de crise econômica deflagrada a partir do ano de 2015.

Nesse sentido, torna-se importante analisar a natureza das obrigações pactuadas pelo Brasil ao aderir ao Pidesc, que já foi objeto de análise do Comitê dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (CDESC) da ONU, órgão vinculado ao Conselho Econômico e Social, criado em 1985, a quem cabe a guarda do Pacto⁶

² A respeito das políticas públicas estruturantes em matéria de direitos humanos, ver Mônia Clarissa Hennig Leal e Felipe Dalenogare Alves, “A Corte Interamericana de Direitos Humanos como Indutora de políticas públicas estruturantes: o exemplo da educação em direitos humanos – uma análise dos casos Ximenes Lopes e Gomes Lund versus Brasil – perspectivas e desafios ao cumprimento das decisões”, em *Revista do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos*, núm. 15, 2015, pp. 287-300. Disponível em <<http://revista.ibdh.org.br/index.php/ibdh/article/view/318>>.

³ Para aprofundamento no assunto, indispensável a leitura de Stephen Holmes e Cass Sunstein, *El costo de los derechos: por qué la libertad depende de los impuestos*, Buenos Aires, Siglo Veintiuno, 2012.

⁴ “Tempos de Crise” refere-se à expressão utilizada para representar determinado momento histórico de regressão econômica, que acaba afetando Estado e sociedade, vindo a influenciar diretamente os investimentos estatais e, com isso, a efetivação dos direitos econômicos, sociais e culturais.

⁵ Apenas para se destacar um exemplo, veja-se o relatório da ONU que divulgou os indicativos do Índice de Desenvolvimento Humano, que estagnou o país na 79ª posição entre 188 países, sendo que, dentre os principais motivos apontados se encontra a grave crise econômica que assoma o país. Revista Época, *ONU: Crise Econômica emperra IDH no Brasil*. Notícia de 21 março, 2017. Disponível em <<http://epocanegocios.globo.com/Economia/noticia/2017/03/onu-crise-economica-emperra-idh-no-brasil.html>>. Acesso em 10 de agosto, 2017.

⁶ Não se adentrará, neste trabalho, no acirrado debate acerca da legitimidade da atuação do Comitê, não criado diretamente pelo Pacto, mas por resolução (nº 1985/17, de 28 de maio de 1985) do Conselho Econômico e Social para o desempenho do papel de supervisão das obrigações resultantes do Pidesc. Assim como aponta Teixidó (2012, p. 28-31), inicialmente a posição da doutrina acerca da competência do Comitê era majoritariamente crítica, uma vez que o Pacto Internacional sobre os DESC não deixa claro qual o órgão responsável pela função de supervisão e avaliação da implementação dos DESC (relatórios), e tampouco a natureza e os efeitos desta aferição. Com o decorrer da atuação, o Comitê assumiu papel destacado na

(monitoramento e fiscalização da implementação dos DESC), realizada com base nos “Princípios de Limburgo”.⁷

Nesse rol se encontra o princípio da progressividade, destacando-se que os direitos contidos no Pacto possuem efetivação progressiva, sendo esta independente da progressão econômica, devendo haver, entretanto, por parte do Estado Parte, uma racionalização dos recursos disponíveis.⁸

O CDESC⁹ delimitou o princípio da progressividade no Comentário Geral nº 3, de 1990, estabelecendo que “enquanto o Pacto prevê a realização progressiva e admite restrições devido aos limites de recursos disponíveis, também impõe várias obrigações que são de efeito imediato”. Por conseguinte, o Comentário Geral dispõe que, ao mesmo tempo em que a completa efetivação desses direitos pode ser alcançada de forma progressiva, providências nesse sentido devem ser tomadas em um prazo razoável a partir da adoção do Pacto.

A delineação do princípio da progressividade, contido no Comentário Geral nº 3, contempla o fato de que a plena realização dos DESC não é possível de ser concretizada em um curto espaço temporal, diferentemente dos DCP, sendo impositiva aos Estados-Partes, porém, a demonstração da realização de políticas públicas objetivando a sua crescente efetivação. Qualquer retrocesso no que tange aos DESC deve ser analisado criteriosamente, com a justificação integral (fática) de suas razões

salvaguarda e controle do cumprimento do Pacto, tornando-se um órgão quase jurisdicional, tendo por base seus pareceres e recomendações (Laura Salamero Teixidó, *La protección de los derechos sociales en el ámbito de las Naciones Unidas - El nuevo Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*. Pamplona, Civitas, 2012). Em síntese, partimos do pressuposto da legitimidade, eis que este órgão está vinculado ao Conselho (a quem cabe a competência originária, decorrente do Pidesc), tendo a ele sido delegadas as atribuições, por questões de organização e efetividade de suas atribuições.

⁷ Em conferência realizada de 2 a 6 de junho de 1986, em Maastricht, Holanda, um grupo de 29 (vinte e nove) juristas especialistas em direito internacional, oriundos da Alemanha, Austrália, Espanha, Estados Unidos da América, Hungria, Irlanda, México, Noruega, Holanda, Reino Unido, Senegal, Iugoslávia, do Conselho dos Direitos Humanos da ONU, da Organização Internacional do Trabalho (OIT), da Organização das Nações Unidas para a Educação, Ciência e Cultura (Unesco) e da Organização Mundial da Saúde (OMS) – sendo que 4 dos participantes eram membros do Comitê dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais da ONU – analisaram a aplicação do Pacto, exarando o que convencionou-se denominar de “Princípios de Limburgo” (CDESC, *Principios de Limburgo Relativos a la Aplicación del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*. Discutida del 2 al 6 de junio de 1986, Maastricht, Países Baixos, 1986. Disponível em <http://www.derechos.org/vp/wp/wp-content/uploads/desc_07.pdf>.).

⁸ CDESC, *Principios de Limburgo Relativos a la Aplicación del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*. Discutida del 2 al 6 de junio de 1986. *Maastricht, Países Baixos*, 1986. Disponível em <http://www.derechos.org/vp/wp/wp-content/uploads/desc_07.pdf>.

⁹ CEDESC, *Comentário Geral nº 3/1990*. Disponível em <http://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=INT%2fCESCR%2fGEC%2f4758&Lang=en>

perante o Comitê (CDESC, 1990). É de se observar, portanto, que o Comentário não impõe a vedação ao retrocesso de medidas tendentes a cumprir as obrigações decorrentes do Pacto (tida, inclusive, como princípio).¹⁰

Entende-se que a progressividade não pode ser interpretada de forma que ocasiona a inação ou a retração imotivada dos DESC, sob pena de quebra do *pacta sunt servanda* e da boa-fé, traduzida na tentativa fraudulenta de eximir-se de obrigação voluntariamente assumida perante a comunidade internacional. A motivação do retrocesso deve-se pautar na comprovada e absoluta escassez de recursos (diga-se: quando não mais houver aportes para nenhuma outra frente estatal, como propaganda governamental, por exemplo).

Ocorre que em “tempos de crise”¹¹ se tem observado que os DESC são os primeiros a sofrer os impactos,¹² pois não se pode desconsiderar que, em sua grande maioria, são realizáveis por (e dependentes de) políticas públicas, as quais necessitam de aportes financeiros advindos dos distintos entes federativos (no caso brasileiro, União, Estados, Distrito Federal e Municípios).

Pérez Luño (2013, p. 18-19), ao referir-se à crise por que passou a Espanha, principalmente a partir de 2008, afirma que os DESC têm sofrido constantes ataques em nome de um condicionamento econômico, aludindo-se a expressões como “condicionamento fiscal” ou “reserva econômica do possível” como forma de, ao fim, negar-se, limitar-se ou postergar-se a satisfação desses direitos.

Grande parte dessa dificuldade ainda decorre da dicotomia inspiradora da própria adoção dos pactos, ocasionada pela guerra fria (direitos civis e políticos – capitalismo; direitos econômicos, sociais e culturais – socialismo), diferenciação esta que em nada facilita a efetivação dos direitos. Abramovich e Courtis (2002, p. 47-48) questionam, contudo, se ainda há algum sentido em manter-se essa distinção. Para os autores, ela só é útil para refletir as diferentes matrizes político-ideológicas de sua regulamentação jurídica e para demonstrar historicamente a fonte de sua idealização e positivação.

Pisarello (2007, p. 59) tece crítica a três teses que tentam estabelecer uma diferença estrutural entre os DESC e os DCP, as quais, embora – e na maioria das vezes – se pautem em argumentos históricos, axiológicos e dogmáticos derivados dos

¹⁰ Acerca do princípio da vedação de retrocesso, ver Ingo Wolfgang Sarlet, Os Direitos Fundamentais (Sociais) e a assim chamada proibição de retrocesso: contributo para uma discussão, em Felipe Dalenogare Alves e Aneline dos Santos Ziemann (comp.), *A Jurisdição Constitucional e os Direitos Fundamentais nas Relações Privadas: questões contemporâneas*. São Paulo, PerSe, 2014.

¹¹ Apenas para fins ilustrativos, na data de fechamento deste artigo (29 de março de 2017), o Governo Federal brasileiro anunciou um novo corte para os investimentos federais (recursos da União) para 2017, no valor de R\$41,2 bilhões (UOL, 2017).

¹² Para tanto, basta observar-se o impacto aos direitos sociais advindos com a Emenda Constitucional nº 95/2016, que objetivou a realização do chamado “ajuste fiscal” e a Proposta de Emenda à Constituição nº 287/2016, conhecida como “PEC da Previdência”.

distintos ordenamentos jurídicos, constituem, conforme o autor, “prejuízos ideológicos suscetíveis de refutação” ou objeções que poderiam destinar-se a todos os direitos fundamentais e não apenas aos DESC.

A primeira tese pontua que os DESC são direitos exclusivamente prestacionais e representam elevado custo para o Estado. A crítica do autor corrobora a concepção já exposta acima, relativa ao custo dos direitos, de que “nem os direitos civis e políticos podem caracterizar-se só como direitos negativos, de abstenção, nem os direitos sociais atuam sempre como direitos positivos, de prestação” (Pisarello, 2007, p. 60). Como exemplo, destacam-se o direito à propriedade (questionando-se o custo para o Estado da segurança pública) e o direito ao sufrágio universal (inquirindo-se o custo para o Estado de um processo eleitoral).

A segunda tese se aloca na ideia de que os DESC constituem direitos vagos e indeterminados. Para aqueles que fazem disso um óbice, conceitos como “moralidade” representam a vagueza do conteúdo concreto do direito, diferentemente dos DCP, que possuem enunciado mais completo, não apenas prevendo um objetivo, mas também os meios que provocam sua vulneração. Ao criticar essa concepção, o autor destaca que a indeterminação não apenas é comum na linguagem jurídica, como na natural, além de não estar presente apenas nos DESC. Desta forma, questiona-se: qual a maior precisão encontrada em direitos como “honra” e “liberdade de expressão”?¹³ (Pisarello, 2007, p. 67).

A terceira tese concerne à visão de que os DESC são direitos específicos de dimensão coletiva. A crítica traçada pelo autor considera que esses direitos são híbridos, ou seja: também contemplam uma dimensão individual. Assim, a dimensão individual ou coletiva de um direito fundamental se relaciona a diferentes fatores, dentre os quais os valores que o direito persegue, os bens jurídicos tutelados, seus titulares e seus legitimados (Pisarello, 2007, p. 72).

Conjectura-se, desse modo, que cada direito (subjeto) corresponde a uma meta política (objetiva) e neste ponto reside a relação sujeito-Estado. Por exemplo: ao direito (do indivíduo) ao trabalho corresponde a obrigação (do Estado) de elaborar e implementar uma política pública que proporcione a ele a possibilidade laboral (Arango, 2005, p. 64).

A promoção dos DESC, com a restrição ao retrocesso (regra), deve, contudo, ser analisada em conjunto com o “direito ao desenvolvimento”, o qual foi objeto, inclusive, de Declaração adotada pela ONU em 1986 por 146 Estados (inclusive o Brasil) – com 8 abstenções e 1 voto contrário, dos Estados Unidos da América.

¹³ Canotilho (2004, p. 100) afirma que “paira sobre a dogmática e teoria jurídica dos direitos econômicos, sociais e culturais a carga metodológica da «vagueza», «indeterminação» e «impresscionismo», que o autor denomina de “fuzzysmo” ou “metodologia fuzzy”, para referir-se à vagueza e imprecisão com que estes direitos são tratados. Isso decorre, em certa medida, do conteúdo híbrido destes direitos, eis que, ao mesmo tempo, constituem-se direitos de defesa e prestacionais, o que dificulta o estabelecimento de uma categoria jurídica autônoma (Gavara de Cara, 2010, p. 38).

Piovesan (2010, p. 102-104) destaca que o direito ao desenvolvimento engloba três dimensões centrais, sendo *a) justiça social*, componente central, calcado no valor da solidariedade, o qual faz com que aquele direito proveja possibilidades iguais de acesso a recursos básicos que promovam os DESC (educação, saúde, alimentação, moradia, trabalho, distribuição de renda); *b) participação e accountability*, que se traduz no ingrediente democrático do direito, com participação dos indivíduos e grupos na elaboração, implementação e monitoramento de políticas públicas, eis que a participação política não apenas é fundamental às respostas políticas às necessidades econômicas, mas indispensável à própria formulação destas; *c) programas e políticas nacionais e cooperação internacional*, que integram o direito como mandamento que impõe que os Estados, individual e coletivamente, tomem as medidas necessárias que eliminem os obstáculos ao desenvolvimento resultantes da afronta aos DESC.

Sen (2000, p. 71) syndica que o desenvolvimento objetiva a liberdade humana. Esta, por sua vez, se constitui tanto em fim quanto em meio para o desenvolvimento, pois a liberdade real inclui componentes distintos mas inter-relacionados, como facilidades econômicas, liberdades políticas, oportunidades sociais, garantias de transparência e segurança protetora.

Assim, o direito ao desenvolvimento tem por principal fim a implementação ou melhoria material, através de um processo econômico e social que objetiva o desenvolvimento de indivíduos ou grupos através de liberdades reais (substantivas) que dependem de disposições sociais e econômicas, a exemplo de saúde, educação e alimentação (Sen, 2000, p. 17-18).

Verifica-se que o princípio da progressividade está intimamente relacionado à promoção do direito humano ao desenvolvimento, razão pela qual, para compreender sua incidência na vedação de retrocesso na efetivação dos direitos econômicos, sociais e culturais, ambos devem ser analisados conjuntamente.

O Comitê, verificando que os DESC enfrentariam problemas de efetivação nos Estados Partes e que a progressividade estaria passível de um esvaziamento, lapidou, no mesmo Comentário Geral nº 3, o princípio do *minimum core obligation*, de observância impositiva a todos os signatários do Pidesc. Em “tempos de crise”, a vinculação ao princípio se impõe como meta mínima de investimento do Estado, como será observado a seguir.

2. O *minimum core obligation* como vetor de atuação econômica dos Estados Partes do Pidesc em “tempos de crise”

Como mencionado, a primeira noção do *minimum core obligation*¹⁴ surgiu no Comentário Geral nº 3, que elencou, com base na experiência adquirida pelo Comitê

¹⁴ CDESC, *Comentário Geral nº 3*, 1990. Disponível em <http://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=INT%2fCESCR%2fGEC%2f4758&Lang=en>.

durante um período de mais de uma década examinando os relatórios dos Estados Partes, um núcleo *mínimo de obrigações a garantir* a satisfação dos níveis essenciais de cada um dos direitos, competindo a cada Estado Parte empregar todos os meios necessários à sua concretização.

Do comentário Geral nº 3 também se extrai que um Estado Parte no qual qualquer número significativo de indivíduos é privado de alimentos indispensáveis, de cuidados de saúde essenciais, de moradia e abrigo dignos, ou das formas mais básicas de educação (não garantindo, assim, um núcleo mínimo), deixa de cumprir as obrigações decorrentes do Pacto, sob pena de perder a própria razão de existir.

Em um esforço para enfrentar os desafios colocados pela realização progressiva dentro dos recursos disponíveis, a partir da década de 1980 se estabeleceu nos debates sobre direitos humanos que esses direitos possuem componentes centrais não sujeitos às limitações materiais dos Estados: o *minimum core obligation* (Forman *et al.*, 2016, p. 3).

O princípio tem sofrido críticas advindas principalmente da Europa e dos Estados Unidos da América (e também dos demais países de língua anglo-saxônica, em que a sua aplicação é constatada com maior incidência), especialmente no tocante à redução dos DESC a um “padrão mínimo”. Esta crítica é compreensível nos países em pleno desenvolvimento. Entende-se, porém, que no contexto latino-americano, principalmente em “tempos de crise”, trabalhar-se com um “mínimo” já é buscar uma utopia que se concretiza com a própria tentativa de realizá-la. É necessário, portanto, contextualizar sua aplicação.

É óbvio que diante do princípio da progressividade, como visto, assim que é promovido o *minimum core obligation*, deve o Estado partir para o aprimoramento do patamar de efetivação (não se pode deixar de considerar que os DESC constituem “mandamentos de otimização”). Quer-se estabelecer um “pisso”, e este, por sua vez, conforme os parâmetros definidos pelo Pidesc, já se encontra em padrões razoáveis, como se verá a seguir.

Outra crítica referente à aplicação do princípio se refere à interpretação a ele dada pelos tribunais nacionais (quando utilizado). Aqueles que utilizaram o *minimum core obligation* o fizeram de forma dispersa, e em muitos casos diferiram demasiadamente na aferição de sua noção e na composição do seu conteúdo (Chowdhury, 2009, p. 2-3).¹⁵

Harris (2013, [s.p]) defende, em patamares radicais, “que o conceito de ‘minimum core obligation’ no Direito Internacional dos Direitos Humanos deve ser abandonado”. Afirma o autor que “o minimum core é muito criticado: por ser extremamente

¹⁵ Como exemplo, Chowdhury (2009, p. 7) destaca três abordagens distintas nessa utilização: a) a adoção integral pela Corte Constitucional da Colômbia do conceito lapidado pelo Pidesc; b) a adaptação interna (com redução conceitual) realizada pela Suprema Corte Indiana e pela Suprema Corte do Estado de Nova York; c) a negação completa da aplicação do princípio pela Corte Constitucional da África do Sul.

indeterminado, muito rígido, inadequado para a determinação judicial, inútil no mundo real e prejudicar a proteção dos direitos”. Discorda-se de seus argumentos, diante das razões que seguem:

- a) ainda que não se possa impor uma carga conceitual pronta e acabada para cada direito previsto no Pidesc, o Comitê preocupou-se em estabelecer contornos ao seu conteúdo, os quais, se levados em consideração nos sistemas domésticos, diminuirão a sua indeterminação;¹⁶
- b) justamente por se tratar de um “mínimo”, não há de se falar em flexibilização. Caso não se estabelecesse um núcleo mínimo como ponto de partida para a implementação progressiva dos DESC, sequer esse seria adimplido pelos Estados-Partes;
- c) em um cenário de ampla margem de atuação interpretativa judicial (ainda que se tente mitigá-la), não é difícil se perceber a indeterminação da construção jurisprudencial no que tange aos DESC.¹⁷ Assim, acredita-se que dando-se força normativa ao princípio este contribuirá para a construção de parâmetros à atuação judicial em matéria de DESC, pois servirá como uma espécie de “moldura”;
- d) só será inútil ao mundo real se não for considerado pelos Estados Partes. É nesse sentido que se objetiva a construção de uma teoria conceitual de sua operacionalização: através da necessária observância dos tratados internacionais e da interpretação conferida a ele pelos órgãos encarregados de sua guarda, como o CDESC;¹⁸
- e) como já mencionado, compreende-se que em um cenário de plena promoção dos DESC (em países desenvolvidos) a noção de “mínimo” até poderia reduzir a obrigação estatal em sua efetivação – deve-se observar, porém, o impedimento ante a regra da vedação de retrocesso. Ocorre que no cenário de pobreza continental latino-americano, na prática, a efetivação do mínimo servirá para a otimização desses direitos, e não para sua redução.

¹⁶ Tushnet (2009, p. 256) destaca que a grande dificuldade dos tribunais em aplicar o princípio do *minimum core obligation* está concentrada na tentativa de se estabelecer o que seria um mínimo. Frente a isso, o autor, partindo do exemplo estabelecido à educação básica, destaca que esta tentativa deve sair do plano absoluto para adentrar o plano comparativo. Explica-se: não se deve tentar, por exemplo, definir o que é uma boa educação pública, mas analisar escolas que apresentam alto índice de satisfação, conforme os parâmetros do CDESC, e buscar a comparação, no caso concreto, a níveis semelhantes, o que o relaciona à ideia de eficiência.

¹⁷ A propósito, ver Leal e Alves (2016).

¹⁸ A construção de uma teoria de operacionalização do *minimum core obligation* por intermédio do controle de convencionalidade dos atos do poder público, baseado no Pidesc e na interpretação dada a ele pelo CDESC, de onde se originou o princípio, é objeto de investigação de tese doutoral desenvolvida pelo autor, sob orientação da autora.

Young (2008, p.113-114), por sua vez, ressalta a importância do *minimum core obligation*, uma vez que busca estabelecer um teor mínimo para o conteúdo notoriamente indeterminado dos DESC. Muito embora o princípio reflita uma estratégia “minimalista” de direitos, implica em um máximo conquistado de ganhos, sob a concepção de “direitos-ambição”. Sua não observância se reveste em grave privação material, atingindo o nível de “violação” por parte dos Estados Partes do PIDESC aos seus cidadãos, razão pela qual deve ser observado acima de qualquer outro objetivo estatal, como já mencionado anteriormente.¹⁹

Não é em vão que Canotilho (2001, p. 203) o elenca como um princípio estruturante de toda a ordem econômica e social, estabelecendo a observância de um *minimum core of economic and social rights*, na falta do qual o Estado deve considerar-se um infrator das obrigações jurídico-sociais assumidas e internacionalmente impostas.

Foi justamente com o objetivo de balizar aos Estados-partes o conteúdo desse núcleo mínimo obrigatório que, traçados os parâmetros iniciais do princípio, o CDESC passou a abordar especificamente cada um dos direitos abordados no Comentário Geral nº 3.

Assim, o Comentário Geral nº 4 se dedicou ao direito à moradia, o Comentário Geral nº 12 tratou do direito à alimentação, o Comentário Geral nº 13 traçou diretrizes ao direito à educação, o Comentário Geral nº 14 se refere ao direito à saúde e o Comentário Geral nº 19 trata do direito à seguridade social. Desse modo, de uma forma sintética, passar-se-á a abordar os principais pontos referentes a estes comentários.

O Comentário Geral nº 4, de 13 de dezembro de 1991, estabelece que, ao aderirem ao Pacto, os Estados Partes reconhecem o direito de todos a um padrão de vida adequado para si e sua família, incluindo uma alimentação adequada, vestuário e habitação, para a melhoria contínua das condições de vida. Assim, o direito à moradia adequada, na interpretação do CDESC, é de importância fulcral para o gozo de todos os direitos econômicos, sociais e culturais.²⁰

O direito à moradia adequada se aplica a todos. O indivíduo, bem como a família, tem o direito à moradia adequada, independentemente da idade, condição econômica, grupo ou outra afiliação ou status, além de outros fatores. Um ponto importante remete à interpretação dada pelo Comitê ao conceito de moradia, qual seja: esta não deve ser interpretada em sentido restritivo, mas como o direito de viver em algum lugar em segurança, paz e dignidade (três elementos mínimos do conteúdo do direito).

¹⁹ O estudo da autora, com sessenta páginas, reveste-se de extrema importância, pois investiga o conteúdo do conceito atribuído ao *minimum core obligation* pelo CDESC.

²⁰ CDESC, *Comentário Geral nº 4*, 1991. Trad. livre. Disponível em <http://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=INT%2fCESCR%2fGE-C%2f4759&Lang=en>. Acesso em 30 de setembro, 2015.

O CDESC justifica esta interpretação ampla com base em duas razões: em primeiro lugar, o direito à moradia está ligado a outros direitos humanos e aos princípios fundamentais dos quais a aliança (união) é uma premissa. Em segundo lugar, o dispositivo estabelecido no Pacto deve ler-se como relacionado não apenas à habitação, mas à moradia adequada, ou seja que envolve privacidade, espaço, segurança, iluminação, ventilação, infraestrutura básica e localização adequados, tudo a um custo razoável (conteúdo essencial dos três elementos mínimos do direito). Em apertada síntese, estes são os parâmetros mínimos à moradia estabelecidos pelo Comitê.

O Comentário Geral nº 12, de 12 de maio de 1999, estabelece que o direito humano à alimentação adequada, para si e a família, é fundamental para o gozo de todos os direitos, estando inseparavelmente ligado à dignidade da pessoa humana. O CDESC também o considera indissociável à justiça social, exigindo a adoção de políticas econômicas, ambientais e sociais adequadas, tanto em nível nacional quanto internacional, orientadas à erradicação da pobreza e à consecução deste direito.²¹

Segundo o Comitê, o direito à alimentação adequada se concretiza quando a pessoa humana tem acesso físico e econômico ao alimento adequado. O CDESC reconhece que o direito à alimentação adequada será realizado progressivamente, ressaltando, no entanto, que os Estados têm a obrigação de tomar as medidas necessárias para mitigar e aliviar a fome. Importante, ainda, destacar que o Comitê considera que o conteúdo mínimo do núcleo do direito implica não somente na disponibilidade de alimentos em quantidade e qualidade suficientes para satisfazer as necessidades nutricionais de indivíduos, livre de substâncias adversas e aceitável dentro de uma determinada cultura, mas também a acessibilidade aos alimentos de forma que seja sustentável e não interfira no gozo de outros direitos humanos.

O Comentário Geral nº 13, de 8 de dezembro de 1999, versa sobre o direito à educação, afirmando que esta é tanto um direito humano autônomo quanto um meio indispensável à consecução de outros direitos. O Comitê aponta que a educação é o principal veículo pelo qual crianças e adultos marginalizados econômica e socialmente podem livrar-se da pobreza e obter os meios de participar plenamente em suas comunidades. A educação tem um papel vital no sentido de capacitar as mulheres, proteger as crianças da exploração sexual e do trabalho, promovendo os direitos humanos e a democracia, além de colaborar na proteção do meio ambiente, constituindo-se, reconhecidamente, em um dos melhores investimentos financeiros que os Estados Partes podem fazer.²²

O CDESC recomenda que a aplicação precisa e adequada do direito à educação deve contemplar alguns elementos básicos: disponibilidade – oferta de programas

²¹ CDESC, *Comentário Geral nº 12*, 1999. Trad. livre. Disponível em <http://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=E%2fC.12%2f1999%2f5&Lang=en>. Acesso em 30 de setembro, 2015.

²² CDESC, *Comentário Geral nº 13*, 1999. Trad. livre. Disponível em <http://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=E%2fC.12%2f1999%2f10&Lang=en>. Acesso em 30 de setembro, 2015.

e aparato de ensino disponível em quantidade suficiente para atender a demanda; acessibilidade (não discriminação, acessibilidade física e econômica) – a educação deve ser acessível a todos, sem discriminação; aceitabilidade – a forma e o conteúdo da educação, incluindo currículos e métodos de ensino, devem possuir um padrão aceitável (por exemplo, serem relevantes, culturalmente apropriados e de boa qualidade); e adaptação – a educação deve ser flexível, adaptando-se às mudanças sociais, respondendo às necessidades da respectiva comunidade escolar, dentro de sua diversidade sociocultural.

O Comitê destaca, ainda, que o direito à educação inclui elementos da disponibilidade, acessibilidade, aceitabilidade e capacidade de adaptação que são comuns à educação em todas as suas formas e em todos os níveis, constituindo-se na educação básica, obrigatória e disponível para todos, visando garantir a satisfação das necessidades básicas de aprendizagem, levando-se em consideração a cultura, as necessidades e as possibilidades da comunidade.

O Comentário Geral nº 14, de 11 de agosto de 2000, dispõe sobre o direito à saúde, destacando sua indispensabilidade para o exercício de outros direitos humanos, tais como a alimentação, habitação, trabalho, educação, dignidade humana, vida, não discriminação, igualdade, proibição da tortura, privacidade e acesso à informação, e das liberdades de associação, religião e circulação. O CDESC enfatiza que cada ser humano tem direito ao pleno gozo da saúde, para que possa desfrutar de uma vida com dignidade.²³

Os Estados Partes devem objetivar o mais alto padrão atingível de saúde física e mental, reconhecendo-se que o direito à saúde abranja uma ampla gama de fatores sócio-econômicos que promovam as condições em que as pessoas possam levar uma vida saudável, estendendo-se ainda a interpretação aos determinantes subjacentes da saúde, tais como alimentação essencial mínima, adequada nutricional e segura; habitação com saneamento básico; acesso a água limpa e potável;²⁴ condições de trabalho seguras e saudáveis; além do fornecimento de medicamentos essenciais à sobrevivência e dignidade humanas, em especial os definidos no Programa de Ação sobre Medicamentos Essenciais da Organização Mundial de Saúde.

O Comentário Geral nº 19, de 4 de fevereiro de 2008, elenca recomendações mínimas referentes à seguridade social, a qual é indispensável para garantir a dignidade de todas as pessoas quando são confrontadas com circunstâncias que venham a privá-las da capacidade de exercer plenamente seus demais direitos previstos no Pacto. Conforme a interpretação do CDESC, o direito à seguridade social abrange elementos mínimos como o acesso aos benefícios e sua manutenção

²³ CDESC, *Comentário Geral nº 14*, 2000. Trad. livre. Disponível em <http://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=E%2fC.12%2f2000%2f4&Lang=en>. Acesso em 30 de setembro, 2015.

²⁴ A respeito do direito à água e seu *minimum core obligation*, ver o trabalho específico cunhado por McGraw (2011).

sem discriminação, a fim de garantir proteção diante de incapacidade causada por doença, maternidade, invalidez, doença laborativa, desemprego, velhice ou morte de um membro da família, dentre outros.²⁵

O Comitê enfatiza que a Seguridade Social, através de seu caráter redistributivo, desempenha um papel importante na erradicação da pobreza, evitando a exclusão social e promovendo a inclusão social. Assim, os Estados -partes devem tomar medidas eficazes, não medindo esforços na destinação de recursos à consecução deste direito para todas as pessoas, sem qualquer discriminação.

A obrigação de satisfazer esses níveis essenciais decorre do princípio da boa-fé a que estão submetidos os Estados Partes desde a ratificação do Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (Gotti, 2012, p. 84-85). Por conseguinte, devem realizar um planejamento para que seu sistema econômico permita a promoção progressiva desses direitos a partir do *minimum core obligation*.

É possível se perceber, portanto, que o *minimum core obligation* se constitui em “pisso” razoável à concretização dos DESC, pois, mesmo que a sua efetivação ocorra gradativamente, os Estados Partes devem satisfazer pelo menos esse núcleo mínimo, ainda que em períodos “de crise”, adotando providências que visem a proteger as pessoas em situações de desvantagem ou de vulnerabilidade social.

3. Conclusão

Como visto no decorrer do artigo, ao aderir voluntariamente a um Pacto Internacional, o Estado assume obrigações internacionais de tomar todas as medidas internas para o seu adimplemento, ainda que elas impactem no seu sistema econômico, como é o caso dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais.

Diante do princípio da progressividade e do direito ao desenvolvimento, mesmo que o Comitê dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais tenha admitido a hipótese excepcional e justificada de retrocesso, isso só deverá ocorrer depois que todos os recursos estatais destinados a outras frentes tenham sido esgotados.

Ainda assim, há um núcleo mínimo de obrigações que, por princípio, deve ser assegurado, constituindo-se no assim chamado *minimum core obligation*. Este princípio impõe aos Estados-Partes do pacto o adimplemento de medidas que assegurem um conteúdo mínimo aos DESC, conforme apresentado pelo Comitê em seus Comentários Gerais por ocasião da interpretação do Pidesc.

O princípio, pouco conhecido em países de língua latina e muito utilizado em países de língua anglo-saxônica, sofre – em distintos países, principalmente naqueles já desenvolvidos, com efetivação dos DESC acima do patamar mínimo – críticas

²⁵ CDESC, *Comentário Geral nº 19*, 2008. Trad. livre. Disponível em <http://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=E%2fC.12%2fGC%-2f19&Lang=en>. Acesso em 30 de setembro, 2015.

acerca de sua indeterminação e pela possibilidade reducionista na promoção desses direitos.

Ocorre que, faticamente, analisando-se o conteúdo delineado pelo CDESC a direitos como moradia (Comentário Geral nº 4), alimentação (Comentário Geral nº 12), educação (Comentário Geral nº 13), saúde (Comentário Geral nº 14) e seguridade social (Comentário Geral nº 19), percebe-se que, no contexto de pobreza continental que afeta a América Latina, o *minimum core obligation* ainda se encontra longe de ser alcançado.

Isto significa dizer que nos Estados Latino-americanos, sendo o Brasil um exemplo, a observância do princípio ainda se encontra no plano utópico, principalmente em “tempos de crise”, mas que deve ser buscada e balizada como ponto de partida para a progressiva promoção dos DESC.

Verifica-se, diante do exposto – objetivando-se responder ao problema que ensejou a pesquisa – a importância de se estabelecer o *minimum core obligation* como parâmetro de partida para a progressividade no cumprimento das obrigações decorrentes do Pidesc e, por consequência, como vetor a balizar o investimento econômico de um Estado, principalmente em “tempos de crise”.

Assim, há de se reconhecer que a promoção dos DESC deve guiar o sistema econômico do Estado, o que, sem dúvidas, acarreta impactos financeiros, razão pela qual deve ser realizada com planejamento progressivo e eficaz que assegure políticas sociais e econômicas que atinjam todos os indivíduos ou grupos de indivíduos de forma igualitária, concretizando-se, assim, o direito ao desenvolvimento.

Por derradeiro, há de se dizer que no contexto brasileiro ainda há a carência de uma teoria que sistematize a aplicação do princípio do *minimum core obligation* aos atos do poder público, estabelecendo sua força vetor-normativa no sentido de se assegurarem padrões internacionais mínimos, decorrentes da interpretação dada pelo Comitê dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais ao Pidesc. Este fato demonstra o ineditismo da presente investigação.

Referências

- ABRAMOVICH, Víctor e Christian COURTIS, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Madri, Editorial Trota, 2002.
- ARANGO, Rodolfo, *El concepto de Derechos Sociales Fundamentales*, Bogotá, Legis, 2005.
- BRASIL, *Decreto nº 591, de 6 de julho de 1992*. Promulga Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/Do591.htm>.
- _____, *Decreto nº 592, de 6 de julho de 1992*. Promulga Pacto Internacional sobre Direitos Cívicos e Políticos. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/Do592.htm>.

- _____, *Decreto nº 7.030, de 14 de dezembro de 2009*. Promulga a Convenção de Viena sobre o direito dos tratados concluída em 23 de maio de 1969. Disponível em <http://planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d7030.htm>.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, Coimbra, Almedina, 2001.
- _____, Metodologia “fuzzy” e camaleões normativos, em José Joaquim Gomes CANOTILHO, *Estudos sobre Direitos Fundamentais*, Coimbra, Coimbra, 2004. pp. 93-103.
- CDESC, *Principios de Limburgo Relativos a la Aplicación del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*, Discutida del 2 al 6 de junio de 1986, Maastricht, Países Baixos, 1986. Disponível em <http://www.derechos.org.ve/pw/wp-content/uploads/desc_07.pdf>.
- _____, *Comentário Geral nº 3/1990*. Disponível em <http://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=INT%2fCESCR%2fGEC%2f4758&Lang=en>.
- _____, *Comentário Geral nº 4/1991*. Disponível em <http://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=INT%2fCESCR%2fGEC%2f4759&Lang=en>.
- _____, *Comentário Geral nº 7/1997*. Disponível em: <http://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=INT%2fCESCR%2fGEC%2f6430&Lang=en>.
- _____, *Comentário Geral nº 12/1999*. Disponível em <http://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=E%2fC.12%2f1999%2f5&Lang=en>.
- _____, *Comentário Geral nº 13/1999*. Disponível em <http://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=E%2fC.12%2f1999%2f10&Lang=en>.
- _____, *Comentário Geral nº 14/2000*. Disponível em <http://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=E%2fC.12%2f2000%2f4&Lang=en>.
- _____, *Comentário Geral nº 19/2008*. Disponível em <http://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=E%2fC.12%2fGC%2f19&Lang=en>.
- CHOWDHURY, Joie, “Judicial Adherence to a Minimum Core Approach to Socio-Economic Rights – A Comparative Perspective”, *Cornell Law School Inter-University Graduate*, 2009. Disponível em <http://scholarship.law.cornell.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1055&context=lps_clap>
- FORMAN, Lisa *et al.*, “Conceptualising minimum core obligations under the right to health: How should we define and implement the ‘morality of the depths’”, em *The International Journal of Human Rights*, 2016. Disponível em <<http://dx.doi.org/10.1080/13642987.2015.1128137>>.

- GAVARA DE CARA, Juan Carlos, *La dimensión objetiva de los derechos sociales*, Barcelona, Bosch Editor, 2010.
- GOTTI, Alessandra, *Direitos sociais: fundamentos, regime jurídico, implementação e aferição de resultados*, São Paulo, Saraiva, 2012.
- HARRIS, Max, “Downsizing rights: why the ‘minimum core’ concept in International Human Rights Law should be abandoned”, *Public Interest Law Journal of New Zealand*, n. 10, 2013. Disponível em <<http://www.nzlii.org/nz/journals/NZPubIntLawJl/2013/10.html>>.
- HOLMES, Stephen e Cass R. SUNSTEIN, *El costo de los derechos: por qué la libertad depende de los impuestos*, Buenos Aires, Siglo Veintiuno, 2012.
- LEAL, Mônia Clarissa Hennig e Felipe Dalenogare ALVES, A Corte Interamericana de Direitos Humanos como indutora de políticas públicas estruturantes: o exemplo da educação em direitos humanos – uma análise dos casos Ximenes Lopes e Gomes Lund versus Brasil – perspectivas e desafios ao cumprimento das decisões, *Revista do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos*, n. 15, p. 287-300, out. 2015. Disponível em <<http://revista.ibdh.org.br/index.php/ibdh/article/view/318>>.
- _____, A efetivação dos direitos econômicos, sociais e culturais pelo poder judiciário: o Projeto de Lei n. 8.058/2014 e os desafios em sede de controle jurisdicional de políticas públicas, *Espaço Jurídico: Journal of Law [EJLL]*, v. 17, n. 3, pp. 993-1012, dez. 2016. Disponível em <<http://editora.unoesc.edu.br/index.php/espacojuridico/article/view/9817>>.
- MCGRAW, George S, “Defining and defending the right to water and its minimum core: legal construction and the role of national jurisprudence”, *Loyola University Chicago International Law Review*, v. 8, n. 2., 2011. Disponível em <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1935520>.
- PÉREZ LUÑO, Antonio Henrique, Aproximación al análisis conceptual de los derechos sociales, em Álvaro Sánchez BRAVO *et al.*, *Derechos Sociales en tiempos de crisis*, Sevilla, Punto Rojo Libros, 2013.
- PIOVESAN, Flávia, Direito ao desenvolvimento – desafios contemporâneos, em Flávia PIOVESAN e Inês Virgínia Prado SOARES (comp.), *Direito ao desenvolvimento*, Belo Horizonte, Fórum, 2010.
- PISARELLO, Gerardo, *Los derechos sociales y sus garantías: elementos para una reconstrucción*, Madri, Editorial Trotta, 2007.
- REVISTA ÉPOCA. ONU: Crise Econômica emperra IDH no Brasil, Notícia de 21 mar. 2017. Disponível em <<http://epocanegocios.globo.com/Economia/noticia/2017/03/onu-crise-economica-emperra-idh-no-brasil.html>>. Acesso em 10 ago. 2017.
- SARLET, Ingo Wolfgang, Os Direitos Fundamentais (Sociais) e a assim chamada proibição de retrocesso: contributo para uma discussão, em Felipe Dalenogare ALVES e Aneline dos Santos ZIEMANN (comp.), *A Jurisdição Constitucional e os Direitos Fundamentais nas Relações Privadas: questões contemporâneas*. São Paulo, PerSe, 2014.

- SEN, Amartya, *Desenvolvimento como liberdade*, São Paulo, Companhia das Letras, 2000.
- TEIXIDÓ, Laura Salamero, *La protección de los derechos sociales en el ámbito de las Naciones Unidas - El nuevo Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*, Pamplona, Civitas, 2012.
- TUSHNET, Mark, “Weak courts, strong rights: Judicial review and social welfare rights in comparative constitutional law”, *Princeton University Press*, 2009.
- UOL. *Governo anuncia corte de R\$42,1 bilhões e volta de impostos para empresas*, Notícia de 29 mar. 2017. Disponível em <<https://economia.uol.com.br/noticias/redacao/2017/03/29/governo-anuncia-corte-no-orcamento.htm>>.
- YOUNG, Katharine G, “The Minimum Core of Economic and Social Rights: A Concept in Search of Content”, *Yale Journal of International Law*, v. 33. n. 113, 2008.

VOLVER A LA TABLA DE CONTENIDO

Lígia Mori Madeira* (Brasil)
Leonardo Geliski** (Brasil)

Políticas Sociais nos Tribunais Intermediários: Tribunais Regionais Federais em evidência¹

RESUMO

A pesquisa tem como objeto as políticas sociais e seu tratamento no sistema de justiça federal brasileiro. O referencial teórico compreende o debate sobre direitos econômicos e sociais na América Latina, acesso à justiça, *compliance* e judicialização das políticas sociais. Como metodologia, o estudo analisou decisões judiciais dos Tribunais Regionais Federais (TRFs) em cada região do país no período 2003-2014, olhando para o perfil das demandas judiciais, o relacionamento interpartes e a rede de atores no processamento de ações de políticas sociais.

Palavras-chave: atores e instituições do sistema de justiça, políticas sociais, direitos econômicos e sociais.

ZUSAMMENFASSUNG

Gegenstand der vorliegenden Untersuchung ist die Sozialpolitik und ihre Behandlung durch die brasilianische Bundesgerichtsbarkeit. Den theoretischen Bezugsrahmen bildet die Debatte über wirtschaftliche und soziale Rechte in Lateinamerika,

* Lígia Mori Madeira é Professora dos Programas de Pós-Graduação em Políticas Públicas e em Ciência Política da Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Coordenadora do Núcleo de Estudos em Direitos, Instituições e Políticas Públicas (NEDIPP/UFRGS). Doutora em Sociologia (UFRGS). ligiamorimadeira@gmail.com

** Leonardo Geliski é Advogado. Mestrando do Programa de Pós-Graduação em Políticas Públicas na UFRGS. Membro do NEDIPP/UFRGS. geliski.leonardo@gmail.com

¹ Resultados preliminares desta pesquisa foram obtidos durante estágio de pós-doutorado na *London School of Economics and Political Science* com bolsa da Capes. Agradecemos os comentários de Matthew Taylor (*Brazilian Studies Association* - Brasa XII), Veronica Michel, Javier Martin-Reyes (*XXXIV International Congress of the Latin American Studies Association*), Fernando Fontainha, Roberto Fragale Filho e Pedro Heitor Barros Geraldo (40º Encontro Anual da Anpocs e X Encontro do Associação Brasileira de Ciência Política – ABCP) e os pareceristas anônimos desta publicação.

Zugang zur Justiz, Compliance und Judizialisierung der Sozialpolitik. Als Methode wählt die Studie eine Analyse der Gerichtsentscheidungen, die von den regionalen Bundesgerichten im Zeitraum 2003 - 2014 in den einzelnen Regionen des Landes getroffen wurden, und untersucht das Profil der Klagen, die Beziehungen zwischen den beteiligten Parteien und das Netzwerk der Akteure, die an der Umsetzung der Sozialpolitik mitwirken.

Schlagwörter: Akteure und Institutionen des Justizsystems, Sozialpolitik, wirtschaftliche und soziale Rechte.

ABSTRACT

The research aims at social policies and their treatment in the Brazilian federal justice system. The theoretical framework includes the debate on economic and social rights in Latin America, access to justice, compliance and judicialization of social policies. The study analyzed judicial decisions of the Federal Regional Courts (TRFs) in each region of the country in the period 2003-2014, studying the profile of lawsuits, the inter-party relationship, and the network of actors in the processing of social policy actions.

Key words: Actors and institutions of the justice system, social policies, economic and social rights.

Introdução

Instituições judiciais independentes têm a capacidade de promover e manter o bem-estar humano, estabilizar os regimes democráticos e proteger os direitos humanos.² Incluem-se em uma dimensão institucional relacionada com a prevenção de arbitrariedades dos governos, em uma dimensão individual ligada à correção de práticas discriminatórias na aplicação da lei e em uma dimensão social relacionada à estabilidade.³

Ao longo das duas últimas décadas o Brasil buscou construir políticas sociais como mecanismos de proteção social. Não obstante, sendo um país de grandes dimensões, marcado por profundas desigualdades, resta um quadro de permanentes violações.⁴

² Julio Rios-Figueroa, Jeffrey K. Staton, “Unpacking the Rule of Law: A Review of Judicial Independence Measures”, em *CELS*, 4th Annual Conference on Empirical Legal Studies Paper, april, 2009.

³ Julio Rios-Figueroa, Jeffrey K. Staton, “An Evaluation of Cross-National Measures of Judicial Independence”, em *Journal of Law, Economics, and Organization Advance Access*, october, núm. 24, 2012.

⁴ O Brasil tem implementado políticas públicas com foco na proteção social e nos direitos humanos. Tais políticas têm sido formuladas a partir da participação social, através de conferências realizadas periodicamente. Entretanto, há persistência de violações nos seguintes eixos: violações de direitos humanos durante a ditadura militar e necessidade de responsabilização

A atuação do sistema de justiça brasileiro vem sendo objeto de várias análises institucionais que demonstram uma disparidade de cenários, se levarmos em conta as diferentes regiões do país, especialmente quando estão em jogo causas e aspectos em que o legado cultural tem muita força.⁵ No entanto, ainda há escassez de trabalhos que se dediquem a investigar o papel do Poder judiciário, especialmente das cortes inferiores, na relação com as políticas públicas⁶ e o papel de atores como o Ministro Público e a Defensoria Pública nos processos de implementação e fiscalização dessas.

Dois setores específicos das políticas sociais são mais investigados: as áreas da saúde⁷ e educação.⁸ Em menor escala estão os estudos sobre a assistência social.⁹

A presente pesquisa tem como objeto as políticas sociais e seu tratamento nos Tribunais Regionais Federais (TRFs), cortes intermediárias da estrutura do sistema de justiça federal. Buscamos conhecer os padrões de atuação e relacionamento

dos agentes públicos; violações de direitos de defensores de direitos humanos; violações de direitos de povos tradicionais: indígenas e remanescentes de quilombos; violações do direito à moradia; violações dos direitos das mulheres; violações na área da segurança pública.

⁵ Fabio de Sá Silva, “Justiça e território: estado da arte, abordagens possíveis e questões problemáticas a partir de uma meta-análise de estudos recentes”, em Marco Aurélio Boueri; Marco Aurélio Costa. *Brasil em desenvolvimento 2013: estado, planejamento e políticas públicas*, Brasília, Ipea, 2013.

⁶ Em meados da década de 2000 sustentava-se que apesar do sabido impacto do Poder Judiciário sobre as políticas públicas e a contestação crescente da visão clássica dos tribunais como instâncias estritamente legais, o papel do Judiciário na arena das políticas públicas permanecia nebuloso tanto no Brasil quanto no resto da América Latina. Em um cenário mais recente vemos estudos centrados sobre um judiciário conhecido como fiscalizador da aplicação de políticas públicas. Conferir Matthew M. Taylor, “O Judiciário e as Políticas Públicas no Brasil”, em DADOS – Revista de Ciências Sociais, v. 50, núm. 2, 2007, pp. 229-257; e Lee J. Alston. *Political institutions, policymaking process and policy outcomes in Brazil*. Inter-american Development Bank, Research Network Working papers, R-509, 2006.

⁷ Octavio Luiz Motta Ferraz, “Brazil: Health Inequalities, Rights, and Courts: The Social Impact of the Judicialization of Health’ in Litigating Health Rights”, em Alicia Ely Yamin; Siri Gløppen (eds.), *Litigating health rights: can courts bring more justice to health*, Cambridge, Harvard University Press, 2011a.; Octavio Luiz Motta Ferraz. “Harming the Poor through Social Rights Litigation: Lessons from Brazil”, em *Texas Law Review*, Austin, EUA, v. 89, 2011b, pp. 1643-1668; Oscar Vilhena Vieira, “Supremocracia”, em *Revista de Direito GV*, São Paulo, vol. 4, núm. 2, jul-dez, 2008, pp. 441-464; e Silvia Badim Marques, “Judicialização do direito à saúde”, em *Revista de Direito Sanitário*, núm. 9.2, 2008, pp. 65-72.

⁸ Vanessa Elias de Oliveira, Vitor Marchetti, “O Judiciário e o controle sobre as políticas públicas: a judicialização da educação no município de São Paulo”, em *Encontro Nacional da Anpocs*, v. 37, 2013.

⁹ Anete Brito Leal Ivo, Alessandra Buarque de A. Silva, “O hiato do direito dentro do direito: os excluídos do BPC”, em *R. Katál.*, Florianópolis, v. 14, núm. 1, jan/jun., 2011, pp. 32-40; Carolina Scherer Bicca, *O “Ativismo Judicial” no controle das Políticas Públicas: o caso da Assistência Social no Brasil*, Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós Graduação em Direito, Instituto Brasiliense de Direito Público, Brasília, 2011; e Wederson Rufino Santos. *Deficiência e democracia: a interpretação do poder judiciário sobre o Benefício de Prestação Continuada*, Dissertação de Mestrado. PPG em Política Social da UNB, Brasília: UNB, 2009.

entre instituições e atores do sistema de justiça – Judiciário, Ministério Público e Defensoria Pública.

A justificativa para os estudos nessa temática reside em consolidar um campo ainda pouco explorado no Brasil,¹⁰ que relaciona desenvolvimento e políticas públicas sociais com o papel desempenhado pelas instituições do sistema de justiça, especialmente quanto ao envolvimento judicial no processo de *policy-making*.

Esta agenda recebe apoio político acadêmico e suporte dos organismos internacionais que, desde o início da redemocratização na América Latina, apontam um importante papel das cortes na garantia de direitos econômicos e sociais nos países em desenvolvimento.

A metodologia do estudo consistiu na montagem do banco de dados “Poder Judiciário Federal Brasileiro e a judicialização das políticas sociais”, com decisões judiciais sobre políticas sociais dos cinco Tribunais Regionais Federais entre 2003-2014, as quais receberam análise de conteúdo exploratória e análise temática com o auxílio de *WordStat* e *Nvivo*.

O artigo apresenta quatro seções: (1) referencial teórico, tratando da garantia de acesso às políticas sociais pelos tribunais no Brasil; (2) análise do método empregado e das evidências encontradas nos dados dos TRFs; (3) análise da rede de atores envolvendo as políticas sociais nos tribunais; por fim (4) as considerações finais.

1. Da judicialização da política à garantia de acesso às políticas sociais através dos tribunais¹¹

A judicialização da política foi primeiramente conceituada como o processo de transferência de conflitos da esfera política ao âmbito judicial,¹² podendo-se distinguir dois processos imbricados, mas com dimensões distintas: a judicialização como fenômeno que potencializa a participação dos membros do poder judiciário

¹⁰ Randall Peerenboom, “Law and Development in Middle-Income Countries: Introduction”, em Tom Ginsburg (eds.), *Law and Development of Middle Income Countries*, New York, Cambridge University Press, 2013. https://books.google.com.co/books?id=gPIoAgAAQBAJ&pg=PR5&lpg=PR5&dq=Law+and+Development+in+Middle-Income+Countries:+Introduction&source=bl&ots=dOs65pfkzO&sig=8S-dV9Nol-fwxXbrbFMJzOFaIkU4&hl=es-419&sa=X&ved=0ahUKewirgZer4IzYAhXETSYKHTI_Bnk-Q6AEIYTAI#v=onepage&q=Law%20and%20Development%20in%20Middle-Income%20Countries%3A%20Introduction&f=false

¹¹ O referencial teórico que serve de base a esta pesquisa já foi exposto em forma de verbete em: Madeira, Lígia Mori. Judicialização das políticas sociais. In: Rosa M. C. Fernandes, Aline Hellmann (org.), *Dicionário crítico: política de assistência social no Brasil*. Porto Alegre: UFRGS, 2016, 320 p.

¹² Santiago Basabe-Serrano, “Presidential Power and the Judicialization of Politics as Determinants of Institutional Change in the Judiciary: The Supreme Court of Ecuador (1979-2009)”, em *Politics & Policy*, Mexico City, v. 40, núm. 2, 2012, p.350.

no *policy-making* (dimensão procedimental), e o ativismo judicial como a intenção dos operadores da lei em participar desse processo (dimensão substantiva).¹³

Conceitualmente, o primeiro enfoque foi dado pela obra de Tate e Vallinder¹⁴ caracterizando (1) um novo “ativismo judicial”, isto é, uma nova disposição dos tribunais em expandir o escopo das questões sobre as quais eles devem formar juízos jurisprudenciais; e (2) o interesse de políticos e autoridades administrativas em adotar (a) procedimentos semelhantes aos do processo judicial e (b) parâmetros jurisprudenciais em suas deliberações. Nessa concepção clássica tal processo atingiria as sociedades com as seguintes características: democracia, separação de poderes, uma política de direitos, sistemas com grupos de interesse e uso judicial por parte da oposição política, partidos fracos ou coalizões frágeis nas instituições majoritárias, infraestrutura pública inadequada, até mesmo dos judiciários, e delegação às cortes da autoridade de *decision-making* em determinadas áreas.¹⁵ Apesar da importância dessa obra, o debate a respeito do papel político das cortes é anterior e bastante consolidado.¹⁶

John Ferejohn identifica três maneiras pelas quais as cortes assumem papéis frente às legislaturas: (a) os tribunais estão mais capazes e dispostos a limitar e regular o exercício do poder parlamentar, impondo limites materiais sobre o poder das instituições legislativas; (b) é nos tribunais que a política substantiva é feita; (c) os juízes têm regulado a conduta da atividade política - seja praticada dentro ou ao redor legislaturas, agências ou o eleitorado - através da construção e aplicação de normas de comportamento aceitável para os grupos de interesse, partidos políticos, eleitos e funcionários nomeados.¹⁷

A judicialização também refere-se ao uso das cortes por grupos e atores políticos, o que acaba por resultar “na transformação de questões políticas em questões jurídicas”.¹⁸ Dentre as causas estão a fragmentação do poder dentro do sistema político, limitando sua capacidade de legislar ou de ser o espaço onde as políticas são efetivamente formuladas; e o aumento na confiança das cortes como o espaço

¹³ Ernani Carvalho, “Judicialização da política no Brasil: controle de constitucionalidade e racionalidade política”, em *Análise Social*, v. 44, 2009, p. 316.

¹⁴ C. Neal Tate, Torbjörn Vallinder, *The global expansion of judicial power*. Nova York, New York University Press, 1995, p. 33.

¹⁵ *Idem*.

¹⁶ Ran Hirschl, *Towards juristocracy: the origins and consequences of the new constitutionalism*, Harvard University Press, 2009; Tom Ginsburg, *Judicial Review in New Democracies* [Online]. Cambridge, Cambridge University Press. Acesso em: Cambridge Books Online, 2003; Martin Shapiro, Alec Stone Sweet, *On law, politics, and judicialization*. Oxford, Oxford University Press, 2002; e Charles Epp, *The rights revolution: Lawyers, activists and Supreme Courts in comparative perspectives*. Chicago, The University of Chicago Press, 1998.

¹⁷ John Ferejohn, “Judicializing politics, politicizing law”, em *Law and contemporary problems*, v. 65, núm. 3, summer, 2002, p. 42.

¹⁸ *Idem*, p. 42.

legítimo da proteção dos direitos, resultando em uma diminuição da oposição à expansão judicial.¹⁹

No Brasil os estudos buscando compreender as relações entre o judiciário e a política iniciaram apenas no final da década de 1990,²⁰ podendo-se verificar uma trajetória ascendente no ativismo judicial,²¹ com muitos estudos sobre tribunais superiores. Há diferentes focos temáticos: de estudos pioneiros centrados no papel do STF no julgamento de ADINs interpostas por atores políticos a estudos recentes sobre a explosão de ações individuais em tribunais intermediários demandando políticas sociais, diferenciam-se também perspectivas liberais-formalistas de perspectivas voltadas à compreensão da extensão da cidadania através do direito.²²

Quanto às políticas sociais, este novo cenário coincide com a luta pela garantia de direitos, seja pela constitucionalização, seja por reformas institucionais que reforçam o papel das cortes como espaços de resolução e realização de direitos sociais. Esse movimento de acesso às cortes para expandir a provisão social de políticas públicas é conceituado como “*courting social justice*”,²³ Garantindo direitos constitucionalizados, as cortes assumem dois tipos de posição: permanecem atuando mediante um estilo formalista de jurisprudência, ou adotam um estilo mais pragmático, *policy oriented*. As cortes são um espaço decisivo de mobilização, abrindo espaço nas estruturas autoritárias de poder, mas, principalmente, cumprindo um papel nas lacunas da administração estatal.

¹⁹ John Ferejohn, “Judicializing politics, politicizing law”, em *Law and contemporary problems*, v. 65, núm. 3, summer, 2002, p. 56.

²⁰ Conferir Luiz Werneck Vianna et al., *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*, Rio de Janeiro: Revan, 1999; Ernani Carvalho, “Em busca da judicialização da política no Brasil: apontamentos para uma nova abordagem”, em *Revista de Sociologia e Política*, núm. 23, 2004, pp. 127-39; Ernani Carvalho, “Judicialização da política no Brasil: controle de constitucionalidade e racionalidade política”, em *Análise Social*, v. 44, 2009, pp. 315-335. Débora Alves Maciel, Andrei Koerner, “Sentidos da judicialização da política: duas análises”, em *Lua Nova*, núm. 57, 2002, pp. 113-33; Matthew M. Taylor, “O Judiciário e as Políticas Públicas no Brasil”, em *DADOS – Revista de Ciências Sociais*, v. 50, núm. 2, 2007, pp. 229-257.

²¹ Luiz Werneck Vianna, Marcelo Burgos, Paula Salles, “Dezessete anos de judicialização da política”, em *Tempo Social*, v. 12, núm. 2, 2007, pp. 39-85.

²² Leonardo Avritzer, Marjorie Corrêa Marona, “Judicialização da política no Brasil: ver além do constitucionalismo liberal para ver melhor”, em *Revista Brasileira de Ciência Política*, núm. 15, Brasília, setembro-dezembro, 2014, pp. 69-94.

²³ Daniel M. Brinks, William Forbath, “Commentary: Social and Economic Rights in Latin America - Constitutional Courts and the Prospects for Pro-poor Interventions”, em *Texas Law Review*, Austin, EUA, v. 89, 2011, pp. 1943-1955; Daniel M. Brinks, William Forbath, “The Role of Courts and Constitutions in the New Politics of Welfare in Latin America”, em Randall Peerenboom, Tom Ginsburg (eds.), *Law and Development of Middle Income Countries*, New York, Cambridge University Press, 2013; Daniel M. Brinks, Varun Gauri, *Courting social justice: Judicial Enforcement of Social and Economic Rights in Developing World*, Cambridge University Press, 2010; e Daniel M. Brinks, Varun Gauri, “The Law’s Majestic Equality? The Distributive Impact of Litigating Social and Economic Rights”, em *Policy Research Working Paper 5999*, Washington DC, The World Bank, Development Research Group, Human Development and Public Services Team, 2012.

Os estudos preocupam-se também com os ganhos com a litigância. Enquanto análises críticas apontam a preservação das desigualdades tradicionalmente encontradas nos países latino-americanos, reproduzidas no sistema judicial com seu seletivo acesso à justiça,²⁴ outras apontam efeitos simbólicos e mudanças estruturais que podem beneficiar a população em geral, para além dos atores devidamente representados nas cortes.²⁵

No Brasil após o retorno à democracia houve mudanças na atuação do Judiciário, que passou a forjar uma jurisprudência pró direitos sociais constitucionais. Os tribunais do país se tornaram atores centrais na tomada de decisões em torno de bens básicos como a saúde e a educação.²⁶

Estudos do início dos anos 2000 apontavam um crescimento exponencial na litigância em saúde e um aumento menos expressivo dos litígios em educação, geralmente através de demandas individuais, cujo objetivo eram serviços médicos e medicamentos, concentrando-se em estados com melhores condições socioeconômicas, verificando-se uma forte correlação entre afluência global, níveis de educação e litigiosidade. Autores sustentavam haver maior litigância entre populações mais ricas e mais escolarizadas, sendo a mera existência de um quadro legal ou de serviços básicos inadequados insuficiente para gerar uma revolução por direitos sociais.²⁷

Argumentos contrários à atuação judicial sobre políticas sociais no Brasil sustentavam haver a reprodução de complicadores que iam desde a produção de efeitos colaterais, especialmente em saúde, como o processo de “furar a fila” garantido pela concessão de liminares, passando pela questão da distribuição de benefícios de litigância entre as classes sociais.²⁸ Argumentos quanto à violação do princípio da separação de poderes ou mesmo a defesa do princípio da reserva do possível continuaram sendo comumente encontrados entre os adeptos da vertente crítica da judicialização.

A realidade brasileira de litigância em saúde revela que as cortes, lideradas pelo STF, têm sido assertivas, frequentemente emitindo determinações contra o Estado para prover benefícios em saúde para indivíduos não originalmente contemplados

²⁴ Octavio Luiz Motta Ferraz, “Brazil: Health Inequalities, Rights, and Courts: The Social Impact of the Judicialization of Health’ in Litigating Health Rights”, em Alicia Ely Yamin, Siri Gloppen (eds.), *Litigating health rights: can courts bring more justice to health*. Cambridge, Harvard University Press, 2011a.; Octavio Luiz Motta Ferraz, “Harming the Poor through Social Rights Litigation: Lessons from Brazil”, em *Texas Law Review*, Austin, EUA, v. 89, 2011b, pp. 1643-1668.

²⁵ Daniel M. Brinks, William Forbath, “Commentary: Social and Economic Rights in Latin America - Constitutional Courts and the Prospects for Pro-poor Interventions”, em *Texas Law Review*, Austin, EUA, v. 89, 2011, p. 1951.

²⁶ Daniel M. Brinks, William Forbath, “The Role of Courts and Constitutions in the New Politics of Welfare in Latin America”, em Randall Peerenboom, Tom Ginsburg (eds.), *Law and Development of Middle Income Countries*. New York, Cambridge University Press, 2013.

²⁷ Florian Hoffmann, Fernando Bentes, “Accountability for Social and Economic Rights in Brazil”, em Daniel M. Brinks, Varun Gauri, *Courting social justice: Judicial Enforcement of Social and Economic Rights in Developing World*, Cambridge University Press, 2010.

²⁸ *Idem*.

pela política pública. A análise da trajetória do posicionamento das cortes indica que até metade dos anos 1990 a visão dominante no Judiciário era de que o reconhecimento dos direitos sociais pela Constituição era programático, restando à legislação o estabelecimento de programas de ação. A mudança radical deu-se como resultado da pandemia de Aids e o movimento dos tribunais inferiores na concessão de tratamentos avançados que posteriormente expandiram-se para outras áreas da saúde, incluindo procedimentos cirúrgicos, medicamentos para diabetes, Parkinson, Alzheimer, hepatite C, esclerose múltipla e outras.²⁹

Em relação especificamente à assistência social no Brasil, esta não apresenta numerosos casos judiciais, concentrando-se em demandas sobre o Benefício de Prestação Continuada (BPC) que questionam a constitucionalidade dos critérios de acesso ao benefício em relação aos dois grupos sociais específicos: idosos e pessoas com deficiência. Nesses casos os tribunais fazem a leitura da prevalência dos princípios constitucionais, de direito à sobrevivência, à cidadania e à democracia, em uma perspectiva de acesso universal aos direitos, bem como da responsabilidade do Estado em garanti-los.³⁰

Hoffmann e Bentes³¹ construíram uma tipologia com quatro modelos de litigância em direitos no Brasil: (a) ações por acesso a medicamentos e tratamentos postuladas individualmente tanto pelas classes médias quanto por vulneráveis economicamente, que costumam ser favoráveis e trazer problemas de *compliance* que costumam ser superados apenas pelas classes médias e seus advogados; (b) ações públicas promovidas pelo Ministério Público demandando remédios estruturais e frequentemente rejeitadas pelas cortes por interferir em competências do Executivo; (c) litigância organizada em setores específicos (como o das Ongs que postulam medicação para a Aids) que demandam também ações individuais com alto nível de *compliance*; (d) atuações buscando evitar procedimentos judiciais formais e negociando soluções diretamente com autoridades públicas e outros atores judiciais envolvidos, emergindo primeiramente através do MP e atualmente também através da Defensoria Pública; este modelo introduziu efeitos *erga omnes*, garantindo efeitos diretos e impacto imediato na formação da política.

Esta tipologia será útil para nossa pesquisa, conforme veremos a seguir.

²⁹ Octavio Luiz Motta Ferraz, *Between Usurpation and Abdication? The Right to Health in the Courts of Brazil and South Africa*, August 20, 2009, p. 6.

³⁰ Anete Brito Leal Ivo, Alessandra Buarque de A. Silva, “O hiato do direito dentro do direito: os excluídos do BPC”, em R. *Katál*, Florianópolis, v. 14, núm. 1, jan/jun., 2011, pp. 32-40; Carolina Scherer Bicca, *O “Ativismo Judicial” no controle das Políticas Públicas: o caso da Assistência Social no Brasil*, Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós Graduação em Direito, Instituto Brasiliense de Direito Público, Brasília, 2011; e Wederson Rufino Santos. *Deficiência e democracia: a interpretação do poder judiciário sobre o Benefício de Prestação Continuada*. Dissertação de Mestrado. PPG em Política Social da UNB, Brasília, UNB, 2009.

³¹ Florian Hoffmann, Fernando Bentes, “Accountability for Social and Economic Rights in Brazil”, em Daniel M. Brinks, Varun Gauri, *Courting social justice: Judicial Enforcement of Social and Economic Rights in Developing World*, Cambridge University Press, 2010, p. 143.

2. Método e evidências das políticas sociais nos TRFs

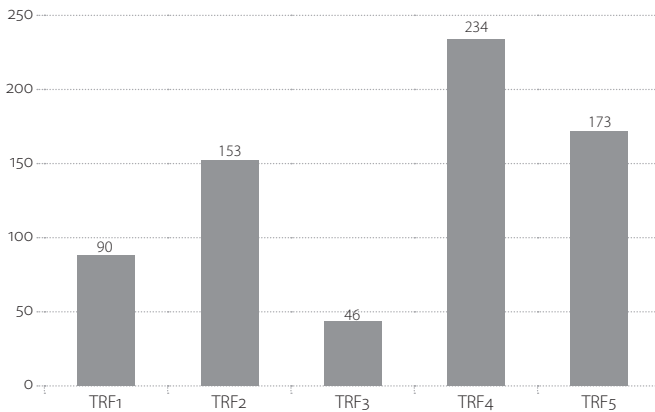
Os TRFs têm sua competência sobre cinco regiões judiciais: o TRF1 sobre 14 seções judiciárias (Acre, Amazonas, Amapá, Bahia, Distrito Federal, Goiás, Maranhão, Minas Gerais, Mato Grosso, Pará, Piauí, Rondônia, Roraima e Tocantins); o TRF2 sobre duas seções judiciárias (Espírito Santo e Rio de Janeiro); o TRF3 sobre duas seções judiciárias (Mato Grosso do Sul e São Paulo); o TRF4 sobre três seções judiciárias (Paraná, Santa Catarina e Rio Grande do Sul); e o TRF5 sobre seis seções judiciárias (Alagoas, Ceará, Paraíba, Pernambuco, Rio Grande do Norte e Sergipe).

A fim de conhecer a atuação judicial federal em políticas sociais coletamos decisões por ementa, no período de 2003 a 2014, através do verbete “políticas sociais” nos sites dos tribunais. Embora saibamos das divergências encontradas na catalogação de decisões por tribunal, consideramos esta uma maneira viável e consistente de pesquisa quando se busca uma análise qualitativa muito mais do que uma representação estatística do universo da judicialização.

O banco de dados possui seiscentas e noventa e seis (696) decisões dos cinco TRFs³², que foram submetidas à análise de conteúdo exploratória e temática. O universo de decisões³³ encontra-se distribuído conforme o gráfico abaixo:

Gráfico 1.

Universo de Decisões dos TRFs com o verbete “Políticas Sociais”



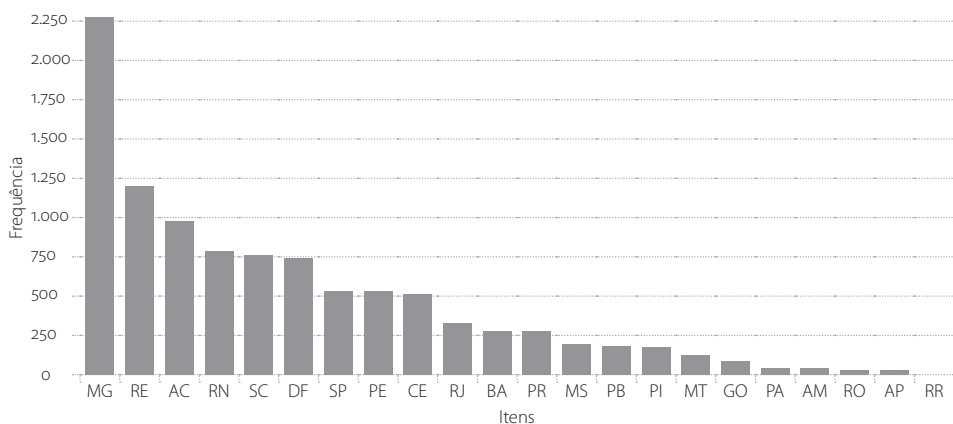
Fonte: elaboração própria.

³² É importante referir que: (1) diferentes decisões podem tratar de um mesmo caso, dada a pluralidade de recursos existentes no sistema processual civil brasileiro; (2) o Ministério Público pode recorrer em uma ação sem necessariamente tê-la iniciado, tendo em vista as suas prerrogativas constitucionais; (3) há dificuldade na identificação da atuação dos serviços de assistência e assessoria jurídica universitária, uma vez que nas decisões consta apenas o nome dos procuradores das partes.

³³ Em contraste com este levantamento, nota-se que, em ordem decrescente, os tribunais com maior competência sobre as seções judiciais são: TRF1, TRF5, TRF4, TRF2 e TRF3.

Gráfico 2.

Frequência de referência às Unidades Federativas



Fonte: Banco de dados da pesquisa Políticas Sociais nos TRFs brasileiros, 2015.

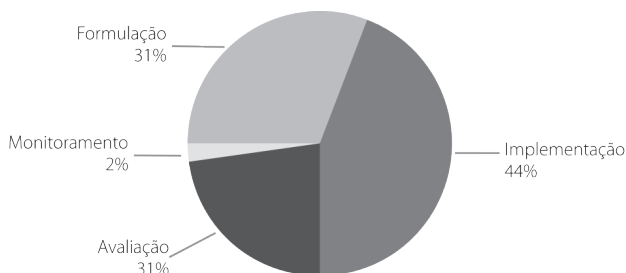
A análise exploratória revelou uma disparidade de ações entre os tribunais, com preponderância de referências aos estados de Minas Gerais e Rio Grande do Sul, o que pode confirmar estudos anteriores que demonstravam o protagonismo do segundo estado nessas matérias, reproduzindo a literatura quando apontava a relação entre condições sociais e judicialização. Como estamos tratando de referências, e não propriamente de ações, as citações a jurisprudências destes dois estados também podem estar caracterizando esse achado.

Já uma análise da quantidade de decisões por estados demonstra terem Rio de Janeiro, Santa Catarina e Rio Grande do Sul o maior número de ações interpostas no 1.º Grau, as quais geraram esse universo de recursos em grau intermediário. Da mesma forma, Rio de Janeiro, Bahia e São Paulo possuem situações *sui generis*,³⁴

Entretanto, ao comparar os dados do banco com as informações de monitoramento e resolução das demandas de assistência à saúde no 2.º grau de jurisdição do Fórum de Saúde do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), o TRF4 continua como o tribunal com o maior número de demandas, distanciando-se dos demais. Segundo o Fórum de Saúde do CNJ, os TRFs com o maior número de ações de saúde são, respectivamente: TRF4 (11.058); TRF1 (5.608); TRF3 (1.579); TRF2 (1.567); e TRF5 (4). Ressalta-se que os dados do banco são extraídos do Sistema da Resolução CNJ 107. Conferir CNJ, CNJ. Relatório de demandas relacionadas à saúde nos tribunais – dados enviados até junho de 2014. (S/D).

³⁴ O estado de São Paulo parece estar sub representado, haja vista o número pequeno de decisões de segundo grau em contraste com os demais estados. Pode estar havendo subrepresentatividade da jurisprudência publicada no site dos tribunais ou prevenção à judicialização de políticas de saúde. A instituição de Câmaras de Saúde nos Estados, setores destinados a resolução dos litígios de saúde e monitoramento, tais como a Câmara de Resolução de Litígios de Saúde (CRLS) no estado do Rio de Janeiro, a Câmara de Conciliação de Saúde (CCS) no estado da Bahia, o Fórum de Saúde do CNJ e os Comitês Executivos de Saúde dos estados do Rio de Janeiro, Paraná, Santa Catarina e Tocantins são exemplos de medidas que podem diminuir as ações judiciais.

Gráfico 4.
Frequência de referência às fases das Políticas Públicas



Fonte: elaboração própria.

a busca por fornecimento de medicamentos como direito e como dever em mais da metade dos casos de responsabilidade da União, dada a competência da Justiça Federal no julgamento das ações que têm na União o polo passivo, mas também exigindo a responsabilização de municípios (14,9% como recorrente e 17,5% como recorridos) e estados (25,2% como recorrentes e 20,18% recorridos).

Demandas por acesso ao ensino superior e à educação básica também foram encontradas em menor escala.

As decisões fazem referência às fases do ciclo de políticas públicas, principalmente à implementação, embora presentes as fases de formulação e avaliação.

3. O Poder Judiciário Federal e a sua rede de atores no processamento de ações de políticas sociais

Uma análise qualitativa das decisões encontrou padrões de relacionamento entre as partes nos processos e de atuação dos atores e instituições do sistema de justiça.

3.1. Relacionamento entre as partes nos processos

Respondendo à questão sobre quem são os atores e por que judicializam, encontramos um mesmo padrão de relacionamento descrito por Brinks e Gauri³⁶ quanto à triangulação: Estado, provedores, beneficiários (regulação, provisão e obrigações privadas). No entanto, em termos quantitativos, a relação “beneficiários *versus* Estado” é muito mais frequente em nossa base de dados.

A análise dos recorrentes demonstra que os estados são os principais autores dos recursos, seguidos de pessoas físicas e municípios. Em números menos expressivos

³⁶ Daniel M. Brinks, Varun Gauri, “The Law’s Majestic Equality? The Distributive Impact of Litigating Social and Economic Rights”, em *Policy Research Working Paper 5999*, Washington DC, The World Bank, Development Research Group, Human Development and Public Services Team, 2012.

encontramos a presença de agências reguladoras, operadoras de saúde (hospitais, Santas Casas, seguradoras privadas, universidades públicas), além dos próprios atores do sistema de justiça, como o Ministério Público Federal e os estaduais, assim como a Defensoria Pública da União e as estaduais.

As pessoas físicas, por outro lado, lideram o polo passivo dos recursos, seguidas dos estados e municípios. Tal dado é interessante porque mostra, mais uma vez, o quanto o cenário federal da judicialização é diferente do estadual e mesmo de outros países, cuja provisão assume um modelo mais liberal, fazendo com que haja uma procura por direitos do consumidor mais ampla do que a encontrada nos TRFs, onde prevalece a busca por direitos e serviços diretamente oriundos do Estado.

Nesse sentido, a tipologia apresentada na literatura que se aplica à judicialização em políticas sociais nos tribunais estaduais precisa ser atualizada para ilustrar esse panorama federal de ações; portanto, propusemos uma nova classificação, compreendendo quatro grandes tipos de demandas:

O primeiro tipo se refere à relação peculiar encontrada nos processos, que coloca em polos opostos cidadãos e Estado, quando aqueles solicitam fornecimento de medicamentos, leitos e procedimentos cirúrgicos. No caso dos medicamentos, verificamos casos de medicamentos registrados pela Anvisa não fornecidos pelo Estado por não figurarem nas listas de medicamentos gratuitamente, geralmente com a concessão autorizada pelo Judiciário; e casos de medicamentos não registrados, cujos argumentos utilizados para a não concessão invocam o rigor técnico necessário e a competência das agências reguladoras nesta escolha, apontando para o risco do Judiciário atuar sobre assunto alheio a seu conhecimento. Nos casos de concessão de leitos e procedimentos cirúrgicos ou exames as tutelas costumam ser favoráveis.

Nas ações em saúde costuma haver a responsabilidade solidaria entre os entes, entendendo-se que: “A União, o Estado, o Distrito Federal e o Município são partes legítimas para figurar no polo passivo nas demandas cuja pretensão é o fornecimento de medicamentos imprescindíveis à saúde de pessoa carente, podendo a ação ser proposta em face de quaisquer deles”.³⁷ Em termos de repercussão, é interessante verificar como o judiciário federal considera o Estado como uma figura única, não distinguindo qual dos entes é responsável pela provisão daquele direito, o que condiz com a perspectiva de um federalismo coordenado, cuja formulação e financiamento é de competências da União e aos demais entes cabe a execução.

O segundo tipo são as demandas de grupos de pacientes que pleiteiam os mesmos direitos em ações coletivas. São frequentes as demandas de portadores de doenças como HIV (SIDA), câncer, hepatite C, cuja mobilização é clássica nessa área e os julgados dos tribunais são em regra procedentes. Veremos o papel das instituições Ministério Público e Defensoria Pública na promoção dessas ações na próxima seção.

³⁷ STJ, *Agravo Regimental no Agravo de Instrumento no 842866/MT*, Primeira Turma, j. 12 jun. 2007.

Em terceiro, têm-se ações que colocam em polos opostos as operadoras de saúde e o Estado, quando este exige o pagamento de serviços de saúde prestados em órgãos públicos ou privados a beneficiários que tenham contratado tais serviços. Nesse caso, os beneficiários – cidadãos com direito à saúde garantido pelo Sistema Único de Saúde – precisam ter seu atendimento pago ao Estado por parte de suas operadoras, uma vez que se comprometeram com a remuneração do plano, que em caso de atendimento pela rede pública ficaria sem a obrigação de pagar por aquilo que recebeu para prestação.

A justificativa para tal ressarcimento encontra-se na obtenção de recursos que de forma ilegítima não foram despendidos pelas operadoras privadas. Apesar de minoritária, encontramos também posição contrária ao ressarcimento ao SUS, estabelecendo-se que não haveria relação jurídica estabelecida entre a operadora privada de saúde e o Estado, assim como não haveria por parte do cidadão uma renúncia do direito de utilização do Sistema Único de Saúde ao contratar um plano privado.

Um quarto e último tipo de ação encontrada é a busca de ressarcimento e dano por parte de pacientes que foram mal atendidos em hospitais públicos.

Na última década houve um aumento no número de processos destinados ao direito à creche e à pré-escola para crianças de 0 a 6 anos de idade. Houve também um crescimento de demandas em busca de garantia da previdência e da assistência social. No entanto, apesar dos avanços, mantém-se um número muito inferior desses casos na justiça federal brasileira.

Veremos a seguir como o sistema de justiça atua nesses casos.

3.2. Poder Judiciário Federal

Preceitos constitucionais são o fundamento da atuação do judiciário na realização das políticas públicas, desempenhando o papel de regulador, fiscalizador, impondo ao Estado e aos governos o cumprimento da Constituição e dos direitos afirmados nela.

De fato, se considerarmos que é só através das Cortes que os cidadãos acessam determinados programas e políticas públicas, fazendo valer seu direito básico, o poder judiciário acaba representando a sociedade perante a inoperância estatal, provocando a atividade dos poderes executivos nos vários níveis: União, estados e municípios. Tal atuação se baseia no princípio de mínimo existencial, que “corresponde àquelas condições materiais básicas para a vida digna. Nessas hipóteses, justifica-se plenamente o ativismo judicial em favor da proteção dos direitos sociais”.³⁸ Assim, tem-se a construção da imagem de um órgão que visa sanar a negligência da atuação do Poder Público na promoção de direitos sociais, formulação e implementação de políticas públicas.

³⁸ TRF2, *Apelação Cível n.º 2009.51.01.029677-4/RJ*, Relator Desembargador Federal Poul Erik Dyrland, Oitava Turma Especializada do TRF2, julgado em 14/12/2011.

Segundo o posicionamento majoritário, o Judiciário percebe seu papel em relação à garantia do direito à saúde e à responsabilidade que detém na transformação desse cenário.³⁹

Defendendo a proteção de hipossuficientes e vulneráveis, a atuação independente da esfera judicial seria, na visão de alguns magistrados, a única alternativa para populações de baixa renda que, com auxílio jurídico, obteriam atendimento necessitado. Sobram, no entanto, argumentos contrários à judicialização, podendo-se encontrar três grandes princípios favoráveis a tal processo: a reserva do possível, a separação de poderes e a atuação desigual proporcionada pelo Judiciário, quando interfere em prol de uns e não de outros, especialmente em casos de respeito à fila.

Segundo alguns posicionamentos, o fenômeno da judicialização do direito à saúde abrange uma rede de atores que ultrapassa o sistema de justiça, contemplando os gestores públicos, *policymakers*, burocratas, profissionais de saúde e a sociedade civil. Neste sentido, deve ser pensada para além do resguardo do direito à saúde (microsistema), abrangendo a interferência direta nas arenas decisórias das políticas e na fase de implementação, atendo-se às possibilidades orçamentárias dos entes estatais (macrosistema), mas também adotando critérios que podem promover distorções em termos de justiça distributiva.

Verificamos essas distorções em nossa base de dados: encontramos ordens para cumprimento, por parte do poder público, de medidas de satisfação imediata dos beneficiários individuais, muito mais do que medidas voltadas à realização de políticas públicas mais efetivas e que abrangem uma coletividade maior. A discussão quanto à garantia de *compliance* de direitos pelo judiciário para um único indivíduo implicando na retirada de direitos de todos os outros indivíduos que estão fora daquela relação judicial merece ser feita:

Magistrado que é chamado a atender uma demanda como a que está sendo enfrentada, em que na verdade, deve ser sopesado aqui o direito à vida e da existência digna da autora com o direito à vida de milhares de outros brasileiros que podem ficar sem atendimento por ter sido destinado valor que estava previsto para atendê-los ao cumprimento de uma decisão judicial que pretende atender a uma só pessoa, principalmente quando já vem sendo prestado atendimento adequado.⁴⁰

Nesses casos o Judiciário entende acabar por privilegiar cidadãos com maior poder aquisitivo, confirmando os achados na literatura. Por outro lado, levando-se em conta a ampliação da atuação da Defensoria Pública da União, órgão responsável

³⁹ TRF2, Apelação Cível n.º 2009.51.01.029677-4/RJ, Relator Desembargador Federal Poul Erik Dyrland, Oitava Turma Especializada do TRF2, julgado em 14/12/2011.

⁴⁰ TRF2, Apelação Cível n.º 2009.51.01.029677-4/RJ, Relator Desembargador Federal Poul Erik Dyrland, Oitava Turma Especializada do TRF2, julgado em 14/12/2011.

por cerca de 36,1% da representação dos instrumentos recursais, é preciso investigar melhor uma possível redução de desigualdade na prestação jurisdicional. A institucionalização desse órgão pode alterar um pouco o cenário de um judiciário elitista, cujo acesso se restringe às camadas mais altas da população.

3.3. Ministério Público Federal

A principal discussão envolvendo o Ministério Público se refere ao questionamento de sua legitimidade na propositura de Ação Civil Pública em prol de um único indivíduo. Os argumentos para tal uso sustentam que o referido instrumento processual pode ser utilizado para a defesa de direitos individuais indispensáveis quando, sob o conceito de *hiper vulnerabilidade*, beneficia também a sociedade, no que tem sido denominado pelos julgadores “dimensão intangível e humanista dos princípios da dignidade da pessoa humana e da solidariedade”.⁴¹

Segundo esses argumentos, Defensoria pública, associações representativas e o próprio Ministério Público, em se tratando de direitos individuais indisponíveis, são legitimados a postular sob a forma de representação processual.

Em nossa base de dados há demandas postuladas via ação civil pública pelo Ministério Público Federal pleiteando o fornecimento de medicamentos especiais para determinados indivíduos portadores do vírus HIV. Tal atuação recebe críticas severas, que alegam ser esta uma atuação como advogado ou defensor público;⁴² no entanto, este espectro de atuação do MPF em Ações Cíveis Públicas utiliza como argumento central de legitimação da demanda o conceito de “paciente paradigma”, quando a ação é feita em nome de um único indivíduo, mas cuja tese poderá ser utilizada para demandantes com patologias e/ou necessidades similares.⁴³

3.4. Defensoria Pública da União

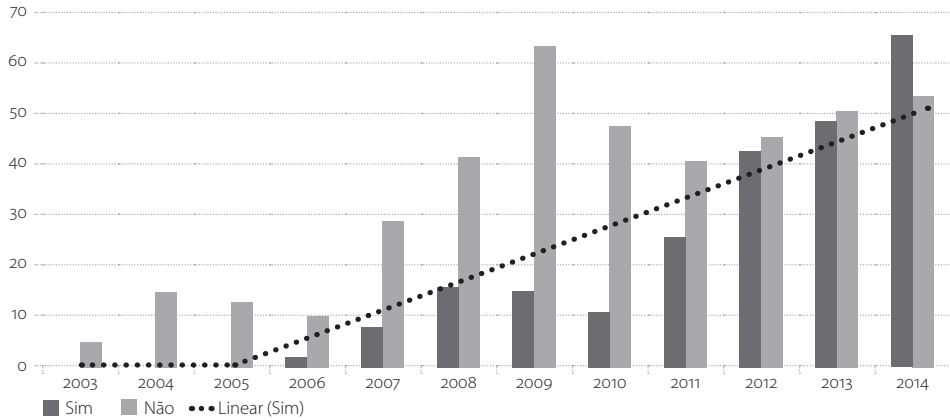
Conforme já demonstramos acima, o papel da Defensoria Pública da União (DPU) se revela fundamental para o processo de garantia de direitos, especialmente do direito à saúde. A atuação da instituição se dá mediante a propositura de ações individuais, de ações coletivas e de ações civis públicas, sempre invocando a responsabilidade solidária dos entes estatais⁴⁴ em matéria de fornecimento de tratamento médico e cirúrgico, e de fornecimento de medicamentos.

⁴¹ TRF5, *Apelação – Reexame Necessário n.º 00005666220104058102*, Relator Desembargador Federal Francisco Cavalcanti, Primeira Turma do TRF2, DJE-TRF5 16/11/2012.

⁴² TRF2, *Agravo n.º 2010.02.01.006137-0/RJ*, Relator Juiz Federal Convocado Luiz Paulo da Silva Araújo Filho, Quinta Turma Especializada do TRF2, julgado em 2011.

⁴³ TRF2, *Agravo n.º 2010.02.01.006137-0/RJ*, Relator Juiz Federal Convocado Luiz Paulo da Silva Araújo Filho, Quinta Turma Especializada do TRF2, julgado em 2011.

⁴⁴ TRF5, *Apelação – Reexame Necessário n.º 26090/RN*, Relatora Desembargadora Federal José Maria Lucena, Primeira Turma TRF5, TRF5 (DJE) - 18/04/2013.

Gráfico 5.**Participação da Defensoria Pública na representação do(a) assistido(a) no Segundo Grau de Jurisdição por ano**

Observação: *Missing (sem informação - 42) N=696*

Fonte: Elaboração própria.

Verificamos uma ampliação da atuação da DPU na representação em recursos juntos aos TRFs ao longo da última década.

O crescimento da representação da DPU que aparece nos dados está em sintonia com os processos de ampliação de competências da instituição a partir da Lei Complementar n.º 132/2009, mas exponencialmente com o aumento do efetivo de recursos humanos da instituição.

Se as ações individuais já são bastante conhecidas, chamam a atenção as ações promovidas buscando a implementação de política públicas a beneficiar grandes parcelas populacionais. Assim como o debate sobre a legitimidade para propositura de ação civil pública em nome de um único indivíduo por parte do Ministério Público, foi grande a discussão quanto à legitimidade para a propositura desse tipo de ação pelas Defensorias, vedando a limitação da atuação desta instituição.⁴⁵

Parece que a Defensoria Pública está assumindo gradativamente o seu papel como instituição legítima para a proposição de Ações Cíveis Públicas, a partir da outorga de legitimidade ocorrida em 2009.⁴⁶ No banco de dados foram encontradas

⁴⁵ Conferir TRF5, *Apelação - Reexame Necessário n.º 26090/RN*, Relatora Desembargadora Federal José Maria Lucena, Primeira Turma TRF5, TRF5 (DJE) - 18/04/2013; STJ. REsp. n.º 555.111/RJ, Voto vista proferido pela Ministra Nancy Andrihghi. *Apud* TRF2, *Apelação - Reexame Necessário n.º 2007.51.01.020475-5/RJ*, Relator Desembargador Federal Aluisio Mendes, Quinta Turma TRF2, julgamento 28/08/2013; TRF2, *Apelação - Reexame Necessário n.º 2007.51.01.020475-5/RJ*, Relator Desembargador Federal Aluisio Mendes, Quinta Turma TRF2, julgamento 28/08/2013.

⁴⁶ Em 2015, o STF reconheceu a competência das Defensorias Públicas para a proposição das ACPs no julgamento do Recurso Extraordinário (RE) 733433.

três demandas de ACPs propostas pelas defensorias, duas pela DPU (versando sobre a judicialização de políticas de saúde) e uma pela Defensoria Pública de São Paulo.

Conflitos políticos entre as instituições e atores (MP, OAB *versus* DP) contribuem para a reprodução de um cenário de ações individuais com poucos efeitos indiretos e regressivos, enquanto ações coletivas promovem equidade, o que pode ser verificado em casos de ações promovidas pelos dois órgãos,⁴⁷ com melhores chances de efetividade por beneficiarem grande quantidade de pessoas.

4. Considerações finais

As análises confirmam existir nos tribunais federais brasileiros um intenso processo de “ativismo judicial”, demonstrando a disposição de juízes e demais atores do sistema de justiça para expandir o escopo das questões sobre as quais eles devem formar juízos jurisprudenciais. Nesse sentido, parafraseando Ferejohn, os TRFs “têm se tornado cada vez mais lugares onde a política substantiva é feita”.⁴⁸

Quanto ao tipo de ações encontradas, apesar de a pesquisa ter recorte temporal uma década posterior, é possível identificar casos similares aos descobertos por Hoffmann e Bentes⁴⁹ para os tribunais estaduais brasileiros. No entanto, as ações na justiça federal levam à necessidade de uma nova classificação, englobando a relação entre cidadãos e Estado, uma vez que é o relacionamento entre cidadãos beneficiários de políticas públicas e o Estado, demandado solidariamente entre União, estados e municípios, o que melhor representa o cenário da judicialização federal: (1) quando aqueles solicitam fornecimento de medicamentos, leitos e procedimentos cirúrgicos; (2) demandas de grupos de pacientes que em ações coletivas pleiteiam também direito à saúde, verificando-se um grande papel do Ministério Público e Defensoria Pública na promoção dessas ações, cujo resultado costuma ter maior efetividade, pelos efeitos produzidos; (3) ações que colocam em pólos opostos as operadoras de saúde e o Estado, que exige o pagamento de serviços de saúde prestados em órgãos públicos ou privados a beneficiários que tenham contratado tais serviços; (4) ações de dano por parte de pacientes atendidos em instituições públicas; havendo, por fim, (5) os processos destinados ao direito e garantia à creche e pré-escola e um lento crescimento na busca judicial pela garantia à previdência e à assistência social.

⁴⁷ Vejamos o exemplo da Ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público do Estado de São Paulo e pela Defensoria Pública do Estado de São Paulo para que o Município de Santos vacine todas as crianças ou adolescentes contra o vírus influenza A “H1N1”. TRF3. Apelação Cível nº 0004390-63.2010.4.03.6104/SP, Relator Juiz Federal Convocado Roberto Jeuken, Terceira Turma do TRF3, julgado 02/05/2013.

⁴⁸ John Ferejohn, “Judicializing politics, politicizing law”, em *Law and contemporary problems*, v. 65, núm. 3, summer, 2002, p. 41.

⁴⁹ Florian Hoffmann, Fernando Bentes, “Accountability for Social and Economic Rights in Brazil”, em Daniel M. Brinks, Varun Gauri, *Courting social justice: Judicial Enforcement of Social and Economic Rights in Developing World*, Cambridge University Press, 2010, p. 143.

As ações individuais postuladas tanto pela Defensoria Pública (em alguns estados a grande maioria) quanto por advogados privados ainda constituem grande parte do universo, seguidas de ainda poucos casos promovidos pelo MPF e DPU cobrando políticas estruturais, e ainda menos casos de litigância organizada, que parece ter perdido fôlego na última década.

Uma vez que nossos achados demonstram ser maior o universo de ações promovidas pela Defensoria Pública da União do que por advogados privados, é necessária maior investigação para avaliar em que medida o argumento apresentado pela literatura de que o acesso às cortes nos casos de direitos econômicos e sociais é predominantemente dado às camadas altas da população pode ser minimizado. Nesse sentido, surge uma hipótese a ser testada em trabalhos futuros quanto à capacidade de a defensoria garantir maior acesso à justiça às populações vulneráveis.

Como uma análise como esta não investiga níveis de *compliance*, não é possível saber se as cortes compensam os déficits de *responsiveness* e *accountability* por parte do Estado brasileiro e se haveria níveis distintos de cumprimento em razão do perfil e do tipo de assessoria pública ou privada dos demandantes. Embora não estejamos trabalhando com o conceito de 'legalização'⁵⁰ e a consideração a respeito do impacto das ações, a literatura é pacífica em demonstrar que as ações coletivas são muito mais efetivas em termos de *compliance* e efeitos indiretos; no entanto, nosso cenário demonstra um judiciário ativo na concessão de acesso a direitos, mas tendo como beneficiários indivíduos e não grupos ou coletividades.⁵¹ Exceções existem, mas são ainda pouco representativas na justiça federal.

Há outras questões a investigar. É preciso ver onde essas ações estão sendo interpostas, considerar o país como um todo e as diversidades regionais, as diferenças entre os próprios tribunais federais. Na próxima fase da pesquisa iremos investigar em que medida ganhos institucionais importam para a garantia judicial das políticas sociais. Os achados preliminares instigam a investigação dos eixos das instituições e dos atores do sistema federal de justiça.⁵²

Nossa questão chave de pesquisa reside em continuar buscando saber se e em que avançamos rumo a uma justiça federal menos desigual no que diz respeito aos direitos sociais.

⁵⁰ Daniel M. Brinks, Varun Gauri, "Introduction: The Elements of Legalization and the Triangular Shape of Social and Economic Rights", em *Courting social justice: Judicial Enforcement of Social and Economic Rights in Developing World*, Cambridge University Press, 2010, passim.

⁵¹ *Idem*.

⁵² No primeiro eixo, o estudo atentarà para a estrutura das instituições do Sistema de Justiça Federal e as instituições que o compõe (MPF, TRFs, DPU, etc). O segundo eixo contemplará o estudo dos atores que constituem as instituições do sistema (defensores, procuradores, advogados, juízes e desembargadores) de modo a contrastar o perfil da atuação da instituição como um todo com a atuação individual.

Referências

- ALSTON, Lee J., *Political institutions, policymaking process and policy outcomes in Brazil*, Inter-American Development Bank, Research Network Working papers, R-509, 2006.
- AVRITZER, Leonardo, Marjorie Corrêa MARONA, “Judicialização da política no Brasil: ver além do constitucionalismo liberal para ver melhor”, em *Revista Brasileira de Ciência Política*, núm. 15, Brasília, setembro-dezembro, 2014, pp. 69-94.
- BASABE-SERRANO, Santiago, “Presidential Power and the Judicialization of Politics as Determinants of Institutional Change in the Judiciary: The Supreme Court of Ecuador (1979-2009)”, em *Politics & Policy*, Cidade do México, v. 40, núm. 2, 2012, pp. 339-361.
- BICCA, Carolina Scherer, *O “Ativismo Judicial” no controle das Políticas Públicas: o caso da Assistência Social no Brasil*, Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós Graduação em Direito, Instituto Brasiliense de Direito Público, Brasília, 2011.
- BRAZIL AND SOUTH AFRICA, August 20, 2009. Disponível em SSRN: <<http://ssrn.com/abstract=1458299>> ou <<http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1458299>>. Acesso em: 01/07/2016.
- BRINKS, Daniel M., Varun GAURI, “Introduction: The Elements of Legalization and the Triangular Shape of Social and Economic Rights”, em *Courting social justice: Judicial Enforcement of Social and Economic Rights in Developing World*, Cambridge University Press, 2010.
- BRINKS, Daniel M., William FORBATH, “The Role of Courts and Constitutions in the New Politics of Welfare in Latin America”, em Randall PEERENBOOM, Tom GINSBURG (eds.), *Law and Development of Middle Income Countries*, Nova York, Cambridge University Press, 2013.
- _____, “Commentary: Social and Economic Rights in Latin America - Constitutional Courts and the Prospects for Pro-poor Interventions”, em *Texas Law Review*, Austin, EUA, v. 89, 2011, pp. 1943-1955.
- CARVALHO, Ernani, “Em busca da judicialização da política no Brasil: apontamentos para uma nova abordagem”, em *Revista de Sociologia e Política*, núm. 23, 2004, pp. 127-39.
- _____, “Judicialização da política no Brasil: controle de constitucionalidade e racionalidade política”, em *Análise Social*, v. 44, 2009, pp. 315-335.
- CNJ. Relatório de demandas relacionadas à saúde nos tribunais – dados enviados até junho de 2014, (S/D). Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/images/programas/forumdasaude/demandasnostribunais.forumSaude.pdf>>.
- EPP, Charles, *The rights revolution: lawyers, activists and Supreme Courts in comparative perspectives*, Chicago, The University of Chicago Press, 1998.
- FEREJOHN, John, “Judicializing politics, politicizing law”, em *Law and contemporary problems*, v. 65, núm. 3, verão, 2002, pp. 41-68.

- FERRAZ, Octavio Luiz Motta, "Brazil: Health Inequalities, Rights, and Courts: The Social Impact of the Judicialization of Health' in Litigating Health Rights", em Alicia Ely YAMIN; Siri GLOPPEN (Eds.), *Litigating health rights: can courts bring more justice to health*, Cambridge, Harvard University Press, 2011a.
- _____, "Harming the Poor through Social Rights Litigation: Lessons from Brazil", em *Texas Law Review*, Austin, EUA, v. 89, 2011b, pp. 1643-1668.
- GAURI, Varun, *Social rights and economics: claims to health care and education in developing countries*, World Bank Policy Research Working Paper 3006, March, 2003.
- GINSBURG, Tom, *Judicial Review in New Democracies* [Online], Cambridge, Cambridge University Press. Acesso em Cambridge Books Online, 2003.
- HIRSCHL, Ran Hirschl, *Towards juristocracy: the origins and consequences of the new constitutionalism*, Harvard University Press, 2009.
- HOFFMANN, Florian, Fernando Bentes, "Accountability for Social and Economic Rights in Brazil", em Daniel M. BRINKS, Varun GAURI, *Courting social justice: Judicial Enforcement of Social and Economic Rights in Developing World*, Cambridge University Press, 2010, pp. 100-145.
- IVO, Anete Brito Leal, Alessandra Buarque de A. SILVA, "O hiato do direito dentro do direito: os excluídos do BPC", em *R. Katal.*, Florianópolis, v. 14, núm. 1, jan/jun., 2011, pp. 32-40.
- MACIEL, Débora Alves, Andrei KOERNER, "Sentidos da judicialização da política: duas análises", em *Lua Nova*, núm. 57, 2002, pp. 113-33.
- MARQUES, Silvia Badim, "Judicialização do direito à saúde", em *Revista de Direito Sanitário*, núm. 9.2, 2008, pp. 65-72.
- OLIVEIRA, Vanessa Elias de, Vitor MARCHETTI, "O Judiciário e o controle sobre as políticas públicas: a judicialização da educação no município de São Paulo", em *Encontro Nacional da Anpocs*, v. 37, 2013.
- PEERENBOOM, Randall, "Law and Development in Middle-Income Countries: Introduction", em Randall PEERENBOOM, Tom GINSBURG (Eds.), *Law and Development of Middle Income Countries*, Nova York, Cambridge University Press, 2013.
- RIOS-FIGUEROA, Julio, Jeffrey K. Staton, "Unpacking the Rule of Law: A Review of Judicial Independence Measures", em *CELS*, 4th Annual Conference on Empirical Legal Studies Paper, April, 2009.
- _____, "An Evaluation of Cross-National Measures of Judicial Independence", em *Journal of Law, Economics, and Organization Advance Access*, October, núm. 24, 2012.
- SANTOS, Wederson Rufino, *Deficiência e democracia: a interpretação do poder judiciário sobre o Benefício de Prestação Continuada*, Dissertação de Mestrado, PPG em Política Social da UNB, Brasília, UNB, 2009.
- SHAPIRO, Martin, Alec Stone SWEET, *On law, politics, and judicialization*, Oxford, Oxford University Press, 2002.

- SILVA, Fabio de Sá, “Justiça e território: estado da arte, abordagens possíveis e questões problemáticas a partir de uma meta-análise de estudos recentes”, em Marco Aurélio BOUERI, Marco Aurélio COSTA, *Brasil em desenvolvimento 2013: estado, planejamento e políticas públicas*, Brasília: Ipea, 2013.
- SNYDER, Richard, “Scaling Down: The Subnational Comparative Method”, em *Studies in Comparative International Development*, vol. 36, núm. 1, 2001, pp. 93-110.
- STJ, *Agravo Regimental no Agravo de Instrumento no 842866/MT*, Primeira Turma, j. 12 jun. 2007.
- TATE, C. Neal, Torbjörn Vallinder, *The global expansion of judicial power*, Nova York, New York University Press, 1995.
- TAYLOR, Matthew M., “O Judiciário e as Políticas Públicas no Brasil”, em *DADOS – Revista de Ciências Sociais*, v. 50, núm. 2, 2007, pp. 229-257.
- TRF2, *Agravo n.º 2010.02.01.006137-0/RJ*, Relator Juiz Federal Convocado Luiz Paulo da Silva Araújo Filho, Quinta Turma Especializada do TRF2, julgado em 2011.
- _____, *Apelação Cível n.º 2009.51.01.029677-4/RJ*, Relator Desembargador Federal Poul Erik Dyrlund, Oitava Turma Especializada do TRF2, julgado em 14/12/2011.
- _____, *Apelação - Reexame Necessário n.º 2007.51.01.020475-5/RJ*, Relator Desembargador Federal Aluisio Mendes, Quinta Turma TRF2, julgamento 28/08/2013.
- TRF3, *Apelação Cível n.º 0004390-63.2010.4.03.6104/SP*, Relator Juiz Federal Convocado Roberto Jeuken, Terceira Turma do TRF3, julgado 02/05/2013.
- TRF5, *Apelação - Reexame Necessário n.º 26090/RN*, Relatora Desembargadora Federal José Maria Lucena, Primeira Turma TRF5, TRF5 (DJE) - 18/04/2013.
- _____, *Apelação - Reexame Necessário n.º 00005666220104058102*, Relator Desembargador Federal Francisco Cavalcanti, Primeira Turma do TRF2, DJE-TRF5, 16/11/2012.
- VIANNA, Luiz Werneck, *et al.*, *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*, Rio de Janeiro, Revan, 1999.
- VIANNA, Luiz Werneck, Marcelo BURGOS, Paula SALLES, “Dezessete anos de judicialização da política”, em *Tempo Social*, v. 12, núm. 2, 2007, pp. 39-85.
- VIEIRA, Oscar Vilhena, “Supremocracia”, em *Revista de Direito GV*, São Paulo, vol. 4, núm. 2, jul-dez, 2008, pp. 441-464.
- WANG, Daniel Wei, *et al.*, “Os impactos da judicialização da saúde no município de São Paulo: gasto público e organização federativa”, em: *Revista de Administração Pública*, 48 (5), 2014, pp. 1191-1206.

VOLVER A LA TABLA DE CONTENIDO

Rodrigo Andrés Poyanco Bugueño* (Chile)

Derechos sociales y políticas públicas. El principio de progresividad**

RESUMEN

Los derechos sociales involucran un componente de políticas públicas cuya determinación se encuentra fuera de las competencias del juez constitucional. Por tanto, los intentos de justiciar directamente los derechos sociales contenidos en las constituciones estimulan al juez a practicar una conducta activista, evaluando elementos que en realidad no corresponden a una interpretación propiamente jurídica. Para demostrar esta afirmación, se estudiarán algunas sentencias de los tribunales constitucionales y superiores de Brasil, Colombia, Perú, Chile y de la Corte Interamericana, que aplican el denominado principio de progresividad en el cumplimiento de los derechos sociales.

Palabras clave: derechos sociales, políticas públicas, prohibición de retroceso.

ZUSAMMENFASSUNG

Die sozialen Rechte beinhalten eine Komponente öffentlicher Politik, deren Bestimmung außerhalb der Zuständigkeit des Verfassungsrichters liegt. Deshalb veranlassen die Versuche, die in den Verfassungen verankerten sozialen Rechte direkt der Rechtsprechung zu unterwerfen, die Richter zu einem aktivistischen Vorgehen, bei dem Elemente bewertet werden, die nicht in die engere rechtliche Beurteilung einfließen. Zum Beleg für diese Feststellung wird auf einige Urteile der oberen und Verfassungsgerichte Brasiliens, Kolumbiens, Perus, Chiles und des Interamerikanischen Gerichtshofs eingegangen, die das sogenannte Progressionsprinzip auf die Umsetzung der sozialen Rechte anwenden.

* Abogado de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Chile; magíster en Derecho Constitucional, de la Pontificia Universidad Católica de Chile. Profesor de Derechos Humanos de la Universidad de los Andes, Santiago de Chile (Chile). rodrigopoyanco@gmail.com

** El presente trabajo corresponde a los resultados parciales de la investigación del autor, conducida por el profesor Antonio-Carlos Pereira Menaut, para obtener el grado de Doctor en Derecho en la Universidad de Santiago de Compostela (España).

Schlagwörter: Soziale Rechte, öffentliche Politik, Rückschrittsverbot.

SUMMARY

Social rights involve a public policy component whose determination is outside the jurisdiction of constitutional judges. Therefore, attempts to directly adjudicate the social rights contained in constitutions encourage judges to engage in activism, evaluating elements that do not really correspond to legal interpretation, in a strict sense of the term. In order to demonstrate this assertion, this article will study some decisions of the constitutional and superior courts of Brazil, Colombia, Peru and Chile, as well as the Inter-American Court, which apply the so-called principle of progressivity in the fulfillment of social rights.

Key words: Social rights, public policies, prohibition against retrogression.

Introducción

La visión tradicional de que las políticas sociales y la distribución de recursos públicos involucradas en los derechos sociales¹ depende de las decisiones de las autoridades político-representativas y no de los jueces está sufriendo un fuerte embate por la influencia de aquellas doctrinas que sostienen que los derechos sociales de origen constitucional son directamente justiciables, sin necesidad de desarrollo legislativo o reglamentario previo. Esto, en la práctica, significa que las políticas anexas a dichos derechos sociales son determinadas ya no mediante las disposiciones dictadas por la autoridad política, sino desde los estrados judiciales.

Entre las múltiples causas que explican esta convicción –muchas de ellas ligadas al fenómeno del activismo judicial–, se destaca la aplicación de determinadas técnicas que se entienden como específicas de la interpretación de los derechos sociales. Con base en el análisis comparado de algunas sentencias de tribunales constitucionales y superiores latinoamericanos, y de la sentencia del Caso “Cinco pensionistas” de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), se estudiará la utilización jurisprudencial de uno de los argumentos más recurridos para otorgar justiciabilidad directa a aquel tipo de pretensiones –la obligación de progresividad–, para demostrar por qué los derechos sociales tienen un importante componente de políticas públicas cuya definición se encuentra fuera de las competencias del juez.

¹ Nos referimos a los derechos sociales prestacionales, es decir, los que implican transferencia de dinero o bienes desde el Estado a las personas, con el objeto de mejorar su calidad material de vida. Ver al respecto José Ignacio Martínez Estay, “Los derechos sociales de prestación en la jurisprudencia chilena”, *Estudios Constitucionales*, vol. 8, núm. 2, 2010, pp. 126-134; y Luis Prieto Sanchís, “Los derechos sociales y el principio de igualdad sustancial”, en Miguel Carbonell, Juan A. Cruz Parceroy y Rodolfo Vásquez (eds.), *Derechos sociales y derechos de las minorías*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2000, p. 15.

Este estudio incluirá, además, referencias a doctrina y jurisprudencia europea y norteamericana, a fin de complementar lo expuesto a propósito de la jurisprudencia latinoamericana que se estudiará en este trabajo. Finalmente, expondremos nuestras consideraciones críticas sobre la materia.

1. El derecho constitucional y la relación entre el derecho y la política

Es esperable y hasta cierto punto necesario que, en materia política, existan distintos puntos de vista acerca de las decisiones fundamentales que debe adoptar una determinada sociedad. Adicionalmente, puede haber discrepancias no solo acerca de las decisiones fundamentales, sino también acerca de cómo llevar a cabo esas decisiones. De cualquier manera, la pluralidad y parcialidad con que cada posición política es defendida dan cuerpo a la diversidad democrática propia de una democracia contemporánea. Como veremos, la configuración de los derechos sociales da cuenta, en parte importante, de este tipo de discrepancias y de las soluciones que el proceso político les otorga.

A diferencia de lo anterior, sin embargo, el derecho de origen jurisprudencial –también el dictado por el juez constitucional– debe ser el resultado de un razonamiento tan imparcial cuanto sea posible, o dejará de ser derecho.² Un juez que aplique el derecho constitucional o legal de manera parcial estaría incumpliendo su función.³ Esto significa que se deben apartar del razonamiento judicial tanto los elementos subjetivos del juzgador como las peculiaridades del caso y las consecuencias particularizadas de la decisión del mismo. Se trata de exigir al juzgador que su decisión se encuentre fundamentada en criterios de aceptación general.⁴ Lo contrario a esta imparcialidad es el activismo judicial, que en síntesis significa la opción del juez por un modelo político o social que colorea su decisión final.⁵

² Hacemos esta precisión pues la ley, como resultado esperable del debate político parlamentario, no pierde su carácter de fuente del derecho, no obstante que se fundamente o explique a partir de decisiones políticamente parciales. Sobre la relación entre las leyes y el desacuerdo, y la deliberación propia de las asambleas parlamentarias, ver Jeremy Waldron, *Derecho y desacuerdos*, Madrid, Marcial Pons, 2005, pp. 18 y 36.

³ Antonio Carlos Pereira Menaut, *Política y derecho*, Santiago, Legal Publishing Chile, 2010, pp. 47 y 61.

⁴ Ignacio de Otto y Pardo, “La posición del Tribunal Constitucional a partir de la doctrina de la interpretación constitucional”, en Ramón Punset, Francisco J. Bastida Freijedo y Joaquín Varela Suanzes (eds.), *Ignacio de Otto y Pardo. Obras completas*, Oviedo/Madrid, Universidad de Oviedo y Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2010, pp. 1168-1169. El autor alude a criterios tales como la doctrina, los precedentes y la dogmática.

⁵ Para una relación de los diferentes conceptos de activismo judicial, ver Keenan D. Kmiec, “The Origin and Current Meanings of Judicial Activism”, *California Law Review*, vol. 92, núm. 5, 2004, pp. 1441-1477.

En nuestra materia, la imparcialidad del juez debe manifestarse en la neutralidad de su juicio respecto de las decisiones políticas y económicas que legítimamente adopten los poderes políticos en asuntos de justicia social, quienes son los que tienen el encargo constitucional y las competencias jurídicas y materiales para intervenir en este ámbito. La labor del juez constitucional es velar para que la acción de los poderes políticos no vulnere límites constitucionales tales como los derechos de las personas, previos y superiores a cualquier tipo de consenso político y otros principios constitucionales básicos.⁶ Pero, fuera de ese marco, el juez tiene poco que decir.

2. La parcialidad de la doctrina partidaria de la justiciabilidad directa de los derechos sociales

La afirmación de que el juez debe actuar de forma imparcial podría parecer tautológica. No lo es tanto, sin embargo, cuando se considera que, en nuestro campo de estudio, el discurso de los derechos sociales no se dirige tanto al legislador o al constituyente como al juez. Algunos han llegado a distinguir entre un activismo “bueno” y un activismo “malo”; distinción que olvida que, como los demás órganos constitucionales, el juez también está sujeto a competencias tasadas⁷ y que el derecho presta atención no solo al resultado (la justicia) sino a la forma en que se llega a ese resultado.

En otras palabras, esa doctrina sostiene que, cuando se trata de justicia social, el juez constitucional está autorizado a salirse de su función natural y del marco de sus competencias para lograr un fin de justicia material que sería anterior y superior a su obligación de aplicar el derecho. Recordemos la afirmación contenida en una de las más citadas obras sobre esta materia en América Latina, en la que Abramovich y Courtis expresamente invitan a los jueces a ejercer una “creatividad pretoriana”:

la adecuación de los mecanismos procesales para hacer que el Estado cumpla con derechos económicos, sociales y culturales por vía judicial requiere un esfuerzo imaginativo *que involucre nuevas formas de utilización de mecanismos*

⁶ Cfr. Ernst-Wolfgang Böckenförde, *Estudios sobre el Estado de derecho y la democracia*, Madrid, Trotta, 2000, p. 42, quien recuerda que las garantías jurídico-formales y los procedimientos regulados propios del Estado de derecho, en su sentido formal, son precisamente lo que ampara y protege la libertad individual y social, en tanto son un medio de defensa frente a los ataques que se dirigen directamente contra individuos y grupos sociales en nombre de contenidos materiales, o de supuestos valores establecidos o interiorizados como algo absoluto.

⁷ Francisco Zúñiga Urbina critica esa distinción como artificiosa –porque ambos tipos de activismos desbordan el rol de la judicatura– e “interesada” ideológicamente, dado que “el activismo es ‘bueno’ en la medida que me es útil en función de intereses o ideologías, las más de las veces inconfesables” (“Judicatura y activismo judicial”, *Revista de Derecho Público*, núm. 73, 2010, p. 62).

*procesales tradicionales, la expandida consideración de los derechos económicos, sociales y culturales como derechos, un cierto activismo judicial, que incluya una dosis de creatividad pretoriana [...]. No existe derecho económico, social o cultural que no presente al menos alguna característica o faceta que permita su exigibilidad judicial en caso de violación.*⁸ (Énfasis agregado)

Más recientemente, el citado Abramovich sostiene la necesidad de lo que denomina como el “enfoque de derechos humanos en relación con las políticas sociales”, que apunta esencialmente al “otorgamiento de poder a los sectores pobres y excluidos”, por la vía del reconocimiento de derechos que tienen las personas para exigir o demandar del Estado ciertos comportamientos.⁹ Por su parte, Arango, estudiando el caso colombiano, señala que la jurisdicción social de la tutela “rememora el derecho pretoriano romano que en aras de asegurar una decisión justa corrige el sentido de la ley al momento de su aplicación”.¹⁰ Finalmente, Ferrajoli, si bien reconoce las dificultades que encuentra la garantía de los derechos sociales, agrega que:

ello no quiere decir que nunca se hayan elaborado técnicas de garantía para estos derechos, y menos aún que sea irrelevante, no vinculante o puramente “programático” su reconocimiento constitucional como derechos. [...]. En general, la calificación constitucional de estas expectativas como “derechos” no supone solo la obligación constitucional del legislador de llenar las lagunas de garantías con disposiciones normativas y políticas presupuestarias orientadas a su satisfacción, *sino además el establecimiento de otras tantas directivas dotadas de relevancia decisiva en la actividad interpretativa de la jurisprudencia ordinaria y sobre todo en la de los Tribunales supremos.*¹¹

Recuérdense también las disquisiciones de Alexy, que fundamenta la exigibilidad judicial de los derechos sociales en la importancia de la libertad fáctica para el individuo. De darse tal preponderancia, sostiene ese autor, el juez estaría autorizado a dejar a un lado principios como la separación de poderes, la democracia (que incluye la competencia presupuestaria del parlamento) e, incluso, “principios materiales contrapuestos” (especialmente, dice el autor, aquellos que apuntan a la

⁸ Víctor Abramovich y Christian Courtis, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Madrid, Trotta, 2002, pp. 46-47.

⁹ Víctor Abramovich, “Los estándares interamericanos de derechos humanos como marco para la formulación y el control de las políticas sociales”, *Anuario de Derechos Humanos*, núm. 2, 2006, p. 23.

¹⁰ Rodolfo Arango, “La jurisdicción social de la tutela”, en Christian Courtis y Ramiro Ávila Santamaría (eds.), *La protección judicial de los derechos sociales*, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2009, pp. 307-308.

¹¹ Ferrajoli, Luigi, *Derechos y garantías: la ley del más débil*, Madrid, Trotta, 1999, p. 109.

libertad jurídica de otros),¹² olvidando que *no puede ponerse en oposición* la labor del juez (buscar la justicia) y las normas constitucionales que, entre otras cosas, le dan y delimitan las atribuciones necesarias para actuar como tal.¹³

Por último, la doctrina partidaria de los derechos sociales tiende a establecer, de antemano, *contenidos concretos* que debieran caracterizar el cumplimiento de los deberes de justicia social que se demandan del Estado –por lo general, ligados a obligaciones prestatarias de este–, sin consideración alguna a las posibles objeciones o inconvenientes que usualmente influyen en cualquier otra política social o económica (como, por ejemplo, el marco normativo aplicable, la necesidad de identificar de forma previa las necesidades por satisfacer y los recursos económicos disponibles¹⁴ para llevar a cabo la política, etc.). Así por ejemplo, Ferrajoli sostiene:

En el plano técnico nada autoriza a decir que los derechos sociales no sean garantizables del mismo modo que los demás derechos [...]. Ante todo, hay que afirmar que esta tesis no vale para todas las formas de garantía *ex lege* que, a diferencia de lo que ocurre con las prácticas burocráticas y potestativas propias del Estado asistencial y clientelar, *podrían muy bien realizarse mediante prestaciones gratuitas, obligatorias e incluso automáticas: como la enseñanza pública gratuita y obligatoria, la asistencia sanitaria asimismo gratuita o la renta mínima garantizada*.¹⁵ (Énfasis agregado)

En un sentido más general, Abramovich y Courtis señalan que, aun en un contexto de relativa escasez económica, la asunción de obligaciones sociales supone una *autolimitación* de la discrecionalidad del Estado en materia de disposición presupuestaria.¹⁶ Kartashkin, por su parte, argumenta que si bien la regulación internacional de los derechos económicos, sociales y culturales no apunta a una estandarización de la legislación o de un determinado sistema político o social entre diferentes países, sí establecería, en cambio, un contenido mínimo de los derechos

¹² Robert Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, 2 ed., Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007, pp. 448-449 y 453-455.

¹³ A propósito de la confusión que pueda darse entre la política y el derecho, Eduardo García de Enterría recuerda que “como ha dicho [...] Forsthoff, la superación del positivismo de ningún modo puede implicar el abandono de la positividad del Derecho” (“Reflexiones sobre la ley y los principios generales del derecho en el derecho administrativo”, *Revista de Administración Pública*, núm. 40, 1963, p. 211).

¹⁴ Cuestión central, desde luego, en el tema que nos ocupa. Ver Martínez Estay, *op. cit.*, pp. 133-134. Benda, por su parte, remarca que, frecuentemente, se olvida que los servicios sociales han de ser pagados por los ciudadanos. Por eso, un sistema de bienestar requiere una “economía privada generadora de prosperidad” (Ernst Benda, “El Estado social de derecho”, en Ernst Benda *et al.*, *Manual de derecho constitucional*, 2 ed., Madrid, Marcial Pons, 2001, pp. 557-558).

¹⁵ Ferrajoli, *op. cit.*, pp. 64-65.

¹⁶ Abramovich y Courtis, *op. cit.*, pp. 36-37.

sociales y objetivos de bienestar que debe ser logrado por los Estados, *cualquiera sea su sistema o circunstancias*.¹⁷ En el mismo lugar, Alexy señala que su modelo de ponderación en materia de derechos sociales *siempre dará preferencia a la libertad fáctica* en el caso de los derechos fundamentales sociales mínimos, es decir, por ejemplo, a un mínimo vital, a una vivienda simple, a la educación escolar, a la formación profesional y a un nivel mínimo de asistencia médica. Otros autores recurren frecuentemente a lo señalado por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas (Comité DESC), organismo político que, como es sabido, ha dictado una serie de observaciones generales que desarrollan una particular visión de lo que debe implicar el cumplimiento de los derechos sociales.

Aclaremos que el problema que esto plantea no es, en sí, la preferencia por un determinado sistema socioeconómico. Desde este enfoque, nuestro punto de vista no se opone en absoluto a un sistema más o menos estatizado (o no) de prestaciones sociales en materia de salud, educación, etc. El problema es que esa elección *la hagan los jueces y la doctrina que alienta el enfoque aquí criticado*, y no las autoridades con competencia constitucional para hacerlo, o la propia sociedad, a través de los mecanismos de participación democrática. Desde luego, algunas técnicas de interpretación, como la ponderación, y el uso de algunas construcciones doctrinarias específicas a los derechos sociales –una de las cuales, la progresividad, será estudiada más adelante– facilitan enormemente una argumentación de este tipo, al otorgar un barniz de juridicidad a planteamientos que de otra manera serían patentemente extrajurídicos.¹⁸

Pero antes de continuar debemos demostrar por qué estimamos que cuestiones como los derechos sociales de base constitucional (o, eventualmente, internacional) no necesariamente pueden en todos sus aspectos ser materia de interpretación jurídica directa, a cargo del juez.

3. Los derechos sociales como derechos abiertos

Los derechos sociales desarrollados por ley o reglamento son indiscutiblemente justiciables de forma directa, y no representan ninguna dificultad teórica para el problema que nos ocupa; fundamentalmente porque una ley o reglamento representan lo que estimamos como imprescindible para la justiciabilidad de los

¹⁷ Vladimir Kartashkin, “Economic, social and cultural rights” en Karel Vasak y Philip Alston (eds.), *The International dimensions of human rights*, Paris, Greenwood Press, Unesco, 1982, p. 113.

¹⁸ J. Harvie Wilkinson III, (*Cosmic Constitutional Theory: Why Americans Are Losing Their Inalienable Right To Self-Governance*, New York, Oxford University Press, 2012, p. 4) advierte cómo el auge de innumerables teorías interpretativas de la constitución termina dando cobertura teórica al activismo judicial y a la justificación de aquellos resultados jurídicos preferidos y políticamente afines a determinados sectores doctrinarios.

derechos sociales: el resultado de la evaluación previa que ha realizado el órgano político competente, de los factores que nosotros estimamos como extrajurídicos, pero que resultan esenciales para la decisión final de reconocer o no normativamente como derechos, las pretensiones respectivas.¹⁹

El problema se produce porque los partidarios de la vinculatoriedad jurídica directa de los derechos sociales esperan algo más: como dice Cross, un derecho de magnitud constitucional que permita a los jueces obligar al parlamento o al Gobierno a dictar determinados programas sociales;²⁰ o, agreguemos nosotros, que permita a los tribunales cuestionar o modificar los beneficios sociales existentes, o reconocer nuevas prestaciones.

Pero en la generalidad de nuestros ordenamientos constitucionales, los derechos sociales prestacionales de base constitucional se caracterizan por su falta de efecto vinculante directo y por dejar su concreción abierta en términos tan amplios como sea posible, precisamente para dar cabida a las distintas opciones ideológicas que se batan legítimamente en el campo democrático, y a las distintas soluciones que pueden exigir las necesidades sociales que surgen en cada momento.²¹ Por otro lado, la jurisprudencia de diversos tribunales europeos²² y latinoamericanos²³ ha reconocido que las cuestiones sociales, incluso aquellas relacionadas con derechos sociales reconocidos en constituciones, son materia del legislador antes que de los tribunales. Destaquemos, entre todos, al Tribunal Constitucional federal alemán, que ha establecido en la sentencia *Numerus Clausus*, del año 1972 –referida a la falta

¹⁹ Por lo demás, el derecho comparado muestra que en muchos países es más importante en esta materia el desarrollo legal o reglamentario de beneficios sociales, que la existencia o no de una disposición constitucional sobre estos. Ver en Martínez Estay (*op. cit.*, pp. 129-130), ejemplos de exitosos Estados de bienestar en el mundo, que tienen solo base legal.

²⁰ Frank Cross, “The error of positive rights”, *UCLA Law Review*, núm. 48, 2002, p. 861. El autor se refiere solo al parlamento, pero adaptamos su argumentación para efectos de este artículo.

²¹ Desde un análisis comparado, Mary Ann Glendon advierte la indefinición que en algunos países de nuestra cultura jurídica europeo-continental caracteriza al lenguaje constitucional relativo al Estado social, o la presentación de los derechos sociales y económicos como meros principios políticos de carácter aspiracional, u objetivos destinados a guiar a los órganos de gobierno en el desempeño de sus respectivas funciones (“Rights in Twentieth-Century Constitutions”, *The University of Chicago Law Review*, núm. 59, 1992, pp. 527-528).

²² Así, por ejemplo, en la jurisprudencia constitucional italiana ver la Sentencia 125/1975, f.j.2, respecto del derecho a la educación, o la Sentencia 36/2000, fundamento jurídico 3, respecto del derecho a la seguridad social. En el caso portugués, ver la Sentencia del Tribunal Constitucional 3/2010, f.j. 2, sobre derecho a la seguridad social. En España, ver las sentencias del Tribunal Constitucional 80/1982 (f.j. 1), 85/1985 (f.j. 3), 36/1991 (f.j. 5), etc.

²³ En Brasil, por ejemplo, la Sentencia STA 91/AL (Alagoas), de 26/02/07, decisión, § 5. En Colombia, la Sentencia T-423/1992, sumario. En Perú, ver la sentencia de los expedientes núms. 0011-2002-AI/TC, fundamentos jurídicos 9-10; y 1417-2005-AA/TC, fundamentos jurídicos 11-15 y 27. Ha de advertirse, sin embargo, que los tribunales latinoamericanos son notoriamente activistas en nuestra materia, como comprobaremos más adelante.

de plazas para acceder a estudios universitarios (*BVerfGE* 33, 303)– el conocido principio de la “reserva de lo posible”:

En tanto que los derechos de participación tampoco se encuentran restringidos de antemano a lo existente, se encuentran, sin embargo, bajo la reserva de lo posible, en el sentido de lo que el particular puede exigir en forma razonable de la sociedad. Esto lo ha valorado el legislador en primer término como una responsabilidad propia, cuando para la elaboración de su presupuesto tiene que atender también a otros intereses sociales y cuando [...] tiene que tener en cuenta los requisitos del equilibrio económico.²⁴

4. Los derechos sociales y las políticas

Existe una poderosa razón técnico-jurídica que explica esa apertura de los derechos sociales. Estos derechos forman parte de aquel tipo de decisiones constitucionales que fijan un fin constitucional, pero no se pronuncian sobre los medios para llevarlo a cabo. Hay elementos de esos fines que no pueden ser definidos directamente a partir del solo texto constitucional. Al respecto, Cascajo Castro califica a los derechos sociales como directrices cuyo seguimiento exige un cierto escalonamiento entre los fines ordenados, así como juicios, en la mayoría de los casos, muy controvertidos, sobre las relaciones de medio a fin. Por eso se trata de un asunto encomendado a los órganos de representación democrática. No conviene olvidar, dice este autor, que el control judicial no está familiarizado con la fiscalización de normas finalistas y con la interpretación de directrices políticas que están en la base de muchos de los derechos sociales. De ahí la necesidad de confiar la tutela de modo deferente en las autoridades políticas antes que en las jurisdiccionales.²⁵ En un sentido similar, De Otto califica los derechos sociales como normas “finalistas”, de dificultosa protección jurídica.²⁶

En otras palabras, los derechos sociales tienen un importante componente de “políticas públicas”, esto es, “decisiones formales y legales que establecen un plan de acción para la comunidad”, que relacionan “demandas” –tales como más altos niveles de vida, mejores perspectivas de empleo o beneficios del bienestar, mayor

²⁴ De acuerdo con la traducción contenida en Jürgen Schwabe (ed.), *Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán. Extractos de las sentencias más relevantes compiladas por Jürgen Schwabe*, México, D.F., Konrad Adenauer Stiftung, 2009, pp. 354-355.

²⁵ Cfr. José Luis Cascajo Castro, “Derechos sociales”, en José Luis Cascajo Castro (ed.), *Derechos sociales y principios rectores. Actas del IX Congreso de la Asociación de Constitucionalistas de España*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2012, p. 32, con cita a F. Laporta, J. Ruiz Manero y Ma. Rodilla, *Certeza y predecibilidad de las relaciones jurídicas*, Madrid, Fundación Coloquio Jurídico, 2009.

²⁶ Ignacio de Otto y Pardo, *Derecho constitucional*, Barcelona, Ariel Derecho, 1989, p. 32.

participación política, protección para la minoría y derechos individuales, etc.– con “productos”, que son las decisiones y acciones del Gobierno, incluyendo la elaboración de políticas, la aprobación de leyes, la imposición de gravámenes y la asignación de fondos públicos. Esto determina la relación entre el Gobierno y las políticas. Como mecanismo para adoptar decisiones colectivas, el Gobierno es responsable de formular y aplicar las políticas del Estado.²⁷

En este orden de ideas, De Otto nos dice que lo que caracteriza a la decisión política es que se argumenta y es argumentable a partir de los fines que persigue y de las consecuencias que previsiblemente puede tener la opción por una u otra posibilidad. El político, como el juez, decide, pero no está sometido ni a reglas de interpretación, ni a los precedentes, ni a la dogmática, límites que sí sujetan al juez en su razonamiento jurídico.²⁸

A partir de lo anterior, cabe preguntarse si la determinación de las “políticas públicas” involucradas en los derechos sociales es un asunto que pueda ser determinado por un juez. Nuestra postura es negativa. Aunque con fuerte crítica, Nikken resume adecuadamente nuestra posición en la materia, cuando señala que para la realización de los derechos sociales no basta solo con decisiones jurídicas y políticas, sino que debe contarse con un orden social justo. Desde ese punto de vista, los derechos sociales “también comprenderían definiciones de políticas, de prioridades en el gasto y de jerarquías de necesidades que podrían considerarse ajenas a la función jurisdiccional y resultar más bien propias del trajín democrático, de la participación política y de las luchas sociales”.²⁹ Gomes Canotilho, por su parte, advierte los complejos problemas que ha supuesto en Portugal la constitucionalización no solo de los derechos sociales, sino también “las políticas públicas” que llevan a cabo esos derechos, lo que puede disminuir la discrecionalidad del legislador. Pero así, es difícil compatibilizar a largo plazo las tendencias políticas del legislador en cuanto al sistema de prestaciones sociales y el esquema rigidamente cristalizado de las normas constitucionales. Por eso, el autor propone la *desconstitucionalización* de aquellas políticas.³⁰ De manera más directa, Pereira y Coello nos dicen que:

parece que no es erróneo pensar [...] que muchos de estos derechos [sociales] no son sino metas políticas maquilladas con los afeites de lo jurídico [...]. Bajo la máscara de un derecho, lo que se hace no es otra cosa que forma-

²⁷ Cfr. Andrew Heywood, *Introducción a la teoría política*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2010, pp. 75, 97 y 101.

²⁸ De Otto y Pardo, *op. cit.*, 2010, pp. 1167-1169.

²⁹ Pedro Nikken, “La protección de los derechos humanos: haciendo efectiva la progresividad de los derechos económicos, sociales y culturales”, *Revista IIDH (Instituto Interamericano de Derechos Humanos)*, núm. 52, 2010, pp. 110-112.

³⁰ José Joaquim Gomes Canotilho, “Derecho, derechos; Tribunal, tribunales”, *Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)*, núms. 60-61, 1998, p. 48.

lizar un programa político, que nunca tendrá lugar sin una intensa actividad gubernamental, por mucho que se constitucionalice.³¹

Ahora bien, las normas jurídicas de desarrollo de los derechos sociales –leyes y reglamentos– traducen al lenguaje jurídico esas decisiones prejurídicas, cruciales a la hora de definir las políticas sociales. Estos juicios de oportunidad o conveniencia están fuera de lo que puede definir el juez (aun el juez constitucional) *en tanto juez*; es decir, en el foro jurídico, en el marco de sus competencias y aplicando derecho.

Por todo esto es que consideramos insuficiente aquella argumentación que sostiene que, ante la inactividad de los poderes públicos, corresponde a los jueces “hacer algo” para llevar a cabo los fines de justicia social que la Constitución impone.³² Este argumento sería totalmente atendible *si en realidad correspondiera a los jueces, competencialmente, hacer algo*. El problema de fondo, sin embargo, es que estamos ante una materia por completo ajena al encargo constitucional que pesa sobre nuestros tribunales.

Sin embargo, la doctrina partidaria de esta perspectiva ha construido una serie de figuras, algunas de ellas reconocidas en el *soft law* del derecho internacional de los derechos sociales,³³ que han sido aplicadas de forma insistente por algunas jurisdicciones latinoamericanas y europeas, y que buscan dar forma jurídica a un tipo de evaluación que, de otra forma, estaría patentemente fuera de lo que puede hacer un juez. Atendida la extensión que puede darse a un trabajo de este tipo, nosotros nos limitaremos a estudiar una de esas figuras, la doctrina de progresividad/no regresividad o prohibición de retroceso, para intentar demostrar por qué numerosas construcciones que pretenden justiciar de forma directa los derechos sociales, lo que hacen en realidad es habilitar a los jueces a efectuar razonamientos de conveniencia u oportunidad, más que jurídicos.

³¹ Antonio-Carlos Pereira Menaut e Íñigo Coello de Portugal y Martínez del Peral, “Normatividad constitucional, igualdad y derechos sociales”, *El principio de la igualdad en la Constitución Española*, vol. I, *XI Jornadas de estudio [de] Dirección General del Servicio Jurídico del Estado*, Madrid, Ministerio de Justicia Secretaría General Técnica, 1991, p. 950.

³² Como dice Peter H. Schuck, atendido el prestigio de los tribunales, en el imaginario público, este tipo de argumento –“existe una grave injusticia y los políticos no están haciendo lo necesario para rectificarla”– es quizás la justificación más común y poderosa para que la autoridad judicial se expanda más allá de los límites que le han sido previamente establecidos (“El poder judicial en una democracia”, *Yale Law School (SELA Papers)*, núm. 31, 2004, pp. 17-18).

³³ Muchas de esas figuras son las mencionadas por las Observaciones Generales del Comité DESC de la ONU. Además de la que estudiaremos a continuación, se trata de construcciones tales como la indivisibilidad entre los derechos económicos, sociales y culturales, y los derechos civiles y políticos; la doctrina de los “niveles” de obligaciones dentro de los derechos sociales; la obligación del Estado de asegurar la satisfacción de, por lo menos, los niveles mínimos esenciales de cada uno de los derechos; la doctrina del mínimo vital, etc.

5. Qué es la progresividad/no regresividad

La obligación de progresividad/no regresividad se refiere fundamentalmente a la obligación de los Estados de ir avanzando en la cobertura de los derechos sociales prestacionales, de manera siempre incremental y sin posibilidad de derogar los logros alcanzados. En el aspecto de la “no regresividad”, esta doctrina ha recibido especial atención en la doctrina y jurisprudencia constitucional portuguesa. De acuerdo con Gomes Canotilho, la prohibición de retroceso consiste en que los derechos sociales y económicos, una vez alcanzados o conquistados, pasan a constituir, simultáneamente, una garantía institucional y un derecho subjetivo. Con independencia de los problemas “fácticos” –puesto que el autor reconoce que existen crisis, situaciones económicas difíciles, recesiones económicas, etc.– y la libertad de configuración del legislador en materia de leyes sociales, el parlamento deja de tener una competencia “libre y arbitraria” para disminuir los derechos adquiridos en materia de beneficios sociales. Esa prohibición justificará la sanción de inconstitucionalidad en relación con normas destructoras de la llamada “justicia social”.³⁴

En cuanto a la jurisprudencia constitucional portuguesa, la Sentencia 39/1984 del Tribunal Constitucional, sobre una ley que intentó revocar la existencia del servicio nacional de salud, estableció que, si la Constitución impone al Estado la realización de una determinada tarea –la creación de una cierta institución, una alteración del orden jurídico–, entonces, cuando ella sea llevada a cabo, el resultado pasa a tener protección directa de la Constitución, y el Estado está obligado a abstenerse de atentar contra la realización dada al derecho social.³⁵ Posteriormente, en la Sentencia 509/2002, ese juez constitucional distingue entre dos situaciones. Allí donde la Constitución contenga una orden de legislar, lo suficientemente precisa y concreta como para que sea posible determinar con seguridad cuáles son las medidas jurídicas necesarias para conferirle exigibilidad, el margen de libertad del legislador para retroceder en el grado de protección ya alcanzado es necesariamente mínimo. El legislador solo podrá actuar en la estricta medida en que la alteración legislativa pretendida no tenga como consecuencia una inconstitucionalidad por omisión. En otras circunstancias, la prohibición de retroceso social solo puede funcionar en casos límite. Para no reducir el principio de alternancia democrática a una proclamación meramente formal, resulta necesario permitir la reversibilidad de las opciones

³⁴ José Joaquim Gomes Canotilho, *Direito constitucional*, Coimbra, Livraria Almedina, 1993, pp. 468-469. El autor se refiere especialmente a aquellos supuestos en que se produce vulneración del principio de protección de la confianza y de la seguridad de los ciudadanos en el ámbito económico, social y cultural, o la vulneración de los “derechos prestacionales de propiedad”.

³⁵ Sentencia 39/84, fundamento jurídico 2.3.3.

político-legislativas.³⁶ Veremos más adelante que la jurisprudencia del Supremo Tribunal Federal (STF) brasileño sigue un derrotero similar.

Por otro lado, la progresividad también presenta un sentido “positivo”, adicional al anterior, que aparece recogido en las observaciones generales del Comité DESC, a partir de lo dispuesto en el artículo 2.1, del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Pidesc).³⁷ La Observación General 3, parágrafo 9, junto con reiterar la doctrina de prohibición de retroceso, observa que aquella norma del Pidesc debe interpretarse a la luz del objetivo general de este Pacto, que es establecer claras obligaciones para los Estados parte con respecto a la plena efectividad de los derechos de que se trata. En el mismo sentido, en la Observación General 14, sobre “el derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud” (art. 12), establece en sus parágrafos 31 y 32 que los Estados parte tienen la obligación concreta y constante de avanzar lo más expedita y eficazmente posible hacia la plena realización del artículo 12.³⁸ En este segundo sentido, la progresividad aparece de forma más clara en la jurisprudencia constitucional de Colombia y Perú.

Como puede verse, estas construcciones doctrinarias parecen dar una forma jurídica a la concreción de los derechos sociales. Sin embargo, miradas en detalle, no estamos tanto ante la consecuencia de una interpretación jurídica de derechos subjetivos como, en realidad, ante parámetros de concreción de políticas sociales (la decisión de no derogar determinados beneficios sociales o, alternativamente, de justificar su derogación; reglas de inversión de recursos públicos; obligación de aumentar la cobertura de determinadas prestaciones, etc.), no muy distintos de lo que se esperaría de la actuación de un Gobierno o un parlamento cuando decide evaluar la creación, modificación o supresión de un determinado beneficio social.³⁹

Esto explica que, como veremos ahora, la invocación de la progresividad en los litigios que examinaremos a continuación abre la puerta a que los tribunales puedan realizar juicios de adecuación –y no solo de constitucionalidad– de las medidas sociales adoptadas por los gobiernos; aunque no siempre en beneficio de los titulares de prestaciones sociales.

³⁶ Sentencia 509/02, fundamento jurídico 9.

³⁷ “Cada uno de los Estados parte en el presente Pacto se compromete a adoptar medidas, tanto por separado como mediante la asistencia y la cooperación internacionales, especialmente económicas y técnicas, hasta el máximo de los recursos de que disponga, para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos”.

³⁸ Ambas observaciones generales insisten, por otro lado, en la obligación del Estado de justificar detalladamente toda medida regresiva de derechos sociales.

³⁹ Agreguemos que José Carlos Vieira de Andrade estima que este principio está teñido de “una ingenua concepción ferroviaria de la historia”, esto es, que el progreso humano es siempre lineal y constante (“O ‘Direito ao Mínimo de Existência Condigna’ como Direito Fundamental a Prestações estaduais positivas - Uma decisão Singular do Tribunal Constitucional”, *Jurisprudência Constitucional*, núm. 1, 2004, p. 24).

6. Ejemplos de aplicación del principio de progresividad en la jurisprudencia latinoamericana

Existen numerosos ejemplos a nivel latinoamericano de definiciones y aplicaciones jurisprudenciales del principio de progresividad. Así por ejemplo, en Colombia la Corte Constitucional, en la Sentencia C-313/2014, relativa al derecho a la salud, ha definido “una serie de criterios para determinar en qué casos se desconoce el principio de no regresividad”. Cuando una medida regresiva es sometida a juicio constitucional corresponderá al Estado *demostrar, con datos suficientes y pertinentes*, (i) que la medida busca satisfacer una finalidad constitucional imperativa; (ii) que, luego de una evaluación juiciosa, resulta demostrado que la medida es efectivamente conducente para lograr la finalidad perseguida; (iii) que luego de un análisis de las distintas alternativas, la medida parece necesaria para alcanzar el fin propuesto; (iv) que no afectan el contenido mínimo no disponible del derecho social comprometido; (v) que el beneficio que alcanza es claramente superior al costo que aparece.⁴⁰ Como puede verse, estamos ante un análisis de conveniencia u oportunidad en toda regla, en que el tribunal se arroga la facultad de determinar la suficiencia y pertinencia de las políticas públicas en relación con el fin, la existencia o no de políticas alternativas, aquella parte del beneficio social que no puede eliminarse, etc.

En Brasil, en tanto, el STF ha entendido el principio de progresividad de forma semejante a Portugal, como una prohibición de modificaciones legales “regresivas”. La Sentencia ARE 639337 AgR/SP, de 2011, relativa a una obligación del municipio de San Pablo de matricular a menores en centros de educación preescolar cercanos a su residencia, o al lugar de trabajo de quienes están a su cargo, señala:

En materia de derechos sociales, el principio de la prohibición de retroceso impide que sean desmanteladas [*desconstituídas*] las conquistas ya alcanzadas por el ciudadano [...]. La cláusula que impide el retroceso en materia de derechos a prestaciones positivas del estado [...] se traduce, [...] en un obstáculo a que los niveles de concretización de tales prerrogativas, una vez alcanzados, vengán a ser ulteriormente reducidos o suprimidos por el estado. Como consecuencia de este principio, el estado, después de haber reconocido los derechos prestacionales [...], se obliga, bajo pena de transgresión al texto constitucional, a preservarlos, absteniéndose de frustrar, mediante supresión total o parcial, los derechos sociales ya concretizados.⁴¹ (Traducción propia)

⁴⁰ Sentencia C-313/2014, sumario.

⁴¹ Sentencia ARE 639337 AgR/SP (São Paulo), de 2011, sumario.

Nos parece que una decisión de este tipo implica igualmente un juicio de conveniencia, y la imposición con la fuerza de lo constitucional de una política pública. Por otro lado, el problema de este segundo enfoque es que, en la práctica, constitucionaliza, rigidizándola, la configuración existente de un determinado derecho o beneficio social, sea esta legal o reglamentaria,⁴² como si fuese *la única forma de cumplir con el mandato constitucional respectivo*.

Si los anteriores son ejemplos favorables a la figura estudiada, existen en Latinoamérica, por el contrario, otras sentencias en las que se *desecha* la existencia de una regresividad respecto de determinadas medidas ablativas de beneficios sociales. Un primer ejemplo al respecto es el Caso “Cinco pensionistas” vs. Perú,⁴³ fallado por la Corte IDH en el año 2003. En primer lugar, cabe considerar que la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) solo menciona los derechos sociales en su artículo 26, norma que establece el compromiso de los Estados parte de adoptar providencias para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la Carta de la OEA, “en la medida de los recursos disponibles, por vía legislativa u otros medios apropiados”. Como puede verse, tal como en el caso del artículo 2.1 del Pidesc, el elemento de “progresividad” forma parte estructural de esta norma.

En este contexto normativo, el problema sometido al conocimiento de la Corte IDH se originó en los intentos legales y reglamentarios emprendidos por el Gobierno peruano para modificar un régimen legal de pensiones, que contaba con protección constitucional,⁴⁴ y cuyos beneficiarios ya gozaban legítimamente de su disfrute conforme a derecho. El Estado, además, se resistía a cumplir con algunas sentencias favorables a los reclamantes, emanadas del Tribunal Supremo de Justicia y del Tribunal Constitucional del Perú.⁴⁵ Ante estos incumplimientos, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) presentó el caso ante aquella instancia internacional, acusando al Estado peruano de la vulneración de algunos derechos y principios relacionados con los derechos civiles y políticos,⁴⁶ y del artículo 26 CADH, antes transcrito.

⁴² En este sentido, Vieira de Andrade, *op. cit.*, p. 24.

⁴³ Corte IDH, Caso “Cinco pensionistas” vs. Perú, serie C, núm. 98, sentencia de 28 de febrero de 2003.

⁴⁴ La normativa de pensiones en cuestión, que contaba con la protección constitucional de la Primera Disposición Final y Transitoria de la Constitución de 1993 en su texto original, daba a sus titulares el derecho a nivelar sus pensiones con el haber del funcionario en actividad que estuviese desempeñando la misma o análoga función a la que desempeñaron los jubilados hasta su cese, permitiendo así que estas conservaran su valor adquisitivo real.

⁴⁵ Fundamento jurídico 88.

⁴⁶ Caso “Cinco pensionistas” vs. Perú, fundamentos jurídicos 2-3, “introducción de la causa”.

En definitiva, el tribunal interamericano acogió las demandas de vulneración de los derechos y principios antes referidos,⁴⁷ pero respecto del artículo 26 CADH el juicio fue negativo. La Corte IDH estimó que los derechos económicos, sociales y culturales tienen una dimensión tanto individual como colectiva. Por ello “su desarrollo progresivo [...] se debe medir, en el criterio de este Tribunal, en función del conjunto de la población, teniendo presentes los imperativos de la equidad social, y no en función de las circunstancias de un muy limitado grupo de pensionistas, no necesariamente representativos de la situación general prevaleciente”. Y, en este caso, dado que los recurrentes eran justamente “un muy limitado grupo de pensionistas”, el tribunal considera procedente desestimar la solicitud de pronunciamiento sobre el desarrollo progresivo de los derechos económicos, sociales y culturales en el Perú, en el marco de este caso.⁴⁸

Como puede advertirse, respecto del citado artículo 26 CADH, la Corte IDH está efectuando una evaluación finalista, que mide el beneficio o perjuicio social que acarrea determinada medida gubernamental, y el grupo de población al que afecta. Pero parece extraño que la protección de un legítimo derecho dependa de la mayor o menor generalidad de una medida ablativa que lo afecta. Así expresado, el razonamiento del tribunal interamericano nos lleva a la conclusión –por otro lado inquietante– de que un derecho podría ser vulnerado, si esa violación no afecta a una porción suficientemente representativa de la población.

Por tanto, todo indica que este tribunal trata la alegación de la única norma de la Convención Americana relativa a derechos sociales como una cuestión de políticas públicas. A mayor abundamiento –y para fortuna de los afectados–, la Corte no titubeó en proteger los derechos civiles y políticos del mismo “reducido número de recurrentes” involucrados en la cuestión.

Otro caso se encuentra en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional del Perú. En ella se había sostenido hasta 2004 que la progresividad es un deber positivo que obliga al Estado a avanzar en la cobertura de los derechos sociales tan rápido como se lo permitan sus recursos, incluyendo la obligación de aumentar la cobertura y calidad de ciertos beneficios sociales o, al menos, exhibir acciones concretas para el logro de estos resultados.⁴⁹ El problema es que, en 2005, ese juez constitucional

⁴⁷ En definitiva, el tribunal interamericano estimó que Perú vulneró el derecho a la propiedad privada, y los artículos 25 (protección judicial), 1.1 (obligación de respetar los derechos) y 2 (deber de adoptar disposiciones de derecho interno), de la Convención Americana, en perjuicio de los cinco pensionistas. Ver fundamentos jurídicos 102, 103, 116-118 y 121, y puntos resolutorios 1 a 3. Ver también Javier Mujica Petit y Joss Opie, “Reformas regresivas de la Constitución en Perú: un caso de regresividad no autorizado por la Convención Americana sobre Derechos Humanos”, en Christian Courtis (ed.), *Ni un paso atrás. La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales*, Buenos Aires, Del Puerto, 2006, pp. 265-267.

⁴⁸ Fundamentos jurídicos 142, 147 y 148.

⁴⁹ Sentencias de los expedientes 4232-2004-AA/TC, fundamento jurídico 11; 2016-2004-AA/TC, fundamentos jurídicos 33-38; y 2945-2003-AA/TC, fundamentos jurídicos 36-39. Ver también César Landa Arroyo, *Los derechos fundamentales en la jurisprudencia del Tribunal*

dio por buena una reforma constitucional y legal que, en la práctica, modificó a la baja el sistema de pensiones que había sido anteriormente defendido en la citada sentencia “Cinco pensionistas” de la Corte IDH y en algunos pronunciamientos previos del mismo juez constitucional.⁵⁰ Uno de los fundamentos esgrimidos por aquel para desconocer las reclamaciones de los afectados es que el principio de progresividad no es absoluto:

[C]ualquier modificación a dicho régimen privilegiado de pensiones solo puede ser promovido invocando *el principio de solidaridad, en el que no se anula el derecho de la minoría, sino que se le redimensiona limitadamente* [...] Indudablemente, tal opción implica una regresión en el caso de los titulares más beneficiados (los menos), *pero en modo alguno podría considerarse que el principio de progresividad se encuentre comprometido, pues significa un avance para los más perjudicados (la mayoría)*.⁵¹ (Énfasis agregado)

En otras palabras, el principio es el mismo (la progresividad); pero se cambian los parámetros de comparación implícitos en esta figura, para apreciar el beneficio/perjuicio de la medida. El tribunal estima que hay un régimen previsional que es “privilegiado” –calificación, por lo demás, de dudoso estatus jurídico cuando se trata de verdaderos derechos– y que el beneficio de la mayoría justifica aceptar su vulneración. Como vemos, nuevamente se evalúa una afectación de derechos de forma finalista, con base en los efectos sociales de la restricción estudiada. Parece estarse muy lejos de un razonamiento apropiado para la defensa de derechos subjetivos.

Finalmente, un tercer ejemplo en el que el principio de progresividad ha justificado una limitación del alcance de los derechos sociales se ha dado en Chile, en la sentencia del Tribunal Constitucional rol 2781-2015. Frente a las alegaciones de algunos parlamentarios de que una nueva ley de financiación de la educación⁵² vulneraba el mandato constitucional de establecer una educación gratuita, sin modulaciones

Constitucional. Recopilación y sistematización de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano que versa acerca de derechos fundamentales, Lima, Palestra Editores, 2010.

⁵⁰ Ver la sentencia del expediente 008-96-I/TC, de 23/04/97. Es el incumplimiento de esta y otras sentencias lo que llevó a los “cinco pensionistas” a recurrir a la Corte IDH, en el fallo antes estudiado.

⁵¹ Sentencia de los expedientes 00050-2004-AI, 00051-2004-AI, 00004-2005-AI, 00007-2005-AI, 00009-2005-AI, fundamentos jurídicos 49 y 64.

⁵² La Ley de Educación 20.845, denominada “de inclusión escolar”, que, entre otras cosas, eliminó el tradicional sistema de financiamiento compartido utilizado en Chile, que favorecía a colegios creados por sostenedores particulares, para reemplazarlo por un nuevo principio de “gratuidad tendencial”, destinado a eliminar cualquier copago de parte de los educandos.

temporales,⁵³ el Tribunal reconoce la progresividad, pero como razón que justifica la realización parcial del derecho a la educación.⁵⁴

7. Evaluación de esta jurisprudencia y comentarios finales

La evaluación de “progresividad o regresividad” de una medida social obliga a los tribunales a involucrarse en evaluaciones de tipo finalista (por ejemplo, establecer qué es la progresividad en sí; respecto de quiénes opera; en relación con qué prestaciones; con base en qué periodo de tiempo; cuál es el beneficio esperado de una determinada restricción, etc.) que, a nuestro juicio, son completamente ajenas a su labor de aplicar derecho.

Sin perjuicio de lo anterior, las sentencias en que se rechazó una vulneración al principio de regresividad muestran que esta y otras doctrinas semejantes no pueden juridificar lo que no es jurídico –el aspecto de políticas públicas de los derechos sociales– sino que, simplemente, lo que hacen es desplazar competencias, desde los órganos político-representativos, a los jueces. Pero las competencias, por definición, son neutras y no se transforman en favorables a los derechos sociales solo porque están a cargo del juez y no del legislador. Como hemos visto, el principio de progresividad/no regresividad obliga al juez a efectuar evaluaciones finalistas semejantes a las que hacen las autoridades. Así entendido, este principio también puede transformarse en una técnica de legitimación de las medidas ablativas, si el juez logra convencerse de la “utilidad” de la restricción sometida a su evaluación⁵⁵.

En otras palabras, puesto ante juicios de oportunidad, el juez se encuentra frente a los mismos problemas que debe enfrentar la autoridad, y expuesto a cometer los mismos errores. Pero, mientras el legislador actúa en el marco de sus competencias, el juez incursiona en un terreno que es totalmente ajeno a sus atribuciones. Los problemas expuestos en este artículo constituyen una buena razón para recordar que, en materia de justiciabilidad de los derechos sociales, cuestiones tan elementales

⁵³ Efectivamente, el artículo 10 de la Constitución de 1980 establece el deber del Estado de financiar un sistema gratuito de educación en los términos que señala la norma, y que se extiende desde el nivel parvulario hasta la enseñanza secundaria, sin modulaciones temporales. Sin embargo, se trata de un derecho no protegido por el recurso de amparo (conocido en Chile como el “recurso de protección”).

⁵⁴ Considerandos 19-20 y 24-25.

⁵⁵ En ese sentido, puede aplicarse lo que Ignacio Covarrubias Cuevas (“La desproporción del test de proporcionalidad. Aspectos problemáticos en su formulación y aplicación”, *Revista Chilena de Derecho*, vol. 39, núm. 2, 2012, p. 453) acusa respecto del test de proporcionalidad: la idea de progresividad/no regresividad también “contribuye a que los derechos queden sujetos en buena medida a un cálculo donde muchas veces prevalece la supuesta primacía de los objetivos estatales que legítimamente se pretenden alcanzar a costa del sacrificio de los derechos fundamentales”.

como el principio de separación de poderes y la obligación del juez de limitarse a aplicar derecho, siguen manteniendo toda su vigencia.

Bibliografía⁵⁶

- ABRAMOVICH, Víctor, “Los estándares interamericanos de derechos humanos como marco para la formulación y el control de las políticas sociales”, *Anuario de Derechos Humanos*, núm. 2, 2006, pp. 13-51.
- ABRAMOVICH, Víctor y Christian COURTIS, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Madrid, Trotta, 2002.
- ALEXY, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, 2 ed., Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007.
- ARANGO, Rodolfo, “La jurisdicción social de la tutela”, en Christian COURTIS y Ramiro ÁVILA SANTAMARÍA (eds.), *La protección judicial de los derechos sociales*, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2009.
- BENDA, Ernst, “El Estado social de derecho”, en Ernst BENDA, Werner MAIHOFFER, H. VOGEL *et al.* (eds.), *Manual de derecho constitucional*, 2 ed., Madrid, Marcial Pons, 2001.
- BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang, *Estudios sobre el Estado de derecho y la democracia*, Madrid, Trotta, 2000.
- CASCAJO CASTRO, José Luis, “Derechos sociales”, en José Luis CASCAJO CASTRO (ed.), *Derechos sociales y principios rectores. Actas del IX Congreso de la Asociación de Constitucionalistas de España*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2012.
- CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, Sentencia C-313/2014, 29 de mayo de 2014.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, Sentencia “Cinco pensionistas” vs. Perú, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, núm. 98, del 28 de febrero de 2003.
- COVARRUBIAS CUEVAS, Ignacio, “La desproporción del test de proporcionalidad: aspectos problemáticos en su formulación y aplicación”, *Revista Chilena de Derecho*, vol. 39, núm. 2, 2012, pp. 447-480.
- CROSS, Frank B., “The error of positive rights”, *UCLA Law Review*, núm. 48, 2002, pp. 857-924.
- FERRAJOLI, Luigi, *Derechos y garantías: la ley del más débil*, Madrid, Trotta, 1999.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, “Reflexiones sobre la ley y los principios generales del derecho en el derecho administrativo”, *Revista de Administración Pública*, núm. 40, 1963, pp. 189-222.
- GLENDON, Mary A., “Rights in Twentieth-Century Constitutions”, *The University of Chicago Law Review*, núm. 59, 1992, pp. 519-538.

⁵⁶ En la jurisprudencia se incluye solo aquella que fue analizada como parte de la argumentación central de este artículo.

- GOMES CANOTILHO, José Joaquim, *Direito constitucional*, Coimbra, Livraria Almedina, 1993.
- _____, “Derecho, derechos; Tribunal, tribunales”, *Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)*, núms. 60-61, 1998, pp. 35-50.
- HEYWOOD, Andrew, *Introducción a la teoría política*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2010.
- KARTASHKIN, Vladimir, “Economic, Social and Cultural Rights”, en Karel VASAK y Philip ALSTON (eds.), *The International dimensions of human rights*, Paris, Greenwood Press, Unesco, 1982.
- КМІЕС, Keenan. D., “The Origin and Current Meanings of Judicial Activism”, *California Law Review*, 92, núm. 5, 2004, pp. 1441-1477.
- LANDA ARROYO, César, *Los derechos fundamentales en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Recopilación y sistematización de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano que versa acerca de derechos fundamentales*, Lima, Pa-lestra Editores, 2010.
- MARTÍNEZ ESTAY, José Ignacio, “Los derechos sociales de prestación en la jurisprudencia chilena”, *Estudios Constitucionales*, vol. 8, núm. 2, 2010, pp. 125-166.
- MUJICA PETIT, Javier y Joss OPIE, “Reformas regresivas de la Constitución en Perú: un caso de regresividad no autorizado por la Convención Americana sobre Derechos Humanos”, en Christian COURTIS (ed.), *Ni un paso atrás. La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales*, Buenos Aires, Del Puerto, 2006.
- NIKKEN, Pedro, “La protección de los derechos humanos: haciendo efectiva la progresividad de los derechos económicos, sociales y culturales”, *Revista IIDH (Instituto Interamericano de Derechos Humanos)* núm. 52, 2010, pp. 55-140.
- OTTO Y PARDO, Ignacio de, *Derecho constitucional*, Barcelona, Ariel Derecho, 1989.
- _____, “La posición del Tribunal Constitucional a partir de la doctrina de la interpretación constitucional”, en Ramón PUNSET, FRANCISCO J. BASTIDA FREIJEDO y Joaquín VARELA SUANZES (eds.), *Ignacio de Otto y Pardo. Obras completas*, Oviedo/ Madrid, Universidad de Oviedo y Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2010.
- PEREIRA MENAUT, Antonio Carlos, *Política y derecho*, Santiago, Legal Publishing Chile, 2010.
- PEREIRA MENAUT, Antonio-Carlos y Coello DE PORTUGAL e Íñigo MARTÍNEZ DEL PERAL, “Normatividad constitucional, igualdad y derechos sociales”, *El principio de la igualdad en la Constitución Española*, vol. I, XI Jornadas de estudio [de] Dirección General del Servicio Jurídico del Estado, Madrid, Ministerio de Justicia Secretaría General Técnica, 1991.
- PRIETO SANCHÍS, Luis, “Los derechos sociales y el principio de igualdad sustancial”, en Miguel CARBONELL, Juan A. CRUZ PARCERO y Rodolfo VÁSQUEZ (eds.), *Derechos sociales y derechos de las minorías*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2000.
- SCHUCK, Peter H., “El poder judicial en una democracia”, *Yale Law School (SELA Papers)*, núm. 31, 2004. Disponible en: http://digitalcommons.law.yale.edu/yls_sela/31.

- SCHWABE, Jürgen, *Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán. Extractos de las sentencias más relevantes compiladas por Jürgen Schwabe*, México, D.F., Konrad Adenauer Stiftung, 2009.
- SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL DE BRASIL, Ag.Reg. no Recurso Extraordinário Com Agravo (ARE) 639337 AgR/SP, São Paulo, de 23 de agosto de 2011.
- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE CHILE, Sentencia rol 2781, de 29 de enero de 2015.
- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ, Sentencia del expediente 008-96-I/TC, de 23 de abril de 1997.
- _____, Sentencia del expediente 2945-2003-AA/TC, de 20 de abril de 2004.
- _____, Sentencia del expediente 2016-2004-AA/TC, de 5 de octubre de 2004.
- _____, Sentencia de los expedientes 00050-2004-AI 00051-2004-AI 00004-2005-AI 00007-2005-AI 00009-2005-AI, de 3 de junio de 2005.
- _____, Sentencia del expediente 4232-2004-AA/TC, de 3 de marzo de 2005.
- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE PORTUGAL, Sentencia 39/1984, de 11 de abril de 1984.
- _____, Sentencia 509/2002, de 13 de noviembre de 2000.
- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL FEDERAL ALEMÁN, *Numerus Clausus*, del año 1972 (*BVerfGE* 33, 303).
- WALDRON, Jeremy, *Derecho y desacuerdos*, Madrid, Marcial Pons, 2005.
- WILKINSON III, J. H., *Cosmic Constitutional Theory: Why Americans Are Losing Their Inalienable Right To Self-Governance*, New York, Oxford University Press, 2012.
- ZÚÑIGA URBINA, Francisco, "Judicatura y activismo judicial", *Revista de Derecho Público*, núm. 73, pp. 59-77.

VOLVER A LA TABLA DE CONTENIDO

Paúl Córdova Vinueza* (Ecuador)

Justicia ambiental: los derechos a un ambiente sano y equilibrado y de la naturaleza frente a las implicaciones de la política constitucional socioeconómica en Ecuador

Tomar agua nos da vida. Tomar conciencia nos dará agua.

ACCIÓN POÉTICA

ESCRITO EN UNA PARED DE QUITO (ECUADOR)

RESUMEN

Esta contribución comienza identificando las razones constitucionales para entender la relación entre los derechos de la naturaleza y el derecho al ambiente sano y ecológicamente equilibrado. Seguidamente, revisa las interacciones de la política constitucional económica para la vigencia de los derechos de la naturaleza y repasa las implicaciones del sistema constitucional económico para la justicia ambiental. Frente a ello, considera los aspectos neurálgicos de la institucionalidad y de la economía política del conocimiento jurídico concernientes a la protección de los derechos de la naturaleza. Finalmente, examina las estrategias normativas y jurisdiccionales más efectivas para la defensa y reparación de los derechos relacionados con la justicia ambiental. El caso de estudio de esta contribución se refiere a la Constitución ecuatoriana de 2008 y toma como referencia las disputas existentes entre ese ordenamiento iusfundamental y la implementación de sus políticas socioeconómicas en materia ambiental.

Palabras clave: constitución, política económica, derechos de la naturaleza.

* Doctor en Jurisprudencia (UCE) y MSc en Investigación en Derecho, mención Derecho Constitucional (UASB-E). Docente de la Universidad Central del Ecuador. hpaulcordova@yahoo.es

ZUSAMMENFASSUNG

Der Beitrag identifiziert zunächst die verfassungsrechtlichen Grundlagen, die für das Verständnis des Verhältnisses zwischen den Rechten der Natur und den Umweltrechten erforderlich sind. Anschließend geht er auf die Interaktivität der verfassungsmäßigen Wirtschaftspolitik zur Sicherstellung der Rechte der Natur ein und betrachtet die Bedeutung des Wirtschaftsverfassungssystems für die Umweltjustiz. Vor diesem Hintergrund befasst er sich mit den neuralgischen Aspekten der institutionellen Ordnung sowie mit der politischen Ökonomie des juristischen Kenntnisstandes in Bezug auf den Schutz der Rechte der Natur. Abschließend untersucht er die wirksamsten Regelungs- und Rechtsprechungsstrategien zum Schutz und zur Wiedergutmachung von Rechten im Kontext der Umweltjustiz. Der im vorliegenden Beitrag untersuchte Fall geht von der ekuatorianischen Verfassung von 2008 aus und nimmt Bezug auf das Spannungsverhältnis zwischen den Verfassungsvorschriften und der Umsetzung der in ihnen niedergelegten umweltbezogenen Sozial- und Wirtschaftspolitik.

Schlagwörter: Verfassung, Wirtschaftspolitik, Rechte der Natur.

SUMMARY

The Constitution, as the supreme law in the Peruvian legal system, radiates its normative force to all spheres of the law. Commercial law is a branch that is based on private autonomy; however, in our legal system, no area is exempt from constitutional review. This article analyzes the constitutionalization of commercial law through a survey of the jurisprudence of the Constitutional Court, which, applying fundamental principles and rights, has influenced the application of commercial regulations in Peru.

Key words: Constitutional law, commercial law, economic constitution.

Introducción

Los cánones constitucionales empleados en el siglo XX por Estados como Argentina, Brasil, Colombia y Venezuela para explicar la protección del derecho al ambiente son insuficientes para el desarrollo de la justicia ambiental y para encarar la discusión sobre una protección integral a ese tipo de justicia sin atender los nudos problemáticos para la profundización de los derechos a la naturaleza. Toda *ley fundamental* crea un orden económico que deviene en tensiones con los derechos fundamentales por las regulaciones que subyacen en el sistema constitucional: aquellos derechos requieren diferentes políticas públicas para su realización y los parámetros iusfundamentales de la política económica pueden condicionar esas políticas. Así, la Constitución socioeconómica permea y condiciona los elementos del campo constitucional ambiental que coadyuvarían a la tutela del conjunto de derechos de la naturaleza, los cuales constituirían los objetivos del sistema constitucional económico para la generación y protección de la justicia ambiental.

En este artículo se desarrolla un estudio descriptivo y normativo sobre los principales sustentos del derecho ambiental en la Constitución de 2008; la hipótesis consiste en señalar que su posible evolución está condicionada a las definiciones económicas que se encuentran también en ese texto normativo. El propósito de este análisis es mostrar las preocupaciones sobre el destino del derecho ambiental y los derechos de la naturaleza cuando la política económica constitucional puede crear serias contradicciones para su supervivencia. El caso ecuatoriano fue elegido en el estudio porque se trata de la experiencia regional que ha reconocido los derechos de la naturaleza y, al mismo tiempo, ha presentado serios procesos de afectación a ellos a través de políticas públicas que desnaturalizaron aquellos contenidos iusfundamentales que se mostraron como una inédita innovación.

1. ¿Por qué del derecho al ambiente sano y equilibrado a los derechos de la naturaleza?

La incorporación de los derechos de la naturaleza en la Constitución ecuatoriana representa una señal potente de cambio civilizatorio y también supone un aporte al pensamiento crítico del derecho.

Los ordenamientos constitucionales de la región y los instrumentos internacionales consideraron un importante avance el reconocimiento del derecho al goce de un ambiente sano y equilibrado, por su íntima relación con otros derechos como la vida, la integridad física, el trabajo, la propiedad, la libre circulación, el desarrollo, la libre iniciativa económica, lo cual coadyuvaría a su mejor realización, puesto que aquel derecho y los otros mencionados son parte de la protección del derecho a la vida. La preocupación de esos ordenamientos que han sido señalados en esta introducción con respecto al derecho al ambiente estaba orientada a cuáles serían las condiciones que permitirían el derecho al goce de un ambiente sano y ecológicamente equilibrado. Para Pereira Flores, la cuestión ambiental tiene directa relación con la utilización de ciertos recursos naturales y sostiene lo siguiente:

La humanidad requiere un cambio, un actuar de forma solidaria que deje de lado prácticas egoístas y ciertos comportamientos muy arraigados. De lo contrario, no se lograrán resultados beneficiosos –sin perjuicio de que existe una sanción implícita, que es el daño sobre la vida misma–, porque en la extensa temática vinculada al medio ambiente todo se encuentra relacionado: no existen fronteras políticas, económicas ni sociales. Aun así, debemos ser conscientes de que abordar las causas del deterioro ambiental significa en muchos casos ir en contra de las bases estructurales de la economía.¹

¹ María Victoria Pereira Flores, “El derecho al goce de un ambiente adecuado en el marco constitucional de Argentina y Uruguay”, en *Anuario de derecho constitucional latinoamericano*, t. II, Montevideo, Konrad-Adenauer-Stiftung, 2004, p. 533.

Christian Cao analiza el derecho al ambiente natural y al patrimonio cultural a partir de su cuidado en vinculación con el bloque de las normas socioeconómicas que puede repercutir en, al menos, tres sentidos.² Desde la perspectiva del objeto de la tutela del derecho, menciona que el derecho al ambiente tutela los bienes naturales y culturales para la satisfacción de las necesidades presentes. Sostiene que, por un lado, el ambiente natural está asociado a los recursos naturales y serían los bienes que ofrece la naturaleza (suelo, subsuelo, flora y fauna, agua, minas) en cuanto no han sido transformados por el hombre y puedan serle útiles. Por ello, cree que todo uso, tratamiento o disposición de bienes –sea para consumo final o para la realización de actividades de reproducción– debe considerar el límite impuesto por la protección ambiental mediante el texto supremo y definido particularmente por el legislador.³

La utilización de los recursos naturales para la satisfacción de las necesidades actuales se encuadra en un marco de provecho racional de los recursos naturales y se incardina con la proyección futura de su tutela. Para Cao, el problema de la titularidad (presente y futura) del derecho al ambiente puede contenerse a partir de dos principios: el de sostenibilidad ambiental y el precautorio.

Las problemáticas de afectación al ambiente no fueron resueltas con la declaración de este derecho, ni con medidas constitucionales declaradas por la regla suprema, como en el caso argentino reseñado por Cao y, probablemente, acaso ahí pueda encontrarse la justificación para crear los derechos de la naturaleza como medida preventiva del propio ordenamiento constitucional que fortalezca los derechos relacionados con el ambiente. Las medidas constitucionales que podrían explicar la innovación de los derechos son condensadas por este autor como límites constitucionales al ejercicio de los derechos y mandatos legislativos orientados a los poderes constituidos:

- a) Que las actividades productivas actuales no comprometan a las generaciones futuras.
- b) La utilización racional de los recursos naturales.
- c) Consecuentemente, el deber de preservar el ambiente (natural y cultural) y la diversidad biológica.
- d) Que el daño ambiental genere prioritariamente la obligación de recomponer, y no la mera reparación compensatoria-pecuniaria.
- e) Proveer la información y educación ambiental.
- f) Establecer presupuestos mínimos de protección ambiental.⁴

No obstante, ¿cuáles son las razones por las cuales se encuentran tantos obstáculos para el goce del derecho a un ambiente sano y equilibrado, a pesar de constar

² Christian Alberto Cao, *Constitución socioeconómica y derechos fundamentales*, Buenos Aires, Ediar, 2015, pp. 528-532.

³ *Ibid.*, p. 529.

⁴ *Ibid.*, p. 532.

expresamente en las normas constitucionales? La problemática de la eficacia en torno a este derecho ocurre debido a que las sociedades carecen de una conciencia ambiental que permita incorporarlo en sus realidades de vida.⁵

El origen de esta carencia estaría en el corazón de la civilización occidental. Oviedo Freire lo explica así:

Los latinos-romanos empezaron la invasión, evangelización, colonización y civilización por la fuerza del “Cercano Oriente”, posteriormente de Europa del Sur y finalmente de los llamados pueblos “bárbaros” de Europa del Norte. (Los hombres rubios eran considerados como los más bárbaros –genéticamente hablando– por los griegos, que eran mayoritariamente de pelo negro; hoy irónicamente es al revés). A su vez fueron los europeos, hace 500 años los que se encargarían de imponerla al mundo entero. El argumento y fundamento para ello fue la supraculturalidad de “Occidente y de la razón” sobre los esclavos, las mujeres, los pueblos no-occidentales, y la naturaleza, a través de su desacralización (extirpación de idolatrías) para proceder a su explotación despiadada. Y así centralizar todo, desde hace 2.000 años, en el hombre civilizado como fin de toda la existencia, y al cual todos deben prestar servicio: esclavos, mujer, naturaleza, materia, ciencia. Así hasta el día de hoy.⁶

Para este autor, el desprecio hacia la naturaleza se fue consolidando mediante el pensamiento de grandes autores que fueron exaltados y cuyos postulados se propagaron desde el conocimiento académico. Cita el caso, por ejemplo, de Newton, quien dividió la vida en seres vivos y seres inertes, sujetos y objetos, y consagró la superioridad del hombre y la inferioridad de la naturaleza como premisas máximas del monoteísmo-monárquico hasta la actualidad. Según Oviedo Freire, hemos seguido un listado de autores promulgadores y ejecutores del “embate contra la matrilidad (naturaleza-salvajes-mujer-sensibilidad-espiritualidad) y de encumbramiento de la razón-materialidad-capital, que constituye el eje de existencia y fin del paradigma patriarcalista”⁷

De ahí que el pensamiento occidental es el resultado de concepciones dominantes frente a la naturaleza para propiciar su explotación, negación y menosprecio. Para este autor, lo que tenemos es una pérdida de encanto por el mundo encaminado por la racionalización y banalización total de la vida, que la explica así:

⁵ Al respecto, ver Alberto Acosta, *La maldición de la abundancia*, Quito, Abya-Yala, Comité Ecuémico de Proyectos, 2009; Diego Carrión Sánchez y Ricardo Sánchez Cárdenas, *Pensar las alternativas. Economía extractiva y efectos comparados: turismo, petróleo y minería*, Quito, Rosa Luxemburgo, 2016.

⁶ Atawallpa Oviedo Freire, *Buen vivir vs. Sumak Kawsay. Reforma capitalista y revolución alter-nativa. Una propuesta desde los andes para salir de la crisis global*, Buenos Aires, Ciccus, 2013, pp. 105-106.

⁷ *Ibid.*, p. 109.

Así se confirmó y consolidó la desacralización de la naturaleza (cosificación) comenzada por los racionalistas helénicos, quienes concretizaron teóricamente la separación y superposición entre unos hombres y otros (esclavismo), entre el hombre y la mujer (androcentrismo), entre el hombre adulto y el hombre joven (patriarcalismo), entre el hombre y los demás seres de la vida (antropocentrismo), entre el hombre “blanco” y los demás hombres de la Tierra (racismo), entre la cultura europea y las demás culturas del mundo (eurocentrismo), entre los heterosexuales y los homosexuales (heterocentrismo), e incluso de Dios, al cual también conciben separadamente (teocentrismo).⁸

Si la norma fundamental de algunos países incluyó la descripción del derecho a un ambiente sano y equilibrado, ¿ha sido suficiente para generar las políticas y la legislación encargadas de crear condiciones para su desarrollo? Las aproximaciones a esta pregunta de análisis pueden ser contestadas desde dos aristas. La primera, desde la perspectiva de las políticas públicas y su visión del desarrollo; y, la segunda, desde la perspectiva jurídica y sus efectos.

La optimización del derecho a un ambiente sano y equilibrado no es posible en medio de las condiciones de crisis civilizatoria universal y decadencia del esquema primario exportador. Por ello, este derecho ha sido reformulado en la Constitución ecuatoriana⁹ y se mantiene junto con un grupo de derechos que pueden representar los puntos de partida para justificar y pensar en otras formas de desarrollo: los de la naturaleza.

El rumbo de aquellos derechos, me refiero al de un ambiente sano y equilibrado y los de la tierra, está directamente relacionado con el rol de las capacidades del ser humano que enfaticen otras formas de desarrollo en función de todo aquello que realmente necesitamos como sociedad, con perspectivas de respeto a la naturaleza y la búsqueda de otras alternativas productivas en los ámbitos industriales, comerciales, productivos, culturales y de sobrevivencia.

2. La política constitucional socioeconómica y sus conflictos para la justicia ambiental

Para mirar el presente y pensar el futuro de esos derechos, es preciso advertir que el desarrollo se ha construido a partir de visiones excluyentes y desiguales para los derechos de los pueblos y la naturaleza. La búsqueda de un modelo de desarrollo propio y sus alternativas requiere alterar y reinventar los sistemas económicos,

⁸ *Idem.*

⁹ La norma fundamental, en el artículo 66, numeral 27, lo define como “[e]l derecho a vivir en un ambiente sano, ecológicamente equilibrado, libre de contaminación y en armonía con la naturaleza”.

políticos, culturales y ambientales de dominación, incluso repensar aquellos imaginarios y prácticas en torno a la vida, la producción, el consumo y las maneras en que nos relacionamos como individuos y nuestras necesidades.

La existencia de aquellos derechos debe tomar distancias y marcar disputas con un concepto de desarrollo asociado a un modo de vida sustentado en la economía de consumo, centrada únicamente en el extractivismo de los recursos naturales y que ha creado prácticas y subjetividades orientadas a legitimar la reproducción social basada en la mercantilización de los derechos y servicios, la privatización de oportunidades, la exclusión para el desarrollo de capacidades y el sometimiento de la condición humana a los propósitos y bondades del capital, en su perspectiva de ponerle un precio a todo acto humano y de constreñirlo a la lógica de oferta-demanda-costo.

Frente a ese canon del desarrollo –para asegurar la autoexpansión del capital–, la preocupación por lo que pueda pasar con estos derechos supone construir otro(s) paradigma(s): alternativas al desarrollo actual que interpelen las condiciones de producción y privilegien el estímulo de capacidades y oportunidades con responsabilidad ambiental e incentivando las fortalezas productivas de los pueblos y nacionalidades con sus modos de vida para vincularlos con el conjunto de políticas públicas hacia el desarrollo de sus culturas, conocimientos, sentimientos y pensamientos. Si queremos que los derechos en discusión tengan algo de futuro, aquello que postulo es una necesidad; pero, también, una decisión de responsabilidad para frenar el modelo acumulador y depredador que impera en el mundo. Pensar otro desarrollo es disputar la construcción de un nuevo pacto civilizatorio.

Aquellos propósitos son viables si los Estados redefinen sus políticas públicas hacia visiones que rectifiquen el desarrollo hacia enfoques inclusivos para repensar la satisfacción de derechos, igual acceso a oportunidades y condiciones compartidas para producir. No se trata de vivir todos de la misma forma, sino bajo la expansión de iguales derechos para promover potencialidades humanas, oportunidades sociales y alternativas que respeten la vida de las personas, así como la protección de las libertades públicas para vivir y desarrollar(se).

El mejoramiento de las condiciones de los derechos *in comento* es posible mediante la descolonización de la vida humana y las maneras para armonizarla con el ambiente, lo cual será viable con políticas públicas en desarrollo inclusivo e innovación que privilegien el siguiente horizonte: la potenciación de capacidades humanas y la profundización de políticas redistributivas para alcanzar la articulación de prácticas de economía social y solidaria. Sin embargo, conviene también puntualizar que estas políticas deben reconocer y coadyuvar a todas las expresiones –laborales, comerciales o industriales– de sectores que pueden tener diferencias y disensos con relación a los enfoques anunciados, pero que merecen respuestas y oportunidades para innovar, producir y crear oportunidades.

La innovación radica en que hace falta un desarrollo que pueda crear otras estrategias y objetivos en las políticas para reformularlas en la perspectiva de que las

capacidades y potencialidades de los individuos se conviertan en ejes articuladores y generadores de nuevas riquezas y potenciadores de oportunidades, con su correspondiente redistribución hacia mayores mecanismos incluyentes que corrijan las desigualdades.¹⁰ No es posible un nuevo pacto civilizatorio sin la búsqueda de otros referentes y paradigmas para la vida, el desarrollo y la innovación.

El paso del derecho a un ambiente sano a los derechos de la naturaleza implicó precisar diferencias que también busquen otras comprensiones para aquellos inconvenientes que no fueron superados por el reconocimiento del derecho a un ambiente sano, calidad ambiental y calidad de vida. En la valoración del primero correspondía un carácter instrumental, utilitario y económico; mientras que en los derechos de la naturaleza, la valoración es intrínseca y propone valores propios; en el primero, la perspectiva es antropocéntrica y en el segundo es biocéntrica. El derecho al ambiente busca una justicia ambiental y los derechos de la naturaleza se orientan por una justicia ecológica; el tipo de ciudadanía en el primero es una ciudadanía ambiental con ampliación de derechos ciudadanos, mientras que en el segundo intervienen

meta-ciudadanías ecológicas con definición contingente a culturas y ambientes; las respuestas en el derecho al ambiente son la indemnización, la compensación y la reparación y en los derechos de la tierra las respuestas son la preservación y la restauración de la Naturaleza; y, finalmente, las aplicaciones del primero tienen énfasis en soluciones científico técnicas para una participación posible y en el segundo las aplicaciones son la incertidumbre y riesgo, principio precautorio, y la participación indispensable.¹¹

La tradición jurídica de identificar derechos a las personas naturales como los únicos sujetos titulares de aquellas prerrogativas desconoce otras nociones de convivencia y desarrollo; al mismo tiempo que consagra la idea de que el individuo es el único ser vivo. Esa tradición se enmarca en una noción de dependencia jurídica y epistémica que reproduce la colonialidad del poder, del saber y del ser en los conflictos socioambientales.

Sin embargo, el reconocimiento de los derechos de la naturaleza no se ha desarrollado en políticas públicas ni decisiones judiciales, todas las cuales no han logrado disminuir los niveles de violencia hacia poblaciones enteras, ni reforzar la protección de derechos de pueblos y nacionalidades en las políticas permanentes de explotación

¹⁰ El desarrollo inclusivo como una estrategia alternativa debe también profundizar los mecanismos de transparencia, así como un mayor control administrativo y horizontal de las políticas públicas.

¹¹ Eduardo Gudynas, “Los derechos de la naturaleza y la construcción de una justicia ambiental y ecológica en Ecuador”, en Carlos Espinosa Gallegos-Anda y Camilo Pérez Fernández (eds.), *Los derechos de la naturaleza y la naturaleza de sus derechos*, Quito, Ministerio de Justicia, Derechos Humanos y Cultos, 2011, p. 119.

de recursos naturales. Aunque la ley fundamental ha innovado en materia de derechos para la Pachamama y variados derechos colectivos, en distintos territorios existen hombres, mujeres y niños enfermos y excluidos, con serias restricciones en su derecho al agua, a la soberanía alimentaria y a la vivienda.

Desde que se realizó el cambio constitucional conviene revisar qué pasó con la doctrina, la legislación y la jurisprudencia para atisbar si estos elementos han logrado describir e interpretar los alcances de los derechos a la tierra y si han conseguido los diversos instrumentos de política y gestión que las respectivas cláusulas constitucionales definen para los nuevos contornos públicos y privados en beneficio de estos derechos.

Se vuelve inexcusable una evaluación de las citadas disposiciones constitucionales por el transcurso de un tiempo prudencial, al cumplirse cerca de una década de su promulgación. La experiencia de otros países es relevante en el momento de pensar los esfuerzos de análisis cuando innovaron en derechos afines, como el caso de la norma de tutela ambiental en la reforma constitucional argentina de 1994, como lo sugiere García Minella:

La cláusula ambiental no ha habilitado por el solo hecho de su entrada en vigor, un cambio inmediato en nuestras vidas, pero ha sacudido algunas estructuras políticas, y jurídicas. Es a partir de los cambios que en ellas operan, que esta reforma constitucional ha sido para el ámbito material, mucho más que un buen comienzo. [...] Durante estos veinte años la consolidación del derecho humano a un ambiente sano ha sido definitiva a través de la doctrina y la jurisprudencia, los puntos más cuestionados y/o debatidos se han centrado en la estructura de federalismo de concertación y en la prohibición de ingreso de residuos potencialmente peligrosos. Fundamentalmente, creemos que la instauración de este derecho, ha permitido desplegar nuevas herramientas políticas y procesales para corregir las distorsiones y deficiencias estructurales del modelo que no permiten alcanzar la efectividad de los derechos humanos que la propia constitución define.¹²

En la región tenemos diferentes modelos constitucionales sobre los derechos subjetivos de las personas al ambiente y los derechos colectivos, donde se encuentra un diseño institucional de no regulación, la determinación de la interpretación constitucional para su atención y distintas formas de tipicidad de los derechos. El problema ahora es cómo garantizamos su aplicación y ya no una cuestión de reconocimiento, como lo sostiene Ricardo L. Lorenzetti:

¹² Gabriela García Minella, "La norma de tutela ambiental en la reforma constitucional argentina de 1994. Una evaluación de contenidos, veinte años después", en Marcelo Bernal, Calogero Pizzolo y Andrés Rossetti (coords.), *¡Que veinte años no es nada! Un análisis crítico a veinte años de la reforma constitucional de 1994 en Argentina*, Buenos Aires, Eudeba - Universidad de Buenos Aires, 2015, pp. 263-264.

El problema de la protección constitucional del ambiente, cualquiera sea el modelo constitucional que tengamos [...], no es la declaración constitucional y la tipicidad, ni tampoco es la legislación infraconstitucional –ya que tenemos suficientes tratados que contrapesan las ausencias de las declaraciones constitucionales o de las legislaciones infraconstitucionales–. El problema es la implementación y que el derecho no devenga en algo meramente declarativo, en un *soft law*, en el que se dice mucho pero se aplica poco. Este es uno de los grandes desafíos que hoy enfrenta la constitucionalidad ambiental: ¿cómo se decide la aplicación de toda la normativa de protección ambiental en la práctica?¹³

3. Las contingencias problemáticas para la justicia ambiental

Para definir las contrariedades de los derechos de la naturaleza es preciso redescubrir la dimensión epistémica, material y territorial de su ejercicio. Para que estos derechos puedan ser activados se evidencia su escaso proceso de institucionalización, entendido como la falta de condiciones específicas para su desenvolvimiento y desarrollo, y, con ello, me estoy refiriendo a dos factores cruciales: i) la ausencia de servidores administrativos y judiciales imbricados en la vida cotidiana para que puedan intervenir oportunamente en las demandas de la gente sobre los derechos ambientales y sus acuciantes conflictos, y ii) la escasa dogmática jurídica y jurisprudencia potente en materia de protección ambiental que generen un pensamiento alternativo en operadores administrativos y de justicia para encarar los imaginarios y la cultura dominante que ignora las necesarias protecciones a la naturaleza.

Las deficiencias en el desarrollo normativo de distintas categorías expresadas en el texto constitucional sobre los derechos de la naturaleza ocasionan dificultades en los operadores judiciales en el momento de implementar aquellas categorías con relación a los actos normativos cuestionados por infringir los derechos *in comento*.¹⁴ Uno de los inconvenientes de la falta de discusión y capacitación de estos temas en la formación judicial;¹⁵ la insuficiente investigación en educación superior sobre

¹³ Ricardo L. Lorenzetti, “La evolución del derecho constitucional ambiental en América Latina”, *Anuario de derecho constitucional latinoamericano 2014*, Bogotá, Konrad Adenauer Stiftung, año XX, 2014, pp. 317-326.

¹⁴ Al respecto, pueden revisarse los trabajos de Gerardo Damonte, Manuel Glave y Juana Kuramoto, *Industrias extractivas y manejo de conflictos*, Lima, Grupo de Análisis para el Desarrollo, 2014; y Felipe Castro León, “La política extractiva petrolera frente a los derechos de los pueblos indígenas. Análisis de caso”, tesis de abogacía, Quito, Pontificia Universidad Católica del Ecuador, 2016, publicada en el repositorio digital de esa universidad.

¹⁵ Renata Estefanía Nieto Moreno, *Acceso a la justicia según el Principio 10 de la Declaración de Río sobre medio ambiente y desarrollo en casos de daño ambiental en el Ecuador*, tesis

este tema y el atrasado tratamiento legislativo son un problema para el quehacer jurisdiccional: ¿cómo deciden los jueces la aplicación de principios, valores y reglas para amparar y reparar la naturaleza?, ¿es posible una colisión entre derechos del individuo y de la naturaleza? Como sostiene Farith Simon:

¿Qué significa uso de subsistencia de la naturaleza? ¿cuándo afectamos sus ciclos naturales? ¿a qué deberían dar más peso los jueces a los derechos de la naturaleza o a los derechos de los individuos y comunidades en un conflicto? ¿tenemos el mismo valor ontológico seres humanos y naturaleza? ¿la naturaleza tiene un plan de vida en el sentido de la busca deliberada de sobrevivencia y reproducción? [...] ahora nos enfrentamos a una nueva realidad política, provocada en parte por algunos de los “experimentos” normativos, esperemos que esto nos deje tiempo para revisar estos aspectos del “nuevo” derecho ecuatoriano, pero todo hace prever que pronto estaremos estudiando, defendiendo y explicando la importancia de los derechos más básicos, recordando la necesidad de considerar al ser humano como centro de todo.¹⁶

¿Qué nos falta para impulsar el ejercicio de estos derechos? Son múltiples las variantes que se requieren, pero es menester empezar por mencionar la carencia de repertorios ciertos de acción social que se encuentren provistos de un correlato constitucional y procesal que ponga en funcionamiento las garantías jurisdiccionales sin perder de vista el acompañamiento con el seguimiento social para la generación de conquistas jurisprudenciales y sus efectos políticos.

Es imperativo exigir a los jueces mayores compromisos y obligaciones con el derecho ambiental constitucional mediante la presión argumentativa que entraña la defensa de lo más mínimo de nuestra existencia cotidiana y la suya, esto es: los conflictos socioambientales quebrantan los derechos esenciales de la vida y, en realidad, es ella misma la que está en peligro de extinción.

Hay un cierto fracaso con lo que pueden aportar las garantías jurisdiccionales para la protección de los derechos de la naturaleza, lo cual hace posible la agudización de las problemáticas en cuestión y sus dilemas civilizatorios.

No obstante, el fracaso no solamente puede detectarse desde el andamiaje de las garantías, sino a partir de la falta de atrevimiento de los sectores de la sociedad civil por sus omisiones en hacer funcionar garantías como la acción de protección, la acción de incumplimiento y la acción por incumplimiento para amparar derechos como la restauración de la naturaleza o la promoción y el respeto a los elementos del ecosistema. Y quisiera enfatizar en estos señalamientos por una razón cardinal:

de abogacía, Pontificia Universidad Católica del Ecuador, 2016, pp. 82 y ss.

¹⁶ Farith Simon, “Derechos de la naturaleza: innovación trascendental, retórica jurídica o proyecto político”, *Iuris Dictio*, año 13, vol. 15, enero-junio 2013, pp. 9-38.

en los límites de aquellas garantías se mide la capacidad de acción de los jueces, de lo cual se desprenderán las condiciones expansivas o restrictivas de las garantías existentes para proteger estos derechos y las razones para proponer una jurisdicción especial y una garantía constitucional exclusiva para obtener los resultados que aquí se discuten.

La vigencia de los capítulos cuarto –sobre derechos de las comunidades, pueblos y nacionalidades– y séptimo –sobre derechos de la naturaleza de la norma máxima– tienen diversas articulaciones para su concreción.

En primer término, están provistos de un ejercicio subjetivo que requiere condiciones ideológicas y políticas para proyectar construcciones materiales en los complejos contextos socioambientales. De otra parte, son derechos que demandan fuertes dosis de entusiasmo y demasiados esfuerzos para poner en evidencia la predominancia de relaciones sociales caracterizadas por un conocimiento de la vida sustentado en la negación del “otro”, a partir de un dominio cultural marginador que habilita o deshabilita el devenir de ciertos derechos.

Las sociedades están enfrentando en la actualidad un modelo de producción y desarrollo donde el sujeto y sus márgenes de sobrevivencia están por exceder los umbrales de sus posibilidades, si acaso no lo han hecho ya. Por ello, este tipo de derechos contribuye a un florecimiento del activismo social que puede aportar a un proceso expansivo y justificatorio del activismo judicial para superar los límites de la legislación ambiental en procura de resguardar los derechos ambientales. Lo que corresponde buscar, como siempre, son los recovecos dentro de la institucionalidad para materializar estos derechos.

Lo que sí hay que tener muy presente es que los derechos de la naturaleza no están flotando en el aire ni tampoco las situaciones para su efectividad se desarrollan por sí solas. No es dable pensar que las condiciones para la realización de estos derechos deben adaptarse a los contextos actuales y sus escenarios. La perspectiva que no hay que perder es que son los contextos institucionales y los escenarios procesales los que deben adaptarse hacia generar condiciones para su realización.

Seguramente, ni con estos derechos consagrados en el texto iusfundamental ni con más derechos en esta materia tendremos un ambiente resguardado y protegido porque el corazón del conflicto radica también en un modelo de desarrollo que silenciosamente agrava la vida. Si bien lo novedoso es que los derechos de la naturaleza evidencian también las profundas contradicciones del derecho y cuestionan los intersticios entre su validez y eficacia, los resguardos jurisdiccionales con que podamos contar en la institucionalidad jurídica deben estar orientados a contener los factores nocivos de ese modelo porque al mismo tiempo que se puede aceptar una garantía para revertir un proyecto extractivista, se impulsan cuatro nuevos proyectos de similar índole a escala regional y global.

En consecuencia, lo que se trata es de pensar estos derechos a partir de las propias experiencias de los pueblos, nacionalidades y comunidades, en lugar de adaptarlos a las circunstancias cerradas que puede ofrecernos un ordenamiento jurídico

porque si este tiene limitaciones, la consecuencia es una tutela endeble y frágil de aquellos derechos.

Cuando agotamos el análisis de estos derechos y sus formas de ejercicio a la visión monista que puede derivarse de las normas infraconstitucionales, lo que hacemos es dar paso a concepciones homogéneas que clausuran las posibilidades de un Estado plurinacional e intercultural. Lo que nos queda es entretrejer los criterios fragmentados del pluralismo jurídico para debatir maneras de exigibilidad y justiciabilidad de la protección de la naturaleza y los derechos de pueblos y nacionalidades, todo lo cual también es pertinente ubicar en instrumentos internacionales y recogerlos para su mayor potenciación.

El desmoronamiento de la vida y de sus ciclos vitales requiere nuevas formas materiales y subjetivas de protección, así como mejores mecanismos para su justiciabilidad por una razón esencial: la naturaleza, “donde se reproduce y realiza la vida”, ha sido blanco de una agresión sistemática y el derecho ha sido incapaz de contener esa agresión. Entonces, el interés de los gobiernos por la explotación de minerales, petróleo y energía es un síntoma más de esa agresión y hay que cuestionar dónde se ubica el derecho para actuar y, si una vez más devela su horror, hay que organizar los argumentos para promover litigios estratégicos que permitan salvaguardarla.

Ahora, hay que considerar que las interpelaciones sociales por la afectación a los derechos de la naturaleza no tienen siempre el mismo efecto y la misma contundencia. Más todavía, hay que tener claro que a la actual generación le corresponde pensar las alternativas y hacerlas viables.

¿Cómo entender que el artículo 73 de la ley fundamental señala que el Estado “aplicará las medidas de precaución y restricción para las actividades que puedan conducir a la extinción de especies, la destrucción de ecosistemas o la alteración permanente de los ciclos naturales”, cuando son precisamente las propias instituciones estatales las que suscriben contratos con empresas que despliegan procesos orientados a generar todo ese tipo de afectaciones?

Por tanto, se trata de que la actual generación logre combinar distintos esfuerzos y creatividades para deconstruir el derecho y pensar formas de indisciplinar las tradicionales perspectivas con miras a ejercer y proteger los derechos porque está en juego el proyecto de proteger la vida, mediante la definición de resguardos y garantías especiales para cuidar la existencia. Cabe tener cuidado con que el derecho no pueda responder en su totalidad y termine cediendo frente a las actuales y nuevas formas de agresión a la vida.

En efecto, las interpelaciones sociales deben identificar su objetivo: ¿hacia dónde hacerlo? Y es ahí donde se vuelve indispensable fijar un sentido emancipatorio y un pensamiento crítico que así como identifique los límites de la modernidad constitucional, se encuentre dispuesto a proponer estrategias jurídicas creativas porque el Estado constitucional puede conferir contextos óptimos o peyorativos para las contingencias normativas que necesitan los derechos ambientales. El desafío consiste

en ir más allá de lo que podemos encontrar en la institucionalidad estatal porque la realidad ha demostrado que no es suficiente.

El tiempo de ocho años transcurridos desde la aprobación de la norma máxima nos aleccionó algo proverbial: la configuración de derechos a favor de la naturaleza también supuso imposibilidades para su ejecución y serias reticencias como la falta de preparación de la institucionalidad jurisdiccional para intervenir con formas de protección mediante las decisiones de los jueces. Por ende, no es pertinente adoptar una posición regresiva o desprestigiar el capítulo séptimo de la norma máxima; lo que conviene es hacer una evaluación objetiva sobre si la institucionalidad estatal y los procedimientos actuales responden o no a los grandes propósitos que expresan los derechos ambientales. Es imperativo dar cuenta de lo logrado y obstruido por la Constitución con un horizonte reflexivo: el reconocimiento de obligaciones y responsabilidades jurídicas para proteger la vida no debe alienar los dispositivos e interpelaciones populares para luchar por nuevos y mejores derechos para la naturaleza. Si no desplegamos todos los referentes contestatarios que tenemos a nuestro alcance y aquellos que aún no hemos ensayado, el respeto integral a la existencia de la vida y su mantenimiento perecerán.

No es exagerado señalar que con la descripción constitucional de los derechos de la naturaleza se enajenaron las convergencias de acción social y cayeron en su trampa semántica: al consagrarse derechos se creyeron superadas las formas de agresión a la naturaleza y ya bastaba únicamente con incomodarse, cuando parecería que hemos perdido las capacidades de reacción.

No basta con que los derechos de la naturaleza declaren los daños ambientales y su tipo de impacto, aquellos deben estar acompañados de luchas sociales que posibiliten contrarrestar y superar eventuales afectaciones al ambiente. Y es ahí donde aparece una de las principales complicaciones de los derechos a la naturaleza que explico a continuación. En el artículo 72 del texto constitucional se menciona la obligación del Estado y de personas naturales o jurídicas de indemnizar a los individuos y colectivos que dependen de los sistemas naturales afectados, y que el ambiente tiene derecho a la restauración que será implementada en caso de impacto ambiental grave o permanente.

Hay que advertir que no debe adoptarse la idea que puede girar en torno a esta disposición de que sería posible admitir *cualquier* tipo de explotación a los recursos naturales porque luego operaría la indemnización y la reparación para precautelar la restauración y la ejecución de medidas que eliminan o mitigan las consecuencias ambientales nocivas. No sería dable consentir que el concepto que implica esa norma es que las vulneraciones a la naturaleza, como son posteriormente restauradas, pueden ser enteramente aceptadas, cuando el problema radica en que se ignora que los daños ambientales no pueden ser plenamente resarcidos porque sus consecuencias son precisamente irreparables.

Por tal razón, es menester plantear un giro en la comprensión y alcance de estos derechos: hay que expresar objeciones a la reparación y al resarcimiento del

ambiente –de manera posterior al daño–, y eso es efectivo si superamos la visión que legitima toda afectación con la justificación de que la naturaleza tiene derecho a la restauración, y concentramos mayores esfuerzos, voluntades y entusiasmos en las políticas preventivas y proteccionistas.

Detrás de la idea de afectación al ambiente también hay que preservar la idea de afectación al individuo. De ello resulta necesario admitir que aquellas denuncias provenientes de experiencias de vulneración, como las de los pescadores por la contaminación de ríos y mares, los atropellos que sufren pueblos o nacionalidades por la extracción de hidrocarburos y las consecuencias de estas actividades, o la disputa por tierras cuando están en riesgo derechos de pueblos y nacionalidades –por citar tres casos, entre otros–, deben ser también atendidas e interpretadas como afectaciones al derecho a la vida de los individuos, precisamente por los principios de reciprocidad y complementariedad entre ser humano y ambiente. Como lo sostiene Ramiro Ávila:

Del principio de reciprocidad se deriva, en la teoría de los derechos humanos, la idea de valor y respeto. Lo que se tiene que cuidar, proteger y promover tiene que ser protegido por el derecho, que es una noción abstracta que genera vínculos y límites al accionar humano. Si la naturaleza es recíproca con el ser humano y viceversa, conviene preservar esa interrelación por medio de la noción de derecho. Descuidar, desproteger y dañar la naturaleza afectaría irremediablemente al principio de reciprocidad. Además, si las relaciones son recíprocas, existe pues una razón más para poder aplicar la noción de igualdad y, por tanto, de no discriminar a una de las partes en relaciones equivalentes. Al ser la naturaleza un elemento universal que se complementa, se corresponde, se interrelaciona y con la que se tiene relaciones recíprocas, la consecuencia obvia es que debe protegerse. No hacerlo significaría alterar o descuidar las interrelaciones entre los elementos de la vida que son absolutamente necesarias.¹⁷

Cuando existen distintas zonas en apremio socioambiental es pertinente pensar que no son radicalismos de los *pachamamistas* –descripción con la cual se busca descalificar los reclamos por transgresiones a la naturaleza–, sino que se trata de conflictos de distintos derechos y de riesgos para la vida de los animales humanos y no humanos. De ahí que es oportuno discutir el enfoque que está presente en el derecho a la restauración por impacto ambiental grave o permanente y la responsabilidad de indemnización por afectación a los sistemas naturales, por cuanto eso puede introducir la justificación de que toda explotación a los recursos naturales es posible y necesaria para el desarrollo nacional cuando el peligro es que existen

¹⁷ Ramiro Ávila Santamaría, “El derecho de la naturaleza: fundamentos”, en Alberto Acosta y Esperanza Martínez (comps.), *La naturaleza con derechos. De la filosofía a la política*, Quito, Universidad Politécnica Salesiana - Abya-Yala, 2011, pp. 217-218.

actividades propias de las explotaciones que pueden significar destrucciones y alteraciones irremediabiles a los ciclos naturales y a la vida.

Para complementar este aspecto, y en la misma línea de análisis, una dificultad que ha sido observada sobre estos derechos radica en que, en el momento de su interpretación, al juez o al operador administrativo le corresponde hacerlo en el marco de la filosofía andina inspirada en el *sumak kawsay* y el principio de relacionalidad, el cual señala que todo está vinculado y conectado con todo, “no existe nada sin esta condición trascendental”. A partir de ese margen de apreciación es pertinente la reflexión siguiente de Llasag Fernández:

La Constitución alimenta la contradicción referida [acumulación de capital en su momento especulativo y es contrario a principios de *sumak kawsay*] al considerar sectores estratégicos a la energía en todas sus formas, las telecomunicaciones, los recursos naturales no renovables, el transporte y la refinación de hidrocarburos, la biodiversidad y el patrimonio genético, el espectro radioeléctrico, el agua y los demás que determine la ley. Desde la visión de la filosofía andina no existen sectores estratégicos porque todo, incluido los denominados ‘sectores estratégicos’, están regidos por los principios de la filosofía andina: relacionalidad, correspondencia, complementariedad y reciprocidad, razón por la cual no son susceptibles de comercio y explotación con fines comerciales, sino únicamente para satisfacer las necesidades elementales de la vida y mantener el equilibrio de la ‘naturaleza’ o Pachamama.¹⁸

El reparo expuesto por Llasag está orientado por la perspectiva de que si bien la norma fundamental no prohíbe la explotación con fines comerciales, lo que hace es reservar para el Estado la administración, regulación, control y gestión de los mismos. Por ello, observa que la explotación o aprovechamiento de esos “sectores estratégicos” puede delegarla a la empresa pública y privada,

visión que es totalmente contraria al régimen del *sumak kawsay* y violatoria de los derechos de la naturaleza o Pachamama, toda vez que las personas y colectivos no tienen el derecho de explotar y aprovechar la naturaleza, sino únicamente de beneficiarse, pero para satisfacer las necesidades elementales, manteniendo su integridad, que no incluye fines comerciales.¹⁹

¹⁸ Raúl Llasag Fernández, “Derechos de la naturaleza: una mirada desde la filosofía indígena y la Constitución”, en Espinosa Gallegos-Anda y Pérez Fernández, *op. cit.*, pp. 89-90.

¹⁹ *Ibid.*, p. 89.

4. Nadar a contracorriente. Los déficits de la institucionalidad estatal para la justicia ambiental

La sustanciación de procesos judiciales en materia ambiental revela múltiples privaciones e insuficiencias en la administración de justicia, como los siguientes:

- a) Escasez de programas permanentes de capacitación y formación en materia ambiental por parte de la Escuela Judicial para los servidores judiciales.²⁰
- b) Falta de políticas jurisdiccionales e institucionales por parte del Consejo de la Judicatura para el desarrollo de la justicia ambiental. Tomar en serio los derechos de la tierra requería hacerse cargo de erogaciones económicas sustantivas (ya sea para asegurar la creación de judicaturas ambientales especiales conforme al artículo 246 del Código Orgánico de la Función Judicial, o garantizar la iniciativa legal para la creación o reforma de cuerpos legales que contribuyan a la maduración de esta materia), tal como debería ocurrir cuando se advierte que la inclusión de nuevos derechos representa un costo propio y se lo expresa mediante la ejecución de programas y proyectos sobre las privaciones existentes.
- c) Carencia de experticia en operadores de justicia sobre temas ambientales y derechos de la naturaleza, así como en los medios e instrumentos que coadyuven a la resolución de casos.²¹
- d) Exigua legislación ambiental para promover mecanismos y formas de protección a los derechos de la naturaleza y el correspondiente desarrollo de los contenidos constitucionales sobre esta materia.²²
- e) Dificultades en la implementación de sentencias relacionadas con temas ambientales. Estas requieren acciones adecuadas, efectivas y oportunas para la protección de los derechos de la tierra.²³
- f) Falta de interés de instituciones públicas para observar las normas legales y jurisprudenciales en esta materia, ya sea para dar cumplimiento a sentencias o para hacer el seguimiento sobre su incumplimiento.

²⁰ Ver el Oficio No. CJ-DNDMCSJ-2015-36 TR: CJ-INT-2015-39282, Anexo 3 en Nieto Moreno, *op. cit.*, p. 8.

²¹ Al respecto, ver Sofía Suárez, “Defendiendo la naturaleza: retos y obstáculos en la implementación de los derechos de la naturaleza. Caso río Vilcabamba”, en *Energía y clima*, Quito, Fundación Friedrich Eber, 2013, p. 12. Disponible en: <http://library.fes.de/pdf-files/bueros/quito/10230.pdf>.

²² Después de ocho años de vigencia de la Constitución, la Asamblea Nacional aprobó en segundo debate el Código Orgánico del Ambiente, con fecha 20 de diciembre de 2016, en espera del pronunciamiento del Ejecutivo; entró en vigencia y está publicado en el Registro Oficial No. 983, suplemento de 12 de abril de 2017.

²³ Suárez, *op. cit.*, p. 11.

- g) Limitados conocimientos de la sociedad civil sobre las formas de acceder a la justicia y los mecanismos para ejercer el derecho a la tutela judicial efectiva de los derechos de la naturaleza.

5. Revisar la institucionalidad jurídica para la protección de los derechos de la naturaleza

Este periodo de ocho años de vigencia constitucional nos ha aleccionado sobre los límites de la institucionalidad estatal para la materialización de los derechos objeto del presente estudio. Los golpes de las economías extractivas sobre los derechos humanos y el medio ambiente dejan auténticas ²⁴ experiencias reflexivas que deben servir para un nuevo derecho ambiental que innove las relaciones de poder entre intereses devastadores privados y comunidades locales, donde se reformule la presencia estatal para superar i) su escaso margen de acción o ii) su omisión cómplice en los niveles de exclusión y violencia.

Los desafíos de la protección y defensa del asunto en comento requieren examinar una constatación: no hay condiciones ideales, ni dentro de la institucionalidad estatal ni fuera de ella, para pensar un proyecto epistémico que ampare la naturaleza y sus ciclos vitales debido a las distintas carencias analizadas que evidencian dos factores centrales: i) las decisiones emitidas por servidores administrativos y judiciales tienen aprietos para promover el alcance de los derechos a la naturaleza en la sociedad ecuatoriana y, ciertamente, que pueden terminar por restringirlos; y ii) esa sociedad se identifica por una desigualdad estructural e instituciones democráticas cada vez más cuestionadas que ponen al sujeto naturaleza contra las cuerdas.

Las condiciones para posibilitar los derechos *in comento* demandan la implementación de políticas institucionales y jurisdiccionales para formar situaciones de protección, defensa y reparación como las que se discutirán de aquí en adelante.

Algunos estudios coinciden en el imperativo de establecer una jurisdicción ambiental especial²⁵ por cuanto en la actualidad los daños al ambiente, según su dimensión, son tratados por la autoridad administrativa o por los juzgados civiles y penales. Esta propuesta está centrada en los retos de enfrentar tres urgencias: i) contar con jueces especializados y con conocimiento técnico al más alto nivel, ii) organizar judicaturas ambientales que respondan con celeridad y oportunidad las

²⁴ Al respecto, ver César Rodríguez Garavito (coord.), *Extractivismo versus derechos humanos. Crónicas de los nuevos campos minados en el sur global*, Buenos Aires, Siglo Veintiuno Editores, 2016.

²⁵ Cristina Elizabeth Sánchez Saravia, “Estudio de las competencias jurisdiccionales y administrativas en la determinación de la responsabilidad ambiental en el Ecuador”, tesis de abogacía, Pontificia Universidad Católica del Ecuador, 2011, pp. 122 y ss.; Nieto Moreno, *op. cit.*, p. 99; Judith del Rocío Rodríguez García, “Derechos ambientales de la naturaleza”, tesis de abogacía, Pontificia Universidad Católica del Ecuador, 2015, p. 87.

amenazas y eventuales riesgos en la materia, iii) formar jueces con otros criterios y conocimientos actualizados que puedan responder a la evolución y cambios del derecho ambiental.

El tipo de jueces que se solicita para encarar la resolución de los problemas socioambientales corresponde a perfiles innovadores para el ejercicio jurisdiccional. Como lo señala Lorenzetti:

Hoy necesitamos de los poderes judiciales como jugadores no ortodoxos. Si la estructura del poder no cambia, si las democracias generan incentivos negativos para la protección ambiental, es necesario que nuestros poderes judiciales estén presentes, así como las organizaciones de la sociedad civil, para proteger los derechos a la igualdad, los derechos de los inmigrantes y para proteger los derechos ambientales. Todos ellos, vinculados con la categoría de derechos económico-sociales, se encuentran en crisis en el mundo actual. Y es allí, en la defensa de esos derechos, donde los poderes judiciales adquieren un rol importante. Y con relación a nuestra región, es necesario llevar adelante el rol de jugadores no ortodoxos con ideas propias. Especialmente, porque los poderes judiciales de América Latina se han especializado por medio de su jurisprudencia, y debido a la realidad sociopolítica en la que se encuentran inmersos, tanto en la problemática de la igualdad como en la ambiental. La región puede así expresarse de un modo diferente y original en el mundo. La cultura jurídica latinoamericana tiene mucho para aportar a las demás culturas jurídicas.²⁶

Conviene discutir la facultad de que los jueces ambientales puedan adoptar medidas cautelares de oficio con la finalidad de restablecer una justicia ambiental y así propiciar las tutelas necesarias.

Considero oportuno debatir si la acción de protección es la garantía más adecuada para la protección de estos derechos. En el caso de Bolivia existe la acción popular para resolver aquellos problemas del ambiente y su deterioro. Esta discusión que sugiero, la hago en razón de considerar desacertadas aquellas regulaciones legislativas y jurisprudenciales de la garantía ecuatoriana porque existen ámbitos que, siendo motivo de conflictos socioambientales, no podrían ser resueltos por esta garantía debido a su naturaleza residual y subsidiaria.

6. Derechos de la naturaleza y derechos de pueblos y nacionalidades

La discusión actual sobre el estado de los derechos a la tierra no puede descuidar el abordaje de la realidad de los derechos de pueblos y nacionalidades. Una

²⁶ Lorenzetti, *op. cit.*, p. 325.

pregunta puede condensar estas implicaciones: ¿cómo resolver las tensiones entre los derechos e intereses de los pueblos y nacionalidades y los derechos e intereses del resto de la población, cuando existen de por medio posibles derechos de la naturaleza que pueden ser quebrantados y, más todavía, si pueden entrar, tantas veces, en conflicto con los primeros?

Existen precedentes jurisprudenciales²⁷ que marcan la ruta indisoluble entre los tipos de derechos anunciados, como los siguientes:

Al desconocerse el derecho ancestral de los miembros de las comunidades indígenas sobre sus territorios, que podía estar afectando otros derechos básicos como el derecho a la identidad cultural y la supervivencia misma de las comunidades indígenas y sus miembros.

La restricción que se haga al derecho a la propiedad privada de particulares pudiere ser necesaria para lograr el objetivo colectivo de preservar las identidades culturales en una sociedad democrática y pluralista en el sentido de la Convención Americana; y proporcional, si se hace el pago de una justa indemnización a los perjudicados de conformidad con el artículo 21.2 de la Convención.

Cuando los Estados se vean imposibilitados por razones concretas y justificadas, de adoptar medidas para devolver el territorio tradicional y los recursos comunales de las poblaciones indígenas la compensación que se otorgue debe tener como orientación principal el significado que tiene la tierra para estas.²⁸

Uno de los planteamientos de Quiroga Soria consiste en afirmar que los procedimientos administrativos consideren dos aspectos medulares para ser sustanciados: i) incluir y tomar en cuenta aspectos de los pueblos indígenas, ii) ser simples y accesibles, y estar provistos de condiciones técnicas y materiales.²⁹ Esto se debe a la existencia de regulaciones pertenecientes al derecho público y al derecho privado que no facilitan la convivencia pacífica de la convergencia de sistemas normativos distintos entre el derecho estatal y el derecho indígena.

El reconocimiento de la propiedad indígena en las normas legales y los precedentes jurisprudenciales, así como el respeto a los usos y costumbres de pueblos y nacionalidades pueden contribuir a comprender otros enfoques para materializar el amparo a los derechos de la naturaleza.

²⁷ Corte IDH, Caso Comunidad Indígena Yakye Axa, Sentencia de 17 de junio de 2005, Serie C, núm. 125; y Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa, Sentencia de 29 de marzo de 2006.

²⁸ César Quiroga Soria, "Propiedad indígena y el cambio constitucional en Bolivia", en Liliana E. Abreut de Begher (dir. y coord.), *Propiedad indígena*, Buenos Aires, Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires - La Ley, 2010, pp. 190-191.

²⁹ *Ibid.*, 191.

7. Conclusiones provisionarias

Corresponde construir y constituir los derechos de la naturaleza desde abajo, porque desde arriba existen políticas reaccionarias preocupadas por preservar el poder y no en la edificación de un proyecto que afiance la justicia ambiental.

Al mismo tiempo, hay que apostar por una estrategia innovadora que contenga modificaciones en la institucionalidad jurídica porque con posiciones contra el Estado o la administración jurisdiccional no se consigue nada, todo lo cual tampoco puede desconocer la fortaleza organizativa de la sociedad civil para impulsar estos cambios porque la tecnocracia jurisdiccional y sus torres de marfil inaccesibles han demostrado que su “sabiduría” –casi siempre– está exenta de voluntad transformadora.

Bibliografía

- ACOSTA, Alberto, *La maldición de la abundancia*, Quito, Abya-Yala, Comité Ecu­ménico de Proyectos, 2009.
- ÁVILA SANTAMARÍA, Ramiro, “El derecho de la naturaleza: fundamentos”, en Alberto ACOSTA y Esperanza MARTÍNEZ (comps.), *La naturaleza con derechos. De la filosofía a la política*, Quito, Universidad Politécnica Salesiana - Abya-Yala, 2011.
- CAO, Christian Alberto, *Constitución socioeconómica y derechos fundamentales*, Buenos Aires, Ediar, 2015.
- CARRIÓN SÁNCHEZ, Diego y Ricardo SÁNCHEZ CÁRDENAS, *Pensar las alternativas. Economía extractiva y efectos comparados: turismo, petróleo y minería*, Quito, Rosa Luxemburgo, 2016.
- CORTE IDH, Caso Comunidad Indígena Yakye Axa, Sentencia de 17 de junio de 2005, Serie C, núm. 125.
- _____, Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa, Sentencia de 29 de marzo de 2006.
- 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 Piedrahíta, 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, 21-30, noviembre de 2015.
- _____, “La Constitución desconstitucionalizada. Líneas jurisprudenciales del sistema de administración de justicia constitucional ecuatoriano”, en Luis Fernando Torres (ed.), *Debate constitucional*, Quito, Cevallos, 2016.
- _____, “Constitucionalismo dialógico y última palabra. Una agenda de políticas deliberativas para las cortes constitucionales”, en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano 2016*. Bogotá, Konrad Adenauer Stiftung, 2016.
- _____, *¿Tienen los jueces la última palabra? Diálogos Constitucionales y Jurisdiccionales de Paúl Córdova Vinueza con Ramiro Ávila Santamaría, Eduardo Barbarosch, Jorge O. Bercholc, Andrés Botero Bernal, Fabián Corral Burbano de Lara, Francisco Javier De Lucas Martin, et al.*, Quito, Corporación de Estudios y Publicaciones, 2016.
- _____, *Derecho procesal constitucional. Estudios críticos de doctrina, dogmática, argumentación y jurisprudencia*. Quito, Corporación de Estudios y Publicaciones, 2016.
- _____, *Justicia dialógica para la última palabra. Por una argumentación deliberativa entre los jueces, la ciudadanía y las Cortes*. Quito, Corporación de Estudios y Publicaciones, 2017.
- GARCÍA MINELLA, Gabriela, “La norma de tutela ambiental en la reforma constitucional argentina de 1994. Una evaluación de contenidos, veinte años después”, en Marcelo BERNAL, Calogero PIZZOLO y Andrés ROSSETTI (coords.), *¿Que veinte años no es nada! Un análisis crítico a veinte años de la reforma constitucional de 1994 en Argentina*, Buenos Aires, Eudeba - Universidad de Buenos Aires, 2015.
- GUDYNAS, Eduardo, “Los derechos de la naturaleza y la construcción de una justicia ambiental y ecológica en Ecuador”, en Carlos ESPINOSA GALLEGOS-ANDA y Camilo PÉREZ FERNÁNDEZ (eds.), *Los derechos de la naturaleza y la naturaleza de sus derechos*, Quito, Ministerio de Justicia, Derechos Humanos y Cultos, 2011.
- LLASAG FERNÁNDEZ, Raúl, “Derechos de la naturaleza: una mirada desde la filosofía indígena y la Constitución”, en Carlos ESPINOSA GALLEGOS-ANDA y Camilo PÉREZ FERNÁNDEZ (eds.), *Los derechos de la naturaleza y la naturaleza de sus derechos*, Quito, Ministerio de Justicia, Derechos Humanos y Cultos, 2011.

- LORENZETTI, Ricardo L. “La evolución del derecho constitucional ambiental en América Latina”, en *Anuario de derecho constitucional latinoamericano 2014*, Bogotá, Konrad Adenauer Stiftung, año XX, 2014.
- NIETO MORENO, Renata Estefanía. *Acceso a la justicia según el Principio 10 de la Declaración de Río sobre medio ambiente y desarrollo en casos de daño ambiental en el Ecuador*, tesis de abogacía, Pontificia Universidad Católica del Ecuador, 2016.
- OVIDEO FREIRE, Atawallpa, *Buen vivir vs. Sumak Kawsay. Reforma capitalista y revolución alternativa. Una propuesta desde los andes para salir de la crisis global*, Buenos Aires, Ciccus, 2013.
- PEREIRA FLORES, María Victoria, “El derecho al goce de un ambiente adecuado en el marco constitucional de Argentina y Uruguay”, en *Anuario de derecho constitucional latinoamericano*, t. II, Montevideo, Konrad Adenauer Stiftung, 2004.
- QUIROGA SORIA, César, “Propiedad indígena y el cambio constitucional en Bolivia”, en Liliana E. ABREUT DE BEGHER (dir. y coord.), *Propiedad indígena*, Buenos Aires, Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires - La Ley, 2010.
- RODRÍGUEZ GARAVITO, César (coord.), *Extractivismo versus derechos humanos. Crónicas de los nuevos campos minados en el sur global*, Buenos Aires, Siglo Veintiuno, 2016.
- RODRÍGUEZ GARCÍA, Judith del Rocío, *Derechos ambientales de la naturaleza*, tesis de abogacía, Pontificia Universidad Católica del Ecuador, 2015.
- SÁNCHEZ SARAVIA, Cristina Elizabeth, *Estudio de las competencias jurisdiccionales y administrativas en la determinación de la responsabilidad ambiental en el Ecuador*, tesis de abogacía, Pontificia Universidad Católica del Ecuador, 2011.
- SIMON, Farith, “Derechos de la naturaleza: innovación trascendental, retórica jurídica o proyecto político”, *Iuris Dictio*, año 13, vol. 15, enero-junio 2013, pp. 9-38.
- SUÁREZ, Sofía, “Defendiendo la naturaleza: retos y obstáculos en la implementación de los derechos de la naturaleza. Caso río Vilcabamba”, en *Energía y clima*, Quito, Fundación Friedrich Ebert, 2013.

VOLVER A LA TABLA DE CONTENIDO

Hernán Correa Cardozo* (Colombia)

Los efectos inequitativos de la jurisprudencia constitucional colombiana sobre *habeas data* financiero

RESUMEN

La eficacia del derecho al *habeas data* financiero consiste en la facultad de las personas de controlar sus datos personales de contenido comercial y crediticio. El propósito de este artículo es demostrar que la jurisprudencia constitucional colombiana se concentra exclusivamente en una concepción formal de dicha prerrogativa, invisibilizando las distribuciones de poder entre los interesados y generando un sistema inequitativo en términos de acceso a los productos de crédito y de asignación de responsabilidad a los agentes que concurren en la gestión de datos personales. Con este fin, se hace una exploración crítica de dicho precedente mediante el uso de la teoría del derecho como distribución y legitimación.

Palabras clave: *habeas data* financiero, acceso al crédito, protección de datos personales.

ZUSAMMENFASSUNG

Die Wirksamkeit des *Habeas-data*-Rechts in finanziellen Angelegenheiten beruht auf der Befähigung der Personen zur Kontrolle ihrer persönlichen geschäfts- und kreditbezogenen Daten. Im vorliegenden Beitrag soll dargelegt werden, dass sich die kolumbianische Verfassungsrechtsprechung auf die formalrechtliche Konzeption dieses Vorrechts beschränkt, wodurch die Machtverhältnisse zwischen den beteiligten Parteien unkenntlich gemacht werden und ein hinsichtlich der Zugangsmöglichkeiten zu Kreditprodukten und bezüglich der Verantwortlichkeit der am Datenmanagement mitwirkenden Akteure unfaires System geschaffen wird. Dementsprechend erfolgt

* Abogado, Universidad Nacional de Colombia; magíster en Derecho, Universidad de los Andes (Colombia); LLM International Legal Studies, Georgetown University. Magistrado auxiliar de la Corte Constitucional de Colombia y profesor de Cátedra de la Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes. hl.correa2006@uniandes.edu.co

eine kritische Überprüfung der bestehenden Situation unter Bezugnahme auf die Theorie des Rechts als Verteilungs- und Legitimationsmechanismus.

Schlagwörter: *Habeas data* in finanziellen Angelegenheiten, Kreditzugang, Schutz der persönlichen Daten.

SUMMARY

The effectiveness of the right of *habeas data* related to financial activity consists of the power of people to control their personal commercial and credit data. The purpose of this article is to demonstrate that Colombian constitutional jurisprudence is focused exclusively on a formal conception of said prerogative, obscuring the distributions of power among interested parties, and generating an inequitable system in terms of access to credit products and the allocation of responsibility to agents involved in the management of personal data. To this end, the article makes a critical exploration of said precedent through the use of the theory of law as distribution and legitimation.

Key words: *Habeas data* related to financial activity, access to credit, protection of personal data.

Introducción

El derecho al *habeas data* financiero es una garantía específica derivada del artículo 15 de la Constitución Política de Colombia (CP), conforme a la cual todas las personas tienen el derecho a conocer, actualizar o rectificar su información de contenido financiero, comercial o crediticio que esté incluida en bases de datos de naturaleza pública o privada.¹ La previsión de un derecho específico dentro del marco general de la protección constitucional de los datos personales se explica, en el caso colombiano, en que el escenario donde ha tenido mayor utilización y visibilidad el derecho al *habeas data* es en el uso de la información financiera para el cálculo del riesgo, lo que ha motivado una regulación sectorial sobre la materia.

La percepción acerca del papel que cumplen los reportes de riesgo crediticio difiere en buena medida si el análisis se realiza desde la perspectiva del titular de información de contenido crediticio o desde los usuarios de esos datos, esto es,

¹ Esto concuerda con la definición que sobre la materia ofrece la jurisprudencia constitucional. Así, en la Sentencia C-1011/08 de la Corte Constitucional se expresa que el “*habeas data* financiero [es] el derecho que tiene todo individuo a conocer, actualizar y rectificar su información personal comercial, crediticia y financiera, contenida en centrales de información públicas o privadas, que tienen como función recopilar, tratar y circular esos datos con el fin de determinar el nivel de riesgo financiero de su titular. Debe advertirse que esta es una clasificación teórica que no configura un derecho fundamental distinto, sino que simplemente es una modalidad de ejercicio del derecho fundamental, este sí autónomo y diferenciable, al *habeas data*”.

los establecimientos comerciales y de crédito. Desde el primer punto de vista, una concepción teórica coherente acerca del rol que cumplen los administradores de las centrales de riesgo considera que sus funciones deberían estar reguladas por elementos propios del derecho sancionador.²

En últimas, de lo que se trata es de mantener el historial financiero desfavorable como una barrera efectiva para el acceso a los productos comerciales y de crédito. Bajo esta concepción, son comunes las historias de personas que temen con mayor intensidad a que las “reporten” a ser sometidas al poder del juez civil en un proceso de ejecución. Al fin y al cabo, el proceso judicial es largo y tortuoso (sobre todo para el acreedor), mientras la sanción del reporte es efectiva, inmediata, y no es ni administrativa ni judicial: es aplicada a través de un algoritmo en donde el debido proceso o la contradicción de la prueba son variables que no son consideradas.³

En cambio, la posición jurídica defendida por los usuarios de la información y, como se explicará posteriormente, por el derecho constitucional responde a los interrogantes del titular de información con un grupo articulado de normas legales, prácticas empresariales y, sobre todo, decisiones judiciales, que insisten en que la adecuada gestión de datos personales de contenido crediticio es un factor de primer orden para el crecimiento económico y la democratización del crédito. Así, los perjuicios al ciudadano que es “reportado” solo son incomodidades que deben soportarse con sentido altruista, en aras de proteger esos valores superiores que responden al beneficio de ese tan importante como invisible *bien común*.⁴ En ese marco, no es posible prescindir de la utilización de la información personal de

² El derecho sancionador comprende las diferentes ramas del derecho en donde el objetivo es juzgar si una conducta infringe o no bienes jurídicos protegidos por tipos que identifican faltas y sus sanciones correlativas. Para el caso analizado, la perspectiva tradicional del *habeas data* lo acercaría a los parámetros propios del derecho administrativo sancionador (Alejandro Nieto, *Derecho administrativo sancionador*, Madrid, Tecnos, 1994).

³ En efecto, las maneras en que se suele determinar el riesgo crediticio es a partir de la identificación de un puntaje que da cuenta del comportamiento crediticio del futuro deudor, reporte que generalmente tiene carácter automatizado. Para una perspectiva crítica de esta metodología de cálculo del riesgo, ver Liran Einav, Mark Jenkins y Jonathan Levin, “The impact of credit scoring on consumer lending”, *RAND Journal of Economics*, vol. 44, núm. 2, 2013, pp. 249-274.

⁴ Como es bien sabido, el concepto de “bien común” o de “interés general” está en el centro de la justificación constitucional, desde la explicación liberal del derecho, de la acción del Estado y de los individuos. Esta perspectiva se basa en considerar que en la sociedad concurren valores y objetivos mutuamente compartidos y que, por ende, se presume un compromiso sobre la eficacia en su cumplimiento. Esta noción es problemática por al menos dos tipos de razones: porque desconoce el pluralismo de las sociedades contemporáneas y porque generalmente la noción del bien común corresponde a los intereses de quienes tienen mayor poder de negociación en cada sociedad en concreto. Por ende, la noción de bien común encierra la invisibilización de las diferencias intrínsecas, en especial en términos de poder de negociación, entre las personas y los grupos. Para un análisis comprehensivo sobre el asunto, ver Nancy Fraser, “Rethinking the Public Sphere: A Contribution to the Critique of Actually Existing Democracy”, *Social Text*, núm. 25-26, 1990, pp. 56-80.

contenido crediticio, pues ello es un presupuesto para el acceso eficiente y a bajo costo para el interesado.⁵

En consonancia con las características definitorias del derecho constitucional liberal, la regulación del acceso a la información personal se autodefine, en la perspectiva analizada, como políticamente neutra. El discurso de protección del derecho al *habeas data* es expresado, por parte de las normas legales estatutarias y, en especial, por la jurisprudencia constitucional, como la fórmula ideal de intermediación entre la eficacia de las libertades del individuo y los intereses de un mercado financiero cuya estabilidad resulta importante –un fin constitucionalmente legítimo, en los términos de ese discurso–, en tanto permite que el ahorro público se transforme en crédito, dirigido a la financiación de las iniciativas productivas de ese mismo individuo. La regulación de esta materia es promocionada como el balance entre los intereses de quienes desean consentir y controlar los usos que se dan a su información personal, acopiada por las centrales, y las importantes finalidades que la administración de los datos busca, imprescindibles para la determinación del riesgo financiero.⁶

Bajo esta perspectiva, el objetivo de este documento es poner de presente cuáles son las reglas que sobre la distribución de poderes y competencias entre sujetos ofrece la jurisprudencia constitucional colombiana sobre *habeas data* financiero y los efectos inequitativos que esta genera. Para este análisis se usará la teoría crítica del derecho como distribución y legitimación, con el fin de evidenciar tales arreglos jurídicos e institucionales, así como sus efectos en términos de exclusión de responsabilidad, deficiencias en el modelo de cálculo de riesgo e imposición de barreras para el acceso de los ciudadanos a los recursos de crédito.

1. El balance de la jurisprudencia constitucional

La conformación del derecho al *habeas data* financiero en Colombia ha operado de manera contraria a la tradición de expedición de las normas jurídicas en los países inscritos en la práctica del derecho legislado. Esto debido a que las reglas de protección de los derechos fueron primero planteadas jurisprudencialmente,

⁵ La relación intrínseca entre la fortaleza del cálculo del riesgo crediticio y la estabilidad del sistema financiero en su conjunto es un lugar común en los estudios sobre esta materia. Así, por ejemplo, una de las reflexiones más recurrentes luego de la crisis financiera de la primera mitad de la década pasada estuvo concentrada en la crítica sobre la indebida flexibilización en el cálculo de riesgo para la distribución de productos de créditos, particularmente hipotecas, que luego impactaron desfavorablemente actividades financieras derivadas de esas obligaciones (Ken Brown y Peter Moles, *Credit Risk Management*, Edinburgh, Edinburgh Business School - Heriot-Watt University, 2014).

⁶ Para un análisis sobre las ventajas que tradicionalmente se otorgan a los reportes de crédito, ver David C. Hsia, “Credit Scoring and the Equal Credit Opportunity Act”, *Hastings Law Journal*, núm. 30, 1978-1979, pp. 371-448.

a partir de la interpretación judicial de la cláusula contenida en el artículo 15 de la CP, y luego esas reglas, casi que de manera inalterada, fueron codificadas por el Congreso, particularmente en la Ley 1266 de 2008 “por la cual se dictan las disposiciones generales del *habeas data* y se regula el manejo de la información contenida en bases de datos personales, en especial la financiera, crediticia, comercial, de servicios y la proveniente de terceros países y se dictan otras disposiciones”.⁷

La Corte Constitucional de Colombia (CCC) ha estudiado la materia a partir de lo que puede denominarse una *concepción principialista* del derecho al *habeas data*. Esta doctrina se ha consolidado a partir de lo expresado inicialmente en las sentencias SU-082/95 y SU-089/95, y ha permanecido prácticamente inalterada, al margen de los principios que configuran el contenido del derecho al *habeas data*, planteados especialmente en la Sentencia T-729/02, y luego en la Sentencia C-1011/08⁸ que realizó el análisis previo de constitucionalidad de la ley estatutaria sobre la materia. En síntesis, los aspectos más relevantes de esta doctrina son los siguientes:⁹

⁷ Sobre el particular debe aclararse que en lo que respecta a la protección de datos personales en Colombia concurren dos cuerpos legislativos: la Ley 1266 de 2008, que tiene por objeto la regulación del *habeas data* financiero, y la Ley 1581 de 2012 “por la cual se dictan disposiciones generales para la protección de datos personales”. Esta es una normatividad de carácter general, que excluye de su ámbito de aplicación al *habeas data* financiero y que, por esa razón, no hace parte del objeto de estudio de este documento.

⁸ Cabe advertir que las reglas de decisión judicial sobre *habeas data* financiero no han sufrido modificaciones desde su recapitulación en la Sentencia C-1011/08. Así, por ejemplo, en la reciente decisión T-246/14 se hace referencia expresa a dichas reglas como fundamento del fallo. Incluso, se evidencia que en los últimos tiempos se ha reducido significativamente el número de fallos de revisión de la CCC sobre la materia, lo que podría empíricamente explicarse a partir de la utilización recurrente de las mencionadas reglas por parte de los jueces de inferior jerarquía, lo que virtualmente elimina la necesidad de que la CCC se pronuncie de nuevo sobre ese precedente.

⁹ Esta síntesis recoge en buena medida lo expuesto por la Corte Constitucional en las sentencias T-414/92, T-433/94, T-176/95, T-261/95, SU-082/95, SU-089/95, T-552/97, T-307/99, T-527/00, SU-014/01, T-578/01, T-729/02, T-592/03, C-851/05 y C-1011/08. Adicionalmente, el análisis integra la posición que sobre las garantías del *habeas data* incorporan algunos autores, en especial de la corriente hispanoamericana. Sobre el particular, ver Catalina Botero Marino, Juan Fernando Jaramillo Pérez y Rodrigo Uprimny Yepes, “Libertad de información, democracia y control judicial: la jurisprudencia constitucional en perspectiva comparada”, en *Anuario de derecho constitucional*, Montevideo, Konrad Adenauer Stiftung, 2000; Herminia Campuzano Tomé, *Vida privada y datos personales*, Madrid, Tecnos, 2000; Pedro Dubié, “El *habeas data* financiero”, en Osvaldo Gozaíni *et al.* (coords.), *La defensa de la intimidad y de los datos personales a través del *habeas data**, Buenos Aires, Ediar, 2001; Luis Carlos Escobar de la Serna, *Principios del derecho de la información*, Madrid, Dykinson, 2000; Francisco J. Esguiguren, “Poder judicial, tribunal constitucional y *habeas data* en el constitucionalismo peruano”, *Cuadernos constitucionales México – Centroamérica*, núm. 35, 1999; Enrique M. Falcón, *Habeas data. Concepto y procedimiento*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1996. Osvaldo Gozaíni, “Información crediticia y *habeas data*”, en Gozaíni *et al.*, *op. cit.*; Carlos Alberto Parellada, *Daños en la actividad judicial e informática desde la responsabilidad profesional*, Buenos Aires, Astrea, 1990; Alicia Pierini, Valentín Lorences y María Inés Tornabene, *Habeas*

La protección de la información personal hace parte de las garantías contenidas en el derecho al *habeas data* (CP, art. 15). Este derecho se concreta en la posibilidad que tiene el individuo de (i) conocer la información personal contenida en las bases de datos, (ii) solicitar la actualización de dicha información a través de la inclusión de nuevos datos y (iii) requerir la rectificación de la información no ajustada a la realidad, componentes que esta investigación ha reunido en la facultad de *controlar* el dato financiero. A estas facultades se agrega la vigencia del principio de libertad del titular de la información y la caducidad de la información financiera negativa, a partir de los deberes de finalidad y necesidad.¹⁰

Al realizar un ejercicio de ponderación entre los derechos al buen nombre y la información, la Corte concluye que no se vulnera aquel cuando se ponen a disposición de las entidades de crédito los datos relacionados con el comportamiento crediticio del deudor, habida cuenta de que estos datos escapan de la esfera de la protección de la intimidad personal o familiar, o, lo que es lo mismo, no hacen parte de la información sensible y, además, son de interés general. Esto último, porque la misma Constitución establece que la actividad financiera está relacionada con el interés del conglomerado, representado en la protección del ahorro público.¹¹

Las facultades de conocimiento, actualización y rectificación de la información contenida en bases de datos originan una serie de principios dirigidos a garantizar la eficacia del derecho al *habeas data*. En este orden de ideas, es posible identificar en la jurisprudencia constitucional tres grupos de principios,¹² cada uno de ellos con deberes que le son inherentes.

Del principio de *información excluida* se derivan los deberes de necesidad (la información recopilada debe estar vinculada al cálculo del riesgo), fidelidad (el dato debe corresponder a la realidad financiera del sujeto), confidencialidad (la circulación del dato debe restringirse al fin de su recopilación, sin que puedan utilizarse para propósitos no autorizados por su titular, o que contraríen derechos de raigambre constitucional) y proporcionalidad (los usos del dato personal no deben lesionar los derechos fundamentales de su titular, por ejemplo cuando vinculen formas de tratamiento no autorizadas o que versen sobre datos que al estar relacionados con la intimidad de la persona, no están llamados a transmitirse a terceros).

data, Buenos Aires, Editorial Universidad, 1999; Oscar Puccinelli, *El habeas data en indoiberoamérica*, Bogotá, Temis, 1999; Nelson Remolina Angarita, *Tratamiento de datos personales*, Bogotá, Legis, 2013.

¹⁰ Corte Constitucional, Sentencia C-1011 de 2008.

¹¹ *Idem*.

¹² La primera formulación de los principios del *habeas data*, de la manera como se explican en este apartado, fue en la Sentencia T-729 de 2002, en un caso de revisión de tutela relacionado con la puesta a disposición en páginas web oficiales del registro inmobiliario de la ciudad de Bogotá. Esta sistematización de principios fue luego utilizada en varios fallos de revisión de tutela, siendo reiterado por la Sala Plena de la Corte Constitucional colombiana en la Sentencia C-1011 de 2008 y luego por el Congreso, mediante la expedición de la Ley Estatutaria 1266 de 2008.

El principio de *calidad de la información* refiere a las condiciones sustantivas que debe tener el dato recopilado, para que su acopio sea compatible con el derecho al *habeas data*. Contiene los deberes de veracidad (el dato debe dar cuenta de información cierta sobre el sujeto), integridad (los datos almacenados deben permitir identificar suficientemente el perfil de riesgo de la persona), caducidad (la información desfavorable debe ser eliminada del registro luego de un periodo definido, pues de lo contrario el tratamiento de datos se tornaría desproporcionado), individualidad (los datos almacenados deben corresponder a un sujeto identificable) y transparencia de la información contenida en las bases de datos (el titular debe conocer la ubicación de sus datos y el procedimiento para su control).

Por último, el principio de *control de acceso* refiere a las condiciones exigidas para la utilización legítima de la información y en particular para su transferencia a terceros. A este pertenecen los deberes de consentimiento (el almacenamiento debe estar precedido de la autorización del titular) y libertad de acceso a los datos por el titular de la información. A su vez, el principio de *responsabilidad* refiere a los deberes de seguridad en el almacenamiento del dato, incorporación de la información (el almacenamiento debe incluir tanto la información favorable como desfavorable para el sujeto) y protección del derecho (en el proceso de gestión del dato deben respetarse las garantías constitucionales propias del *habeas data* financiero).

Es con base en esta identificación de principios y deberes que la justicia constitucional ha conferido un cuerpo de facultades y responsabilidades a los distintos sujetos que concurren en el suministro y administración de la información personal.¹³ Para este fin, se establecen un grupo de reglas que prevén las consecuencias jurídicas predicables de los comportamientos recurrentes en dicha labor de gestión de datos, prescripciones que para el caso colombiano están previstas en la Ley Estatutaria 1266 de 2008. La definición de estas reglas, es importante resaltarlo, hacen que las responsabilidades de fuentes, operadores y usuarios¹⁴ de IPFC se concentren en permitir el ejercicio, por parte del titular del dato, de las facultades de conocimiento, actualización y rectificación de la información personal, sumado a la preservación del consentimiento del sujeto concernido para la inclusión de dichos datos en la centrales de riesgo crediticio.

La descripción de la jurisprudencia constitucional sobre los principios y los deberes que se derivan del derecho al *habeas data* financiero pone de presente el hecho de que este discurso se fundamenta en la preexistencia de determinadas condiciones fácticas que lo *autovalidan*. En efecto, la doctrina expuesta defiende con ahínco una postura liberal tradicional, según la cual los titulares de la información, las centrales

¹³ Corte Constitucional, Sentencia C-1011 de 2008.

¹⁴ La fuente de información es la que genera datos pertinentes para el cálculo del riesgo. Los operadores son quienes realizan la gestión de los mismos con el fin de convertirlos en reportes sobre riesgo crediticio del sujeto. Los usuarios son aquellos agentes del mercado que acceden a dichos reportes y toman decisiones de distribución de bienes y servicios con base en ellos.

de riesgo y los usuarios del dato financiero concurren en igualdad de condiciones al “mercado de administración de la información crediticia”. De este mercado es posible predicar (i) la igualdad de oportunidades de todos los individuos en la concurrencia a los productos de crédito y, por ende, a la posibilidad de ser sujetos pasibles de registro de su información financiera; (ii) la validez de los acuerdos de voluntades libres de los titulares de la información y sus administradores; (iii) la vigencia de la regulación estatal en tanto parámetro para la adopción de decisiones imparciales que resuelven los conflictos entre dichos agentes y, sobre todo, balancean su poder y capacidad de negociación; (iv) la existencia de autoridades estatales neutras, encargadas de aplicar dicha regulación; (v) la autorrestricción de los operadores y usuarios de la información, dirigida a la preservación de los principios y deberes que la Constitución confiere a los titulares de la IPFC; y, especialmente, (vi) la necesidad de contar con mecanismos para la evaluación del riesgo crediticio, como elemento de primer orden para lograr la democratización del crédito y la protección del ahorro público.¹⁵

2. La crítica al precedente constitucional sobre *habeas data* financiero

Al menos dos críticas pueden plantearse a estos presupuestos de la protección de datos personales en la jurisprudencia constitucional colombiana sobre *habeas data* financiero: la incorporación de los desaciertos del *constitucionalismo aspiracional* y los efectos invisibilizadores de determinados reclamos sociales que la doctrina genera, amén de la utilización del discurso de los derechos.

En cuanto a lo primero,¹⁶ es sencillo advertir que la jurisprudencia sobre el *habeas data* –en especial la contenida en los fallos posteriores a la Sentencia T-729/02, y específicamente en la recopilación de principios realizada en la Sentencia C-1011 de

¹⁵ Sobre este particular es dicente la consideración realizada por la Corte Constitucional en la Sentencia C-1011 de 2008, al señalar que “el cumplimiento de la función constitucionalmente legítima del cálculo del riesgo crediticio, consistente en contar con información para la adecuada distribución de los recursos de crédito y la subsecuente garantía de la estabilidad financiera y la protección del ahorro público, se cumple de manera suficiente y razonable cuando cada una de estas variables sean tenidas en cuenta por las entidades correspondientes como paso previo para la suscripción de contratos de crédito. En caso contrario, un análisis apenas parcial, no solo es incompatible con las exigencias técnicas antes enunciadas, sino que desnaturaliza la finalidad misma del reporte crediticio, pues lo convierte en un instrumento destinado a servir de barrera para la democratización de los recursos de crédito, en contraposición de las obligaciones que se derivan del deber de responsabilidad social en la administración de datos personales”.

¹⁶ En este apartado utilizamos las herramientas de análisis sobre las implicaciones del *constitucionalismo aspiracional*, expresadas por Mauricio García (“El derecho como esperanza: constitucionalismo y cambio social en América Latina, con algunas ilustraciones a partir de Colombia”, en Mauricio García, Rodrigo Uprimny Yepes y César A. Rodríguez Garavito,

2008, antes mencionada— se ha preocupado por construir un sofisticado entramado de reglas y garantías, que intermedian los intereses de los titulares de la información, los operadores y los usuarios. Esto responde a la necesidad de establecer algún modo de regulación a un escenario de transacciones jurídicas sometidas solo a la dinámica económica, fundada en el rendimiento financiero generado por el cálculo del riesgo. En tal sentido, ese conjunto de reglas y garantías manifiesta, ante todo, un escenario de protección ideal de derechos, en el que no existen disconformidades ni en la aplicación del precepto ni en la solución de los conflictos. La jurisprudencia, por ende, es escasa en la adopción de fórmulas que respondan a las verdaderas condiciones del mercado de la información financiera y en particular sus asimetrías¹⁷ (desconocimiento de los derechos por parte de los titulares de los datos, evidente posición dominante de las centrales y fuentes de la información, etc.). En contrario, la estipulación de reglas se adscribe, esencialmente, a un modelo deontológico, desarticulado del contexto social y económico en el que es aplicado.

La doctrina sobre la protección de datos personales, construida tanto en la jurisprudencia constitucional como en la Ley Estatutaria 1266 de 2008, toma la forma de un conjunto de reglas y principios que si bien tienen una pretensión fáctica (buscan ser obedecidas por los agentes del mercado de los datos), se plantean como si fueran a ser aplicadas en una sociedad bien ordenada, en la que el poder de negociación de los titulares de la información es equiparable al de los demás agentes, y aquellos están plenamente informados acerca de las implicaciones y garantías predicables a la gestión del dato financiero. Esta doctrina, a su vez, supone una distribución de poder particular, que otorga a los titulares de la IPFC garantías jurídicas formales, desprovistas de herramientas para la equiparación del poder de negociación entre las partes interesadas en la administración de datos personales.

El siguiente ámbito de cuestionamiento a la doctrina *principialista* está relacionado con las inconsistencias que en él se evidencian, a partir de la crítica a los derechos del liberalismo.¹⁸ En efecto, los pilares de la regulación sobre la administración de datos personales son: la posibilidad de que los titulares de la información presten un consentimiento libre e informado sobre la inclusión de las personas en las bases; la existencia de instancias imparciales y eficientes de resolución

¿Justicia para todos? Sistema judicial, derechos sociales y democracia en Colombia, Bogotá, Norma, 2006).

¹⁷ Para una visión panorámica de las dificultades que, para el cálculo del riesgo crediticio, se derivan de las asimetrías de información entre los agentes del mercado, ver Carlos Andrés Delvasto Perdomo, “Asimetrías de información, fallas del mercado crediticio y correctivos institucionales. El papel del Estado en la cobertura del mercado crediticio”, *Revista Criterio Jurídico*, vol. 1, núm. 6, 2006.

¹⁸ En esta sección se hace uso de la propuesta teórica ofrecida por Isabel Cristina Jaramillo sobre la materia (“Instrucciones para salir del discurso de los derechos”, en Wendy Brown, Isabel Cristina Jaramillo Sierra y Patricia J. Williams, *La crítica de los derechos*, Bogotá, Universidad de los Andes, Instituto Pensar, Siglo del Hombre Editores, 2003).

de controversias; la autorrestricción de las entidades crediticias, en tanto fuentes de información, y los operadores de las centrales de riesgo; y la plena vigencia del derecho autónomo al *habeas data*, que sirve como contención a los intereses de grupos fácticamente más poderosos, en especial las entidades comerciales y de crédito. Estas suposiciones sobre el modo de comportamiento de los agentes en el mercado de información financiera resultan cuestionadas por una teoría crítica de los derechos.

Esta doctrina se basa, necesariamente, en la existencia de una comunidad de individuos formalmente iguales (al menos en lo que se refiere a su condición de “sujetos de derechos”), titulares de productos de crédito, interesados en la adecuada administración de sus datos personales que: permiten el cálculo del riesgo y que toman decisiones racionales en cuanto a la adquisición de recursos del mercado financiero. Se advierte, entonces, que el derecho al *habeas data* es un conjunto de garantías que protegen una libertad *censitaria*, pues solo se predica de los propietarios.

El individuo accede al mercado de datos personales porque tiene la capacidad de ser titular de un producto de crédito y, al tener esa condición patrimonial y una experiencia previa en el mercado de crédito, le son predicables las prerrogativas del derecho. Consentir sobre el ingreso de los datos, solicitar su corrección y actualización son tareas que indefectiblemente dependen de determinada posición jurídica en el mercado mencionado, a partir de la cual se adscribe la citada igualdad formal. En últimas, el derecho al *habeas data* supone una barrera de entrada al goce de sus garantías que es excluyente en alto grado, en tanto se basa en la existencia de una “experiencia crediticia”, que equivale a exigir la condición previa de propietario. Así, termina invisibilizando los reclamos de inclusión de las personas que, precisamente por no ser titulares de derechos de propiedad, no cumplen con los estrictos requisitos para la habilitación en el ejercicio de la libertad *censitaria*.¹⁹

Con todo, la identificación más clara de esos desbalances que se derivan de las reglas constitucionales sobre *habeas data* financiero es más evidente si se hace un estudio pormenorizado sobre la manera en que esos dispositivos jurídicos distribuyen el poder de negociación entre titulares del dato, operadores de centrales de riesgo, fuentes y usuario. Este es el objetivo de la siguiente sección de este documento.

¹⁹ Esta no es la única consecuencia de la libertad *censitaria*. De otro lado, excluir de la protección de datos personales a quienes no concurren al mercado de datos por no ser propietarios capacitados para el acceso a productos de crédito elimina las posibilidades de negociación de estos individuos en la modificación de las reglas jurídicas hacia ámbitos más incluyentes de sus intereses. Acerca de la función del derecho como instrumento para determinar el nivel de negociación de una de las partes interesada en la satisfacción de sus reclamos, a través de la obtención de consecuencias jurídicas favorables, ver Duncan Kennedy, “The Stakes of Law, or Hale and Foucault!”, *Legal Studies Forum*, vol. 15, 1991, pp. 327-361.

3. La crítica a la *doctrina principialista* desde la teoría del derecho como distribución y legitimación

Como se ha señalado, la concepción *principialista* busca fijar un grupo de reglas, derivadas de un sistema de principios y deberes, dirigidas a resolver los conflictos entre los sujetos que intervienen en la gestión de IPFC. Por ende, el valor que, al menos nominalmente, soporta la concepción *principialista* es su pretensión de neutralidad. Sus reglas no buscan satisfacer un interés específico, sino que están unívocamente dirigidas a garantizar el equilibrio entre dos poderes que se asumen desiguales y que, por tanto, deben ser equiparados por el derecho: las fuentes, los usuarios y los operadores centrales de información, de un lado, y el titular de la información, del otro. A los primeros se les reconoce que son titulares del *poder informático*, un poder material que les permite llegar a ejercer usos abusivos en el manejo de la información personal. Al segundo se le adscribe como sujeto libre y autónomo, titular de garantías jurídicas, las cuales deben protegerse a través de la acción estatal, de modo que el ejercicio abusivo, poder material de sus contrapartes, implique el desconocimiento de esas garantías.²⁰

El derecho al *habeas data*, desde esa perspectiva, toma la forma de un árbitro que a través del reconocimiento de potestades a la “parte débil”, lo equipara frente a los poderes fácticos, no jurídicos, de quienes inciden en la eficacia de las garantías que integran el derecho. A su vez, la neutralidad de las reglas que se derivan de la concepción *principialista* se explica porque la gestión de IPFC es una actividad necesaria para la consecución de fines considerados constitucionalmente legítimos, como la democratización del crédito y la protección del ahorro público. Estos fines, por ende, operan como parámetro de la actividad que adelantan fuentes, operadores y usuarios.

Esta función de arbitramento y equiparación, propia de la perspectiva del derecho liberal en que está inmersa, puede obtener una explicación más adecuada a través del reconocimiento de las funciones legitimadoras y distributivas del derecho, las cuales contrastan con esa pretendida neutralidad antes mencionada. Para ello, se adoptará la siguiente estructura de análisis. En primer término, se presentarán las herramientas teóricas centrales del derecho como distribución y legitimación. Luego, se mostrará cómo esas herramientas resultan aplicables para demostrar un arreglo distributivo y de legitimación particular en el caso de IPFC. Finalmente, se ejemplificarán algunas problemáticas que evidencian ese arreglo.

²⁰ Estas son, precisamente, las cualidades que se confieren al sujeto desde el liberalismo político, a partir del cual se edifica la legislación civil y, en particular, el derecho de contratos. Los sujetos son libres, concurren al mercado y allí obtienen satisfacción a sus necesidades. Para una perspectiva crítica sobre esta concepción, ver Jeremy Waldron, *The Right of Private Property*, Oxford, Clarendon Press, 1988.

3.1. Supuestos teóricos básicos del derecho como distribución y legitimación

Para la concepción tradicional liberal, el derecho equipara poderes en disputa a través de la asignación de garantías y facultades a los sujetos. Ante la posibilidad fáctica de que un automovilista genere un daño, se crea una estructura institucional (vías, señalización, policías de tránsito, etc.) y un andamiaje de derechos, obligaciones y responsabilidades jurídicas dirigidas a contrarrestar y sancionar la potencialidad material de afectar a los sujetos titulares de tales prerrogativas. Sin embargo, la tesis del derecho como distribución y legitimación (DDL) cuestiona esa concepción, al considerar que toda previsión jurídica no es simplemente una fórmula de equiparación que genera óptimos en el reparto del poder, sino que antes bien, ocasiona arreglos distributivos y de justificación específicos, los cuales (i) inciden en el grado de negociación que tiene cada uno de los agentes interesados; (ii) intermedian en la distribución de recursos; y (iii) soportan concepciones jurídicas que legitiman esa particular modalidad de distribución del derecho y que, en consecuencia, concurren en su vocación de legitimidad y permanencia.

El punto de partida de la concepción teórica del DDL²¹ es que el derecho no es un neutro, sino que es un factor con incidencia en la distribución de recursos y de poder en el ámbito social en que resulta aplicable. Esta afirmación implica que (i) los individuos o partes, contrario a como lo sostiene la ficción del derecho liberal tradicional, están en posiciones diversas en cuanto al acceso y la posesión de recursos y de poder; (ii) las reglas jurídicas que prevé el derecho afectan esas posiciones, bien porque “prohíben ciertas acciones como las que permiten que algunos causen daño a otros sin la obligación de compensarlos [...] ya sea porque no existen reglas que prohíban la acción, ya sea por la ausencia de mecanismos para garantizar el pago, o bien porque los funcionarios encargados de hacer cumplir la prohibición no tienen los recursos o la voluntad para hacerlo”;²² y (iii) si las reglas jurídicas que administran el daño se modifican, es posible cambiar el “poder relativo” de las partes.²³

A fin de identificar las funciones mencionadas, la teoría expuesta propone dar respuesta a cinco preguntas que permiten auscultar la naturaleza del arreglo distributivo y de legitimación dado por las reglas jurídicas. Así, se propone interrogarse sobre (i) quiénes son las partes inmersas en la “situación de distribución” objeto de

²¹ La descripción sobre las herramientas teóricas del derecho como distribución y legitimación es tomada de la síntesis expresada en Isabel Cristina Jaramillo Sierra y Tatiana Alfonso Sierra, *Mujeres, cortes y medios: la reforma judicial del aborto*, Bogotá, Siglo del Hombre Editores, Universidad de los Andes, 2008, pp. 198-215.

Esta síntesis está basada en textos de la teoría crítica norteamericana que explican las funciones del derecho como distribución y legitimación. Entre ellos debe destacarse Duncan Kennedy, *A Critique of Adjudication (fin de siècle)*, Cambridge, Harvard University Press, 1998.

²² Jaramillo y Alfonso, *op. cit.* pp. 198-199.

²³ *Idem.*

análisis, cuestionamiento que implica comprender que existen diferencias entre el acceso y obtención de poder y recursos entre dichos agentes; (ii) cuáles son los recursos, las ventajas, las habilidades y los atributos que llevan a que una de las partes se imponga o logre diferencias distributivas ostensibles respecto de las otras, y cuáles son los factores que permiten que la parte perdedora se “resista” a su aniquilamiento y promueva compromisos derivados del arreglo distributivo dado; (iii) cuáles son las reglas jurídicas que tienen una relación directa con la “situación de distribución”, lo que obliga a tener conciencia del área del sistema jurídico (comprendido como sistema de reglas) en que se encuentran las disposiciones que afectan el arreglo distributivo; (iv) cuáles son las reglas jurídicas que justifican que lo que se muestra como recursos, ventajas, habilidades o atributos de la parte “ganadora” tengan la condición de “naturales” y, por ende, la parte perdedora resista el arreglo distributivo derivado de tal “naturalización”, amparada por el derecho;²⁴ y (v) cuáles cambios de las reglas jurídicas llevarían a un arreglo distributivo diferente, esto es, a equilibrios incrementales o distintos entre los recursos y el poder de los agentes.

Finalmente, la propuesta teórica del DDL identifica lo que podría denominarse planos funcionales del sistema de reglas en cuanto a la legitimación de determinado arreglo distributivo.²⁵ El primero es el plano de *naturalización*, el cual busca demostrar que ese arreglo generado por las reglas del sistema jurídico es la representación de la realidad que se asume como verdadera, necesaria o inevitable. El segundo plano es el de *compartimentación*, operación que pretende demostrar que determinadas reglas deben ser comprendidas en función de sus vínculos con otras, lo que invisibiliza las relaciones no “naturalizadas” entre cada parte y entre la parte y el todo. La *individualización* es el tercer plano, operación que está dirigida impedir que alguien pueda ser reparado o indemnizado, bajo el argumento de que pudo haber optado por tomar una conducta particular que evitara el hecho dañino. El cuarto plano es la *excepcionalización*, relacionado con la elusión en la aplicación de una regla particular cuando quien la invoca es la parte perdedora en el arreglo distributivo dado. “La excepcionalización tiene efectos de legitimación porque oculta las razones del

²⁴ Este es uno de los aspectos centrales en la teoría del DDL. En efecto, la función que tiene el derecho es, primordialmente, la de mostrar como necesarios o inmodificables los arreglos distributivos que se obtienen de sus reglas. Por ello es que se concluye que la función del derecho no solo es de carácter distributivo sino, ante todo, que construye el discurso de su propia legitimación. Así, en términos de Jaramillo y Alfonso, “[a]unque estas premisas y preguntas parecen simples, obvias y rutinarias, no lo son precisamente porque el derecho, en cuanto discurso, legitima la distribución existente, ya sea representándola como necesaria, ya sea representándola como impotente. La legitimación ocurre mediante argumentos habituales en el modo de pensar lo jurídico. Los más importantes de ellos podrán agruparse bajo los siguientes rótulos: naturalización; compartimentación; individualización; excepcionalización; huida a la forma/procedimiento/competencia; y escasez de recursos”.

²⁵ Al respecto, véase Jaramillo y Alfonso, *ibid.*, p. 202.

ganador al mantener la regla general y ubica las razones del perdedor como insuficientes para reclamar la aplicación de la regla general”.²⁶

La *huida a la forma/procedimiento/competencia* es el quinto plano y se comprende como la salida para negar las pretensiones de la parte perdedora que, aunque se acepta que son fundadas desde la consecuencia jurídica prevista en la regla, son ineficaces debido a que se utilizó el procedimiento o la ritualidad equivocada. La consecuencia que genera este plano es que legitima esos procedimientos como instancias necesarias, neutras e incontestables, a pesar de que son tan maleables como las normas que el sistema jurídico denomina “materiales” o “sustantivas”. Finalmente, el sexto plano es el *argumento de la escasez de recursos*, el cual comparte estrechas similitudes con el anterior, pues apela a favorecer la asignación de recursos a la parte ganadora, con el argumento de que no son suficientes para financiar los costes de aumentar los recursos del perdedor.²⁷

3.2. El modo de distribución entre los agentes que concurren en la gestión de IPFC

A fuerza de simplificar en extremo un tema de por sí complejo, resulta válido sostener que la concepción *principialista* se fundamenta en cuatro pilares explicativos que anteceden el arreglo distributivo y de legitimación que ofrecen. El primero consiste en que el derecho es apto para equiparar sujetos que se encuentran, desde una perspectiva fáctica, en posiciones disímiles. Para el caso de la gestión de IPFC, las reglas que se derivan de los principios propios del *habeas data* financiero pretenden, ante todo, conferir facultades y competencias a los titulares de información personal, con el fin de evitar que la actividad de las fuentes, administradores de bases de datos y usuarios desconozcan derechos constitucionales concretos de conocimiento, actualización y rectificación de dicha información personal. El segundo considera que el objetivo del derecho en la gestión de IPFC es garantizar la *autonomía* de los sujetos que intervienen en ella.

Bajo esta perspectiva, se parte de considerar que todos los intervinientes (titulares, fuentes, operadores y usuarios) son sujetos libres y autónomos, por lo que las reglas jurídicas se limitan a sancionar aquellos comportamientos que impidan el ejercicio efectivo de la libertad individual. Por ejemplo, (i) la regla de veracidad está atada a que la información contenida en las bases de datos responda a la realidad del comportamiento crediticio del deudor, por lo que la sanción correlativa a la regla es la obligación de rectificar la IPFC incorrecta; o (ii) una de las reglas más importantes dentro de la concepción *principialista* es el consentimiento del titular para la gestión de IPFC, entendida como la incorporación, tratamiento y circulación de la información personal. Al derecho constitucional le interesa exclusivamente

²⁶ *Idem.*

²⁷ *Idem.*

verificar la calidad de ese consentimiento. Por tanto, una vez comprobado que el titular de IPFC ha prestado su autorización para la inclusión del dato en las centrales de información, se crea un amplio espacio de legitimación de los usos de la IPFC que se hagan a partir de ese consentimiento.

El tercer pilar consiste en la recurrente afirmación en este documento, según la cual la gestión de IPFC es *necesaria* (y por ende una actividad legítima), en la medida en que es un requisito para el logro de fines constitucionalmente valiosos: la democratización del crédito y la confianza en el ahorro público intermediado por el sector financiero formal. Finalmente, como cuarto pilar justificativo, está el carácter *limitado* del *habeas data* financiero a los aspectos formales de la IPFC. En efecto, la protección del derecho constitucional al *habeas data* financiero está confinada a (i) la verificación acerca de la existencia de autorización del titular y (ii) la comprobación de que la información consignada en las centrales de información responda

Partes que intervienen en la situación de distribución e intereses que persiguen

Partes	Intereses
Titular de IPFC	<ul style="list-style-type: none"> • Obtener recursos de crédito y de productos comerciales de manera oportuna y a bajos costos. • Liberarse o asumir en la menor medida posible las consecuencias dañosas del incumplimiento en el pago. Entre esas consecuencias está la gestión de IPFC dirigida al cálculo del riesgo crediticio.
Administradores de las centrales de información	<ul style="list-style-type: none"> • Obtener lucro en la actividad profesional de administración de IPFC. • Lograr prestigio profesional en la actividad de gestión de IPFC. • Conseguir la mayor cantidad de IPFC, con el cumplimiento del menor número de requisitos o barreras, tanto tecnológicas como legales y al menor costo posible. • Liberarse de la responsabilidad por el daño causado en razón de la gestión inadecuada de IPFC, a través de la transferencia a sujetos distintos, como titulares, fuentes o usuarios.
Fuentes y usuarios de IPFC	<ul style="list-style-type: none"> • Lograr el más alto grado de ganancia respecto de los productos de crédito o comerciales que ofrecen a los titulares de IPFC. • Acceder a la mayor cantidad de datos relacionados con IPFC, bajo el cumplimiento del menor número de requisitos o barreras tecnológicas y legales, al igual que al menor costo posible. • Lograr el mantenimiento indefinido de la información en las bases de datos destinadas al cálculo del riesgo de la IPFC. • Usar de forma amplia la IPFC para finalidades diferentes al cálculo del riesgo crediticio, en especial para actividades de comercialización. • Liberarse de la responsabilidad por el daño causado en razón del uso inadecuado de IPFC, a través del traslado de su costo a la "víctima", esto es, al titular del dato. • Disminuir el costo del cálculo del riesgo, a través de externalización de esa actividad a los operadores de IPFC.

Fuente: elaboración propia.

a parámetros de calidad, actualidad y veracidad. En ese orden de ideas, los demás problemas materiales de desbalance de poderes entre los sujetos que intervienen en la gestión de IPFC o de acceso desigual a recursos de distinta índole son obviados por ese carácter limitado del *habeas data* financiero.

Vistos estos pilares justificativos, que son apenas una explicación *a priori* del arreglo distributivo y de legitimación que ofrece la concepción *principalista*, deberá utilizarse la metodología propuesta por la concepción teórica del DDL, con el fin de evidenciar los aspectos centrales de dicho arreglo. Así, el primer asunto que debe dilucidarse es la identificación de las partes que están inmersas en la “situación de distribución”. Para ello se presenta un cuadro explicativo de estas partes, contrastándolas con los intereses que persiguen. Debe acotarse que los intereses de fuentes y usuarios de IPFC se confunden, por lo que son reunidos en la misma categoría (ver cuadro de pág. anterior).

El segundo interrogante que aborda el DDL es la determinación acerca de los recursos, las ventajas, las habilidades y los atributos que hacen que una de las partes logre posición de predominio en el arreglo distributivo, al igual que las razones que llevan a que la parte perdedora tolere ese arreglo y, por ende, en vez de quedar aniquilada, obtenga compromisos. A este respecto debe partirse de advertir que, *prima facie*, la relación entre fuentes –usuarios y centrales de IPFC, en un extremo, y titulares de información, en el otro– se muestra de simple dependencia, puesto que un lado de la relación tiene para sí los recursos de crédito y la información sobre riesgo de la que depende la entrega de esos recursos, y el otro concentra su interés en la adquisición de tales bienes. No obstante, en realidad, dicha relación es de naturaleza parcialmente simbiótica.

En efecto, la relación de preeminencia de fuentes y usuarios de IPFC se explica en su propiedad de los recursos de crédito o productos comerciales, sumada a su capacidad institucional, conformación empresarial, mejores y mayores posibilidades de acceso a los mecanismos de resolución de conflictos institucional en razón de su carácter de *litigante recurrente*,²⁸ etc. Sin embargo, el núcleo del interés económico de fuentes y usuarios es la obtención de un margen de ganancia (para el caso de los productos y servicios comerciales) o de intermediación (aplicable a los productos de crédito). Por ende, la gestión de IPFC destinada al cálculo del riesgo crediticio no puede llegar a un nivel de exigencia tal que descalifique a todos los clientes potenciales, titulares de la información personal, pues ello afectaría en grado sumo ese interés económico.

En otras palabras, el cálculo del riesgo debe conservar un “mínimo de aceptabilidad” de los titulares de IPFC, que permita la colocación en el mercado de los produc-

²⁸ Respecto a las ventajas distributivas de los “poseedores” en cuanto a su acceso a la administración de justicia como litigantes recurrentes, ver Marc Galanter, “Why the ‘Haves’ Come Out Ahead: Speculations on the Limits of Legal Change”, en Richard L. Abel (ed.), *The Law and Society Reader*, New York, New York University Press, 1995, pp. 297-323.

tos, servicios y recursos antes mencionados y, por ende, la obtención de los citados márgenes de ganancia e intermediación. En ese sentido, la existencia misma de los titulares de IPFC y su decisión de optar por la adquisición de dichos bienes son los instrumentos que les permiten resistir el arreglo distributivo que dan las reglas sobre gestión de la información personal.

El tercer interrogante versa sobre cuáles son las reglas que afectan la “situación de distribución”. Para el caso de gestión de IPFC, la respuesta a este cuestionamiento se relaciona con las implicaciones que para el arreglo distributivo y de legitimación tienen las reglas derivadas de la concepción *principialista*. A este respecto ya se ha indicado que su objetivo principal es el balance entre el poder fáctico de fuentes, operadores y usuarios, y la garantía de los derechos constitucionales de los titulares de IPFC, concentrados en la vigencia de las facultades de conocimiento, actualización y rectificación de la información personal contenida en bases de datos, sumado a la protección de la cláusula general de libertad, que se refleja en la obtención del consentimiento calificado y libre para la inclusión de dicha información.

Como se observa, se trata de garantías eminentemente formales, basadas en la satisfacción de la autonomía del sujeto en cuanto al manejo de su información personal. Las reglas de la doctrina *principialista* toman distancia de toda diferencia material (y consecuente relación de dominio) entre los agentes que intervienen en la gestión de IPFC, restringiéndose a garantizar que las partes cumplan con distintas obligaciones, generalmente de abstención,²⁹ en relación con la información personal. Además, el ámbito de legitimación del uso de la información personal de contenido crediticio se explica a partir de un vínculo no probado ni cuestionado entre dicha actividad y la democratización del crédito, al igual que con la protección de ahorro público.

El cuarto interrogante que plantea el DDL está relacionado con la identificación de las reglas que “naturalizan” como ganadores los recursos, ventajas, habilidades o atributos de una de las partes, a través de la revelación de aquellas reglas no expresas, o de contexto, que sustentan el arreglo distributivo. La respuesta a este cuestionamiento para el caso de la gestión de IPFC pasa por dos aspectos importantes: (i) la naturalización del papel que tiene el cálculo del riesgo crediticio en el circuito comercial y de crédito; y (ii) el carácter limitado de las responsabilidades que se adscriben a fuentes, operadores y usuarios, restringidas al mantenimiento de la autonomía individual del sujeto y la protección de las facultades constitucionales de control del dato personal.

²⁹ Existen, no obstante, deberes positivos o prestacionales desde la concepción *principialista* de la gestión de IPFC. En efecto, de acuerdo con el principio de *necesidad*, la información recolectada debe ser solo aquella necesaria para el cálculo del riesgo crediticio, impidiéndose que se incluyan y circulen otros datos ajenos a esa finalidad. Estos deberes positivos se observan de mejor manera para el caso del principio de *incorporación*, el cual obliga a las fuentes y centrales a incluir en las centrales de información los datos personales que involucren beneficios o ventajas para su titular.

En cuanto a lo primero, la jurisprudencia constitucional insiste en defender la necesidad de emplear los mecanismos de cálculo del riesgo crediticio, basado en la gestión de IPFC, como instrumento imprescindible para el crecimiento económico, que a su vez es una variable dependiente de la democratización del crédito y la protección del ahorro público. Sin embargo, esta posición no cuestiona ni el modo en que se realiza ese cálculo, ni las limitaciones que presenta, ni la posibilidad de conciliar esa actividad con los intereses de los titulares de la información. El cálculo del riesgo crediticio, comprendido como interferencia en los derechos, las libertades o las opciones del titular de IPFC es, desde esa perspectiva, una suerte de incomodidad ineludible para la consecución de fines socialmente valiosos.³⁰

En cuanto al segundo aspecto, la concepción *principialista* está preocupada esencialmente por la satisfacción de las competencias de control del dato por parte de su titular, a través de la garantía del derecho al *habeas data* financiero. Por ende, la función del derecho es la de establecer un régimen de deberes-sanciones que otorgue herramientas al titular de IPFC para que su información personal que reposa en centrales de riesgo responda a condiciones de calidad, esté vinculada con el riesgo crediticio, sea conservada bajo parámetros de seguridad y que los usos de la misma sean previa y suficientemente autorizados. Como se observa, ninguna de estas facetas de protección del derecho contempla los intereses principales del sujeto concernido, como es el acceso a productos comerciales y de crédito, y evitar que la gestión de IPFC destinada al cálculo del riesgo sea un obstáculo para cumplir con ese propósito.

Es decir, el derecho constitucional se autorrestringe en la labor de verificación material del vínculo entre gestión de IPFC para cálculo del riesgo financiero y los pretendidos fines de democratización del crédito. Para cumplir este objetivo, da por sobreentendida esa finalidad y, a partir de ella, crea un espacio de legitimación *prima facie* para la actividad que adelantan fuentes, operadores y, especialmente, usuarios de la IPFC. Esa naturalización de la actividad de gestión de IPFC se basa, igualmente, en consideraciones acerca de la importancia de la revelación de la “verdad” del comportamiento crediticio para la satisfacción de uno de los bienes que el constitucionalismo liberal considera más valiosos, como es el interés general, representado en el acceso a los recursos de crédito. En otras palabras, la legitimidad de la gestión de IPFC depende de la cesión de libertad del individuo, quien debe evidenciar su propia e incómoda información (en tanto se refiere a aspectos objeto de reproche social, como la condición de deudor incumplido), como acto de sacrificio dirigido al bienestar de la comunidad. Ello en el entendido que esos datos personales, a pesar de generarle consecuencias desfavorables, son veraces, razón

³⁰ La relación entre cálculo del riesgo crediticio y democratización del crédito es un lugar común en la jurisprudencia constitucional. Así, por ejemplo, en la Sentencia C-1011/08, que realizó el análisis de constitucionalidad de la actual legislación estatutaria en materia de gestión de IPFC, se insiste en sustentar la legitimación del almacenamiento y circulación de esa información a tal finalidad “constitucionalmente valiosa”.

por la cual son artificialmente trasladados del ámbito de la autonomía del sujeto a la comprobación fáctica, a los del “material probatorio”.³¹

Finalmente, resta el análisis acerca de la disposición alternativa de reglas que produzcan un arreglo que genere cambios incrementales en la distribución de poder y recursos. Podría tentativamente sostenerse que una reformulación de las reglas que generarían un cambio incremental a favor de los intereses de los titulares de IPFC estaría basada en formulaciones jurídicas que contrarresten los efectos de “naturalización” a los que se ha hecho referencia. Estas hipótesis de cambios regulativos están intrínsecamente relacionadas, entre otras posibilidades, con los problemas de legitimación y distributivos de la gestión de IPFC que se describen a continuación.

4. Escenarios específicos de distribución en el *habeas data* financiero

La respuesta, en todo caso preliminar y restringida, a los interrogantes de análisis que ofrece la postura teórica del DDL, permite identificar determinados escenarios que ofrecen las reglas propias de la concepción *principalista*. Por eso en este último apartado se buscará describir estas controversias, al menos en sus aspectos más generales, en especial con el fin de ejemplificar cómo se evidencian los planos de legitimación del DDL antes expuestos.

4.1. La naturalización de los mecanismos de cálculo del riesgo

Anteriormente se explicó que la jurisprudencia constitucional justifica la gestión de IPFC a través del vínculo entre el cálculo del riesgo crediticio y el cumplimiento de dos finalidades constitucionalmente valiosas: la democratización del crédito y la estabilidad del sistema financiero; esto último en la medida en que dicha cualidad es deseable, puesto que los recursos de crédito están integrados por el ahorro público. De esta naturalización de la actividad que realizan las centrales de información financiera se deriva, no solo el ámbito de legitimación citado, sino la adscripción del ejercicio del derecho a la información de esas entidades como justificación para recolectar la información personal. Tanto una como otra

³¹ Esta postura del constitucionalismo liberal defendido por la Corte colombiana es evidente en la lectura de la Sentencia SU-082/95, citada por el fallo C-1011/08, cuando establece que “(i) el ser buen o mal pagador es algo que necesariamente no solo interesa al deudor, sino a este y a quienes son sus acreedores actuales o potenciales; y (ii) lo relativo al crédito tiene un contenido económico, que no puede equipararse con lo que pertenece a planos superiores, como la vida, la libertad y la dignidad del hombre. || Dicho en los términos más sencillos, quien obtiene un crédito de una entidad dedicada a esta actividad y abierta al público, no puede pretender que todo lo relacionado exclusivamente con el crédito, y en especial la forma como él cumpla sus obligaciones, quede amparado por el secreto como si se tratara de algo perteneciente a su intimidad”.

fórmula de legitimación omiten cuestionar si la actividad de cálculo de riesgo responde a esas finalidades que se estiman valiosas.

El primer problema que evidencia la naturalización de la función de gestión de IPFC es el carácter limitado que tienen los reportes generados por las centrales de información sobre riesgos. En efecto, estas se centran particularmente en los datos que versan sobre el comportamiento crediticio del sujeto concernido, pero que dejan totalmente de lado otras variables pertinentes para la determinación del nivel de riesgo, incluso aquellas que la autoridad de inspección, vigilancia y control ha considerado necesarias para establecer, con condiciones de calidad, la probabilidad de incumplimiento en el pago de obligaciones.³²

Los datos sobre cumplimiento muestran únicamente el nivel de pago en operaciones activas de crédito, sin que se tengan en cuenta otros factores que concurrirían para el adecuado cálculo del riesgo crediticio, como son la composición del patrimonio del deudor, su flujo de caja,³³ el monto de sus ingresos, etc., todos ellos incorporados a la categoría de datos sobre riesgo. Así, aunque la manera tradicional de cálculo de riesgo puede incorporar otras variables, casi todas ellas se concentran en el cumplimiento en el pago de obligaciones, dejando de tener en cuenta asuntos transcendentales para la evaluación del riesgo, entre ellas las circunstancias económicas locales, el estado civil del sujeto concernido (ello en el entendido que los titulares con una relación de pareja podrían percibir dos ingresos por grupo

³² Conforme a la Circular Básica Contable expedida por la Superintendencia Financiera, los factores por tener en cuenta para la determinación de la capacidad de pago del deudor pasan por el análisis de los datos de titularidad (nivel de endeudamiento, calidad de los pasivos, reestructuraciones a contratos de crédito), sobre riesgo propiamente dicho (cumplimiento actual y pasado de las obligaciones adquiridas, flujo de caja y grado de solvencia) y factores exógenos (comportamiento del mercado cambiario o del sector de la economía en que se desenvuelve el deudor). De este modo, se refuerza la tesis desarrollada en el presente apartado, según la cual el dato financiero no es solo la información sobre el comportamiento crediticio, sino también (i) los datos de titularidad, esto es, los demás contratos suscritos con entidades de crédito comprendidas como operaciones pasivas; y (ii) los demás factores que, en los términos vistos, integran los datos sobre riesgo (Superintendencia Financiera de Colombia. Circular Básica Contable y Financiera. *Reglas relativas a la gestión del riesgo crediticio*. Disponible en: <https://www.superfinanciera.gov.co/jsp/loader.jsf?lServicio=Publicaciones&lTipo=publicaciones&lFuncion=loadContenidoPublicacion&id=15466>).

³³ El carácter central del flujo de caja para el cálculo del riesgo crediticio ha llevado a que sean las entidades de crédito las que adelanten ese estudio. Así, como lo demuestran Murcia y Piñeros, la forma en que las entidades financieras evalúan la posibilidad de otorgar un crédito a sus clientes ha sido constante desde 1990 hasta hoy, es decir, las condiciones no han variado de ninguna manera, solamente existen factores que son más o menos importantes para otorgar el solicitado préstamo. En cualquier caso, en relación con las características personales del cliente, las entidades financieras en su mayoría argumentaron que los créditos se niegan porque son clientes nuevos (Andrés Murcia y Hernán Piñeros, "Situación del crédito en Colombia desde la perspectiva del sector financiero", *Temas de Estabilidad Financiera*, núm. 16, 2006. Disponible en: http://www.banrep.gov.co/documentos/publicaciones/report_estab_finan/2006/tema_mar_o6_situacion.pdf).

familiar), o demás eventos personales genéricos, como una enfermedad prolongada o la pérdida del empleo.³⁴

Estos argumentos permiten introducir un segundo efecto distributivo adverso de la “naturalización” del contenido del reporte, relacionado con su condición *circular*. El modo en que se estructuran los datos para el cálculo del riesgo, al centrarse en la *existencia de un comportamiento financiero* susceptible de evaluación, puede terminar excluyendo del acceso al crédito o a bienes y servicios comerciales a personas que, incluso con patrimonio o ingresos robustos, han optado por no hacer uso de los productos de crédito o han estado imposibilitados para ello. Esto en el entendido de que al no tener “experiencia de crédito” o ser un “cliente nuevo”³⁵ no existe un parámetro objetivo y verificable que permita determinar su nivel de cumplimiento.

Esta visión apareja profundas divergencias en lo que tiene que ver con el rompimiento del vínculo, defendido insistentemente por la doctrina constitucional colombiana, entre la gestión de IPFC y la democratización del crédito. En efecto, el modo de cálculo del riesgo crediticio que se basa en la *experiencia previa* del sujeto concernido termina por excluir del mercado de crédito y de bienes y servicios a quienes no acrediten esa información. Por ende, lo que nominal y naturalmente se comprende como un vehículo para el acceso a los productos financieros, en realidad termina construyendo una primera barrera de acceso a los mismos. Este problema, por supuesto, resulta agravado respecto de aquellos individuos que, en razón de sus condiciones de marginalidad económica, tienen un menor poder de negociación en cuanto a la capacidad de acceder por primera vez a esos recursos. En consecuencia, la gestión de IPFC –del modo como la naturaliza el derecho constitucional– termina vinculada a los onerosos requisitos que hacen que las personas y empresas de menores ingresos terminen soportando las consecuencias desfavorables de hacer uso del mercado informal de crédito.

Ahora bien, la barrera para el acceso al crédito que incorpora la exigencia de experiencia previa a los titulares de IPFC, también permite identificar la operatividad de otro plano de legitimación, propio del DDL, como es la huida a la forma o al procedimiento. La ausencia de cuestionamiento al modo en que se determina el riesgo crediticio hace que el reclamo de aquellos usuarios a quienes se les niega el acceso a productos comerciales o de crédito en razón de su falta de acreditación de experiencia previa, se responda a partir de la “naturalización” de la forma de cálculo del riesgo. En términos simples, al cliente nuevo a quien le es negado un crédito, no se le entregan razones distintas a que las centrales de información “operan así” o que “esos son los procedimientos”.³⁶

³⁴ Acerca de estas omisiones en el caso estadounidense, ver Robert B. Avery, Paul Calem y Glenn Canner, “Consumer credit scoring: Do situational circumstances matter?”, *Journal of Banking and Finance*, vol. 28, núm. 4, 2004. pp. 835-856.

³⁵ Cfr. Murcia y Piñeros, *op. cit.*

³⁶ Así, por ejemplo, estudios sobre los requerimientos para el acceso a crédito por parte de personas que ejercen actividades rurales insisten en que una de las barreras existentes para ello

En conclusión, la doctrina *principialista* sobre gestión de IPFC se basa en dos variables definidas: (i) la “naturalización” del modo de cálculo del riesgo crediticio, lo que lleva a que desde el derecho no se cuestione esa actividad ni, especialmente, verifique su aptitud para cumplir los propósitos que dice buscar, como la democratización del crédito y la estabilidad del sistema financiero; y (ii) la legitimación de la actividad de gestión de IPFC a partir del carácter de “constitucionalmente valioso” o “deseable” de los fines que presuntamente persigue.

Estas dos instancias de justificación terminan por legitimar un arreglo distributivo que permite una amplia utilización de la información personal de los sujetos que pretenden acceder al mercado financiero y de crédito y, a su vez, una suerte de blindaje a la actividad que realizan a las fuentes, operadores y usuarios de IPFC, amén de la ausencia de cuestionamiento de la eficacia de sus procedimientos para cumplir los fines que el derecho constitucional les ha conferido como instancias de legitimación.

4.2. La distribución de la IPFC como propiedad o como atributo

Un análisis de los postulados que integran la concepción *principialista* demostraría que el núcleo de la protección del derecho al *habeas data* financiero está en la protección de la libertad del titular de IPFC a través del exigencia del consentimiento para (i) la inclusión de la información en las centrales de información; y (ii) la definición de los usuarios autorizados de esa información. Este grado de importancia del consentimiento, como se indicó en la sección anterior, está basado en que la concepción *principialista* responde al derecho constitucional liberal, fundado en el reconocimiento y la garantía de la autonomía del sujeto. No obstante, ese carácter central del consentimiento, que *prima facie* se mostraría valioso en tanto permitiría al titular de IPFC contar con herramientas para el ejercicio de las facultades relacionadas con el control del dato de personal (es más, este es un aspecto defendido con ahínco por la concepción *principialista*), no está exento de críticas, en tanto permite sustentar un arreglo distributivo que termina, al menos desde el punto de vista normativo, por privilegiar los intereses de fuentes, centrales y usuarios de IPFC, como se explica a continuación.

Este arreglo es comprendido a partir de un doble (y contrario) entendimiento acerca de las consecuencias jurídicas del consentimiento otorgado por el titular de IPFC. La concepción *principialista* concibe el consentimiento como una forma de “licencia de uso”, puesto que la información personal es, ante todo, un *atributo*

es su falta de experiencia de crédito. Esta posición asume, sin mayores cuestionamientos, que el carácter histórico del reporte es un factor dirimente para dicho acceso. Al respecto, ver Banco Mundial, *Mayores oportunidades de financiamiento rural en Colombia*, Washington D.C., 2015. Disponible en: <http://documentos.bancomundial.org/curated/es/102471467999687402/pdf/AUS10747-REVISED-PUBLIC-SPANISH-colombia-spanish-web-feb9.pdf>.

de la personalidad del sujeto concernido.³⁷ Esto justifica, por ejemplo, la presencia de principios como el de circulación restringida (que impide la distribución de información sensible y limita el uso de la información a aquellos autorizados por el titular), o el de necesidad, que obliga a que el uso de la IPFC responda al único propósito de definir el nivel de riesgo crediticio, sin que pueda utilizarse para tal fin. Del mismo modo, comprender a la IPFC como atributo de la personalidad explica la preocupación de la concepción *principalista* por que la autorización sea libre, expresa y suficiente.

A la perspectiva de la concepción *principalista* se opone la visión que de la autorización tienen las fuentes, los usuarios y los operadores de IPFC. Estos actores consideran que la información personal es un bien de mercado, es una *propiedad* necesaria para garantizar la ganancia vinculada al adecuado cálculo del riesgo crediticio. A su vez, el dato en tanto mercancía produce valor, pues no solo es útil para la determinación de dicho nivel de riesgo, sino también para definir las preferencias y tendencias de consumo del sujeto concernido, por lo que es un bien de especial importancia en procesos de comercialización dentro del mercado de productos y servicios de crédito. En ese sentido, la autorización que brinda el titular es un acto de transferencia de la IPFC, el cual debe permitir el mayor grado de amplitud posible de usos autorizados. Así, el consentimiento expresado por el titular puede asimilarse a la tradición de la propiedad de bienes, la cual incorpora en la transferencia el uso, el goce y la disposición de los mismos.

La comprensión de la autorización como transferencia de propiedad lleva a que una vez se presta el consentimiento,³⁸ las fuentes, los operadores y los usuarios consideren que pueden utilizar la IPFC de forma amplia, incluso para propósitos diferentes al del cálculo del riesgo crediticio.³⁹ Es usual que los clientes de pro-

³⁷ La relación de la propiedad con los atributos de la personalidad no es un asunto nuevo. En efecto, algunas lecturas de la obra de Hegel se dirigen a explorar la relación entre la propiedad y la construcción de la personalidad, bajo la premisa de que el desarrollo propio del sujeto está basado en el control de determinados bienes o recursos del entorno. Para el caso planteado, el individuo concernido en las bases de datos se interesa en el control de su información personal, con el fin de lograr un ámbito de control sobre un “bien” que por su valor intrínseco incide en el ámbito económico. Sobre la relación entre propiedad y construcción de la personalidad en Hegel, ver Margaret Jane Radin, “Property and Personhood”, *Stanford Law Review*, vol. 34, núm. 5, 1982, pp. 957-1015.

³⁸ Cabe anotar que el consentimiento que prestan los titulares de información, en consonancia con la visión expuesta que lo asimila a transferencia de propiedad, explica que las fuentes de IPFC obligan a los interesados en adquirir productos comerciales y de crédito a suscribir cláusulas de autorización con un nivel tal de amplitud que (i) garanticen esa transferencia; y (ii) que basados en el mayor poder de negociación de las fuentes frente a los titulares de IPFC configuren contratos de adhesión inapelables para el potencial cliente del producto de crédito.

³⁹ Con base en esta concepción errada son comunes las ofertas de compraventa de bases de datos, negocio jurídico prohibido por la legislación colombiana, precisamente porque vulneran los principios de consentimiento y circulación restringida, entre otros. Sobre el análisis de los problemas que estos intercambios de información generan, en términos de protección

ductos de crédito reciban ofertas o promociones por parte de terceros, sin que el titular del dato haya sostenido relaciones comerciales con dichos oferentes. Así, es reiterado el reclamo de los titulares sobre el modo en que fue adquirida esa información o la autorización que se prestó para ello. Estos reclamos son generalmente resueltos con base en el plano de legitimación basado en la *excepcionalización* de la regla aplicable: fuentes, operadores y usuarios, basados en su evidente mayor poder de negociación frente a los titulares de IPFC, se excusan en que la fórmula amplia de autorización –transferencia del dato personal– hace que esos usos “derivados” resulten legítimos, eludiéndose con ello la regla de *finalidad* prevista por la concepción *principlista*. Esta elusión se explica, como se indicó, en el hecho de que para estos actores el acto de consentimiento es, en cualquier caso, la tradición del bien denominado información personal.

4.3. La legitimación del traslado de responsabilidad

El tercer ámbito que demuestra los efectos distributivos de la concepción *principlista* sobre la gestión de IPFC es el de la limitación de responsabilidad que se deriva de sus reglas. Como se ha expuesto con insistencia, los principios y deberes que integran dicha concepción están fundados en dos pilares que los explican y les dan sentido: (i) la conservación de la autonomía personal del sujeto concernido, lo cual se logra a través de la protección de un principio de libertad, vía consentimiento suficiente e informado para la inclusión de la información en las bases de datos; y (ii) la garantía, al menos nominal, de las competencias de conocimiento, actualización y rectificación del dato personal, de acuerdo con la previsión del artículo 15 de la CP.

Estos pilares, a su vez, establecen un marco para la acción de los agentes comprometidos en la gestión de IPFC, según el cual se entenderá satisfecho el derecho de *habeas data* cuando los deberes jurídicos derivados del principio de libertad y de las facultades constitucionales descritas tengan eficacia material.

El trasfondo de esta posición radica en la neutralidad del reporte crediticio. Para la jurisprudencia constitucional sobre *habeas data* financiero, explicada en las secciones anteriores de este documento, esos reportes son neutros (desde la perspectiva del daño y la responsabilidad), puesto que se limitan a expresar la *verdad* sobre el comportamiento financiero de su titular. En ese sentido, no puede irrogarse una sanción por la simple puesta en evidencia de datos que se basan en la actividad autónoma y libre del sujeto concernido en el mercado de productos comerciales y de crédito. Sin embargo, en casos concretos pueden comprenderse como sanciones. Esto, en el entendido de que las calificaciones negativas que profieren las centrales de riesgo

del derecho al *habeas data*, ver Abraham L. Newman, “Building Transnational Civil Liberties: Transgovernmental Entrepreneurs and the European Data Privacy Directive”, *International Organization*, vol. 62, núm. 1, 2008, pp. 102-130.

descalifican al afectado para el acceso a los citados productos, al margen de cualquier otro dato fáctico relacionado con su aptitud para ser sujeto de crédito.

No obstante estos cuestionamientos, la concepción *principalista* acoge el binomio reporte-verdad como campo para la asignación de responsabilidad a fuentes, titulares y usuarios de la IPFC. Ello tiene efectos directos en la posibilidad jurídica de adscribir responsabilidad y lograr la indemnización del daño causado por los errores cometidos por tales agentes de la gestión de IPFC. Esta conclusión se sustenta en advertir que ante la infracción de los deberes de veracidad, incorporación, finalidad, necesidad o proporcionalidad, la obligación que se deriva para estos agentes es la de corregir la información personal recolectada, bien a través de su actualización, de su rectificación o de su eliminación.

Esta postura deja de lado que el reporte negativo puede llegar a generar daños no reparables por esa labor de corrección del dato personal, derivados del aumento del costo de oportunidad para acceder a un producto comercial o de crédito, al no poderlo adquirir en un momento determinado.⁴⁰ De otro lado, también pueden inferirse otro tipo de daños, esta vez relacionados con la afectación moral ocasionada por el deterioro del “buen nombre crediticio” del sujeto concernido a partir de una información que no responde a parámetros de veracidad, actualidad, incorporación, etc.

Tal limitación de responsabilidad evidencia dos planos de legitimación del DDL: la huida a la forma/procedimiento/competencia y la individualización. El primero está relacionado con la deferencia que la concepción *principalista* hace de los daños antes explicados a los mecanismos procesales ordinarios de responsabilidad civil, que para el caso del ordenamiento colombiano son tradicionalmente complejos, costosos y signados por la mora judicial. Por ende, suelen terminar siendo disuasivos para el reclamo judicial de la reparación del daño, sobre todo en casos como el estudiado en que, por lo general, se trata de afectaciones de bajo monto, que perjudican a personas naturales no *litigantes recurrentes* y que, por ende, terminan relegadas al campo de la carga soportable por parte del titular de IPFC.

El segundo, por su parte, se explica en la medida en que los daños generados por el incumplimiento de los deberes adscritos a titulares, usuarios y operadores de información personal suelen mostrarse como casos aislados; esto, en tanto prima el entendimiento del reporte como reflejo de la verdad sobre el comportamiento crediticio y, en consecuencia, se le concede baja capacidad de infligir daño. De esta manera se termina “exotizando” el reclamo del perjuicio sufrido, a partir de argumentos cercanos a la naturalización del reporte de crédito explicado.⁴¹

⁴⁰ Esa postura es replicada por la legislación estatutaria sobre la materia. En efecto, revisados los artículos 7 a 11 de la Ley 11266/08, que regulan los deberes generales y especiales de fuente, operadores y usuarios, no se evidencia referencia alguna al tema de la responsabilidad patrimonial por los daños que genere al titular el uso o tratamiento inadecuado de la IPFC.

⁴¹ Dentro del derecho al *habeas data*, la exigencia de previsiones que establezcan el procedimiento para el reclamo de los daños por el perjuicio causado por la inadecuada gestión de IPFC no es un tema desconocido por el derecho comparado. Así, por ejemplo, para el

A partir de este escenario, la responsabilidad del daño generado por fuentes, operadores o usuarios termina siendo transferida al titular de la información. Esto, bajo el argumento de que como los reportes se limitan a dar cuenta de la *verdad* sobre el informe crediticio, las consecuencias dañinas que se deriven del conocimiento de esa verdad, no son imputables, ni menos indemnizables, por quienes las transmiten.

5. Conclusiones

La jurisprudencia constitucional sobre *habeas data* financiero evidencia las inequidades que, en términos de distribución de poder, generan las reglas jurídicas fundadas en los presupuestos epistemológicos del derecho liberal, a saber: la autonomía del sujeto y el carácter neutro de los dispositivos jurídicos. Las decisiones de la Corte Constitucional colombiana sobre la materia no escapan a dichos efectos, puesto que tienden a privilegiar una concepción de los agentes en el mercado, bajo una lógica que termina reforzando las diferencias fácticas entre los sujetos, de acuerdo con su poder de negociación. Con este fin se conciben reglas jurisprudenciales que limitan desproporcionadamente la responsabilidad de los agentes y que restringen las posibilidades sustantivas de acceso al crédito. Igualmente, al considerar desde esa misma jurisprudencia el dato financiero y crediticio como carente de valor económico intrínseco, se facilitan modos de transferencia de propiedad del mismo que tienen el riesgo de desconocer las libertades del sujeto concernido.

En ese sentido, una visión que resulte más incluyente, tanto en términos de la eficacia en el acceso al crédito por parte de la mayor cantidad de personas como en la distribución equitativa de responsabilidad entre titulares, operadores, fuentes y usuarios, exigiría una actividad judicial consciente de las desigualdades materiales entre los sujetos que concurren en la gestión de IPFC. Sin embargo, la actual comprensión que del tema hace la jurisprudencia de la Corte colombiana mantiene, tal vez de forma inadvertida, determinadas distribuciones de recursos y poder de negociación que terminan tornándose en barreras para el goce efectivo de los

caso de la legislación chilena, el artículo 23 de la Ley 19.628 de 1999, “Protección de datos de carácter personal”, establece: “La persona natural o jurídica privada o el organismo público responsable del banco de datos personales deberá indemnizar el daño patrimonial y moral que causare por el tratamiento indebido de los datos, *sin perjuicio de proceder a eliminar, modificar o bloquear los datos de acuerdo a lo requerido por el titular o, en su caso, lo ordenado por el tribunal.* || *La acción consiguiente podrá interponerse conjuntamente con la reclamación destinada a establecer la infracción, sin perjuicio de lo establecido en el artículo 173 del Código de Procedimiento Civil. En todo caso, las infracciones no contempladas en los artículos 16 y 19, incluida la indemnización de los perjuicios, se sujetarán al procedimiento sumario.* El juez tomará todas las providencias que estime convenientes para hacer efectiva la protección de los derechos que esta ley establece. La prueba se apreciará en conciencia por el juez.|| El monto de la indemnización será establecido prudencialmente por el juez, considerando las circunstancias del caso y la gravedad de los hechos”. (Énfasis agregado)

derechos fundamentales que dependen, desde una perspectiva material, de recursos financieros para su apalancamiento.

Bibliografía

- AVERY, Robert B., Paul CALEM y Glenn Canner, “Consumer credit scoring: Do situational circumstances matter?”, *Journal of Banking and Finance*, vol. 28, núm. 4, 2004, pp. 835-856.
- BANCO MUNDIAL, *Mayores oportunidades de financiamiento rural en Colombia*, Washington D.C., 2015.
- BOTERO MARINO, Catalina, Juan Fernando JARAMILLO y Rodrigo UPRIMNY, “Libertad de información, democracia y control judicial: la jurisprudencia constitucional en perspectiva comparada”, en *Anuario de derecho constitucional*, Montevideo, Konrad Adenauer Stiftung, 2000.
- BROWN, Ken y Peter MOLES, *Credit Risk Management*, Edinburgh, Edinburgh Business School - Heriot-Watt University, 2014.
- Brown, Wendy, Isabel Cristina JARAMILLO SIERRA y Patricia J. WILLIAMS, *La crítica de los derechos*, Bogotá, Universidad de los Andes, Instituto Pensar, 2003.
- CAMPUZANO TOMÉ, Herminia, *Vida privada y datos personales*, Madrid, Tecnos, 2000.
- CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA, Ley Estatutaria 1266 de 2008, *Diario Oficial* 47.219 del 31 de diciembre de 2008.
- CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, sentencias T-414/92, T-433/94, T-176/95, T-261/95, SU-082/95, SU-089/95, T-552/97, T-307/99, T-527/00, SU-014/01 T-578/01, T-729/02, T-592/03, C-851/05 y C-1011/08. Disponible en: www.corte-constitucional.gov.co.
- DELVASTO PERDOMO, Carlos Andrés, “Asimetrías de información, fallas del mercado crediticio y correctivos institucionales. El papel del Estado en la cobertura del mercado crediticio”, *Revista Criterio Jurídico*, vol. 1, núm. 6, 2006.
- DUBIÉ, Pedro, “El *habeas data* financiero”, en Osvaldo Gozaíni *et al.* (coords.), *La defensa de la intimidad y de los datos personales a través del habeas data*, Buenos Aires, Ediar, 2001.
- EINAV, Liran, Mark JENKINS y Jonathan LEVIN, “The impact of credit scoring on consumer lending”, *RAND Journal of Economics*, vol. 44, núm. 2, 2013, pp. 249-274.
- ESCOBAR DE LA SERNA, Luis Carlos, *Principios del derecho de la información*, Madrid, Dykinson, 2000.
- ESGUIGUREN, Francisco J., “Poder judicial, tribunal constitucional y *habeas data* en el constitucionalismo peruano”, *Cuadernos Constitucionales México - Centroamérica*, núm. 35, 1999.
- FALCÓN, Enrique M. *Habeas data, concepto y procedimiento*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1996.

- FRASER, Nancy, "Rethinking the Public Sphere: A Contribution to the Critique of Actually Existing Democracy", *Social Text*, núm. 25-26, 1990, pp. 56-80.
- GALANTER, Marc, "Why the 'Haves' Come out Ahead: Speculations on the Limits of Legal Change", en Richard L. ABEL (ed.), *The Law and Society Reader*, New York, New York University Press, 1995.
- GARCÍA, Mauricio, "El derecho como esperanza: constitucionalismo y cambio social en América Latina, con algunas ilustraciones a partir de Colombia", en Mauricio GARCÍA, Rodrigo UPRIMNY YEPES y César A. RODRÍGUEZ GARAVITO, ¿Justicia para todos? Sistema judicial, derechos sociales y democracia en Colombia, Bogotá, Norma, 2006.
- GOZAÍNI, Osvaldo, "Información crediticia y *habeas data*", en Osvaldo Gozaíni *et al.* (coords.), *La defensa de la intimidad y de los datos personales a través del habeas data*, Buenos Aires, Ediar, 2001.
- HSIA, David C., "Credit Scoring and the Equal Credit Opportunity Act", *30 Hastings Law Journal*, 1978-1979, pp. 371-448.
- JARAMILLO SIERRA, Isabel Cristina, "Instrucciones para salir del discurso de los derechos", en JARAMILLO SIERRA, Isabel Cristina y Tatiana ALFONSO SIERRA, *Mujeres, cortes y medios: la reforma judicial del aborto*, Bogotá, Siglo del Hombre Editores, Universidad de los Andes, 2008.
- KENNEDY, Duncan, "The Stakes of Law, or Hale and Foucault!", *Legal Studies Forum*, vol. 15, 1991, pp. 327-361.
- _____, *A Critique of Adjudication (fin de siècle)*, Cambridge, Harvard University Press, 1998.
- MURCIA, Andrés y Hernán PIÑEROS, "Situación del crédito en Colombia desde la perspectiva del sector financiero", *Temas de Estabilidad Financiera*, núm. 16, 2006.
- NEWMAN, Abraham L., "Building Transnational Civil Liberties: Transgovernmental Entrepreneurs and the European Data Privacy Directive", *International Organization*, vol. 62, núm. 1, 2008, pp. 102-130.
- NIETO, Alejandro, *Derecho administrativo sancionador*, Madrid, Tecnos, 1994.
- PARELLADA, Carlos Alberto, *Daños en la actividad judicial e informática desde la responsabilidad profesional*, Buenos Aires, Astrea, 1990.
- PIERINI, Alicia, Valentin LORENCES y María Inés TORNABENE, *Habeas data*, Buenos Aires, Editorial Universidad, 1999.
- PUCCINELLI, Oscar, *El habeas data en indoiberoamérica*, Bogotá, Temis, 1999.
- RADIN, Margaret Jane, "Property and Personhood", *Stanford Law Review*, vol. 34, núm. 5, 1982, pp. 957-1015.
- REMOLINA ANGARITA, Nelson, *Tratamiento de datos personales*, Bogotá, Legis, 2013.
- SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA, *Circular Básica Contable y Financiera. Reglas relativas a la gestión del riesgo crediticio*. Disponible en: <https://www.superfinanciera.gov.co/jsp/loader.jsf?lServicio=Publicaciones&lTipo=publicaciones&lFuncion=loadContenidoPublicacion&id=15466>.
- WALDRON, Jeremy, *The Right of Private Property*, Oxford, Clarendon Press, 1988.

VOLVER A LA TABLA DE CONTENIDO

Magdalena Correa Henao* (Colombia)

La jurisprudencia constitucional reciente en torno a las libertades económicas**

RESUMEN

El presente escrito hace una revisión de la jurisprudencia más reciente y relevante de la Corte Constitucional colombiana en materia de libertad económica, analizando si la misma se adscribe al precedente de tradición liberal, o al que desarrolla la dogmática del Estado social de derecho, o la forma en que interactúan ambos componentes de la Constitución económica en el precedente de los últimos 16 meses. De esta forma, el texto permitirá al lector acercarse al camino que recorre la Corte en la actualidad, en su tarea de definir los contornos de la Constitución económica colombiana.

Palabras clave: libertad económica, Estado social de derecho, Constitución económica.

ZUSAMMENFASSUNG

Der Beitrag befasst sich mit der neueren, für das Thema der wirtschaftlichen Freiheit relevanten Rechtsprechung des kolumbianischen Verfassungsgerichtshofs und geht der Frage nach, ob diese der liberalen Tradition oder der Lehre vom sozialen Rechtsstaat zuzuordnen ist, oder aber der Art und Weise, in der sich die beiden Komponenten der Wirtschaftsverfassung in den vergangenen 16 Monaten gegenseitig beeinflusst haben. Damit gibt der Text dem Leser die Möglichkeit, sich mit dem vom

* Abogada de la Universidad Externado de Colombia, especialista en Derecho Constitucional y Ciencia Política del Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, especialista en Derecho Administrativo de la Universidad Externado de Colombia, máster en administración y gestión pública de la Universidad de Amberes, doctora en derecho de la Universidad Carlos III de Madrid. Directora del Departamento de Derecho Constitucional de la Universidad Externado de Colombia. magdalena.correa@uexternado.edu.co

** Agradezco a mis compañeros profesores Sergio Sánchez Gaitán y Marcelo Lozada Gómez, así como a las monitoras Jessika Barragán, Laura Serrato y Laura Castro por su apoyo en la investigación y revisión del escrito.

Gerichtshof eingeschlagenen Weg der Ausgestaltung der kolumbianischen Wirtschaftsverfassung vertraut zu machen.

Schlagwörter: Wirtschaftliche Freiheit, sozialer Rechtsstaat, Wirtschaftsverfassung.

SUMMARY

This article reviews the most recent and relevant jurisprudence of the Colombian Constitutional Court on economic freedom, analyzing whether it is ascribed to the precedent of liberal tradition, or to the development of the dogma of the social state based on the rule of law, or to the way in which both components of the economic constitution interact on the precedent of the last 16 months. In this way, the text will allow the reader to approach the path currently taken by the Court in its task of defining the contours of the Colombian economic constitution.

Key words: Economic freedom, social state based on the rule of law, economic constitution.

Introducción

Este documento contiene una revisión de las sentencias más relevantes de la jurisprudencia constitucional colombiana sobre “libertad económica”, producida entre enero de 2016 y abril de 2017, periodo que coincide con el tiempo del que da cuenta el *Anuario de derecho constitucional* editado por la Fundación Konrad Adenauer y que bien puede reflejar, además, el legado de la “tercera Corte”¹ sobre el orden constitucional de la economía.

De un total de 45 referencias se utilizaron 15 como muestra,² debido al impacto directo o indirecto de la decisión en la libertad en cuestión, fruto de sus relaciones con otros bienes constitucionales, y, en particular, con la Constitución económica. Su ordenación, sin embargo, se estructura en torno del precedente al que se vinculan, sea este el liberal, que refuerza los ingredientes propios de la economía de mercado, o aquel que enfatiza en la dogmática del Estado social de derecho como principio estructurante de ese orden económico³ que, en lo sustancial, traza la

¹ Con esta expresión hago referencia a la tercera generación de magistrados de aquella Corte, esto es, aquella que en su mayoría está compuesta por magistrados elegidos entre los años 2006 y 2009, cuyo periodo termina entre los años 2015 y 2017, como es evidente en la cantidad de nuevos magistrados que han llegado a esta corporación entre el año 2016 y lo corrido del presente.

² Esta muestra de 15 decisiones fue delimitada en atención a la riqueza de la argumentación de las distintas decisiones, la novedad de los temas abordados en cada una, y su importancia para el desarrollo de los contornos de la Constitución económica.

³ Esta orientación del constituyente de 1991 es analizada desde la ciencia económica en: Salomón Kalamánovitz Krauter, *Constitución y modelo económico*, Bogotá, Banco de la República, 2001. Disponible en: http://banrep.gov.co/docum/Lectura_finanzas/pdf/cmodelo.pdf

Constitución colombiana desde 1991.⁴ A ellos se suma el tratamiento de la Sentencia C-035/2016,⁵ destacada de manera singular por su significado frente al precedente, y por su impacto de cara a obligaciones internacionales asumidas por el Estado, como ejemplo de la jurisprudencia simbólica o terrible –en el sentido en que tiene un impacto descomunal o extraordinario en el precedente jurisprudencial, y el desarrollo de la Constitución económica–.⁶

1. Reiteración del precedente

Las quince sentencias seleccionadas, tanto de constitucionalidad como de revisión de tutela recogen el precedente jurisprudencial, bien al reiterar condiciones e imperativos del Estado de derecho liberal y democrático, bien al imponer la aplicación de garantías del Estado social.

1.1. Jurisprudencia liberal

Como ingrediente del Estado de derecho, la interpretación conferida al principio de legalidad sigue siendo un argumento fundamental para justificar las injerencias sobre elementos de las libertades económicas, así como para explicar la neutralidad económica de la Constitución.

1.1.1. Principio de legalidad en la limitación de las libertades económicas

El principio de legalidad debe soportar las normas tributarias, las que tipifican delitos de carácter económico y las que definen los límites a la libre competencia.

a) *El principio de legalidad tributaria*

Esta legendaria garantía desde los albores del parlamentarismo,⁷ a la vez empodera y sujeta al legislador para el ejercicio de la competencia de configuración impositiva.

⁴ Junto con los principios democráticos y de la internacionalización de las relaciones políticas, económicas, sociales y ecológicas del Estado. Corte Constitucional. Sentencia C-644/2012, M. P. Adriana María Guillen Arango, Fundamento jurídico 4.1.2.2 y 4.1.2.3.

⁵ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-035/2016, M. P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

⁶ Utilizo este adjetivo en su sentido menos habitual en español, particularmente proveniente de su equivalente francés.

⁷ Ver Víctor Uckmar, *Principios comunes del derecho constitucional tributario*, Bogotá, Temis, 2002, pp. 9 y ss. En el mismo sentido, Roberto Insignares Gómez y Mary Claudia Sánchez Peña, “Los principios constitucionales del sistema tributario”, en *Curso de Derecho Tributario*.

Es así como en la Constitución Política,⁸ en todo caso, ese ejercicio no puede vulnerar los ámbitos esenciales de protección de la propiedad privada y de la ganancia o riqueza legítimamente adquirida, ni los requisitos normativos que deben justificar y estructurar el tributo.

El principio de legalidad tributaria preservado en líneas generales por la jurisprudencia⁹ se retoma en la Sentencia C-178/2016¹⁰ para declarar inexecutable las disposiciones de la Ley del Plan de Desarrollo que establecían una contribución parafiscal sobre los empresarios de la hotelería, por ser una medida desigual, inequitativa e insolidaria, que desnaturaliza la figura y beneficia solo a un subgrupo de contribuyentes.¹¹ Esta figura es ajena al objeto de las contribuciones parafiscales de buscar la prevalencia del interés general y la efectiva vigencia del Estado social de derecho por medio de una intervención económica legitimada constitucionalmente.¹²

b) *Prohibiciones penales y actividad económica*

Algo semejante ocurre con el principio de legalidad de los delitos que, como legado del Estado liberal de derecho,¹³ ha garantizado que la conducta delictiva solo se pueda establecer previa fijación como tal por el legislador¹⁴ y previa publicidad.¹⁵ En este sentido, la jurisprudencia constitucional no ha dudado en hablar de principio de estricta legalidad, entendiendo que las penas deben ser, además de previas, escritas y ciertas.¹⁶

De todos ellos, empero, el criterio que más prevalece es el del poder del legislador para definir las conductas que considera perseguibles como delito, tal como se plasmó en la Sentencia C-191/2016,¹⁷ cuando analizó si se habían respetado los

Procedimiento y régimen sancionatorio, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2010, pp. 115 y ss.

⁸ Constitución Política de Colombia, artículo 95, numerales 3 y 9, y artículo 338.

⁹ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-601/2015, M. P. Jorge Iván Palacio Palacio, Fundamento jurídico 5.2.

¹⁰ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-178/2016, M. P. María Victoria Calle.

¹¹ *Idem*, Fundamento jurídico 13.

¹² *Idem*, Fundamento jurídico 11.

¹³ Este principio surge como rechazo a los abusos de la monarquía, siendo Beccaria pionero en plantearlo como principio procesal y de las obligaciones que se desprendían de él para los gobernantes y los gobernados. Ver Cesare Beccaria, *De los delitos y de las penas*, Madrid, Aguilar, 1979. pp. 75-80.

¹⁴ Álvaro Orlando Pérez Pinzón, *Introducción al Derecho Penal*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2005, p. 64.

¹⁵ *Idem*.

¹⁶ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-121/2012, M. P. Luis Ernesto Vargas Silva, Fundamento jurídico 10. Ver también la Sentencia C-368/2014, M. P. Alberto Rojas Ríos, Fundamento jurídico 6.

¹⁷ Corte Constitucional de Colombia, sentencias C-191/2016, M. P. Alejandro Linares Cantillo, Fundamento jurídico 50, y C-203/2016, M. P. Alberto Rojas Ríos.

límites que someten el *ius puniendi* al restablecer el contrabando como conducta criminal. A juicio de la Corte, tal determinación estaba justificada en la necesidad de proteger el orden económico y social, esto es, las condiciones para ejercer las libertades económicas y el patrimonio público.¹⁸ La tipificación, además, se justifica en la relevancia del fenómeno, su gravedad y la insuficiencia de las medidas adoptadas por la legislación vigente.

En este caso, la Corte Constitucional emplea dos veces el test leve de constitucionalidad:

- Lo hace al valorar la proporcionalidad de la definición de la conducta como delictiva, de la que se deriva que la norma penal se justifica en bienes constitucionales valiosos y aunque no es la única medida por emplear, es idónea en cuanto es “parte fundamental de la lucha contra la ilegalidad en el comercio exterior”.¹⁹ Por esto concluye “que si bien existe una restricción a la libertad económica, esta resulta razonable ya que atiende al interés general y a su función social, puesto que lo contrario implicaría admitir que abanderando la consigna de los derechos, se pueden legitimar actividades dolosas que atenten contra valores esenciales de la sociedad”.²⁰
- De igual forma, utiliza el test leve en lo relativo a la demanda de igualdad, en cuanto la ley fija tratos idénticos a conductas distintas, como son el contrabando y el fraude aduanero, al estimar legítimo un trato igual basado en la identidad del daño producido, sin burlar por lo demás el principio del *non bis in idem*.²¹

Se destaca, en fin, el argumento definitivo con que despacha la cuestión sobre la posible vulneración de la confianza legítima, al señalar que es imposible el surgimiento de la misma respecto de la obtención de mercancía sin el lleno de requisitos legales.²²

Posteriormente, estas reglas se reforzaron en la Sentencia C-203/2016, cuando al analizar la razonabilidad²³ y proporcionalidad²⁴ de tales medidas de tipificación de delitos, parte de reconocer el daño que produce el contrabando a la libre competencia, el impacto fiscal a las finanzas públicas nacionales y departamentales, y su aporte a la financiación de grupos delincuenciales. Por ello, y solo por ello, esto es, con el

¹⁸ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-203/2016, M. P. Alberto Rojas Ríos.

¹⁹ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-191/2016, M. P. Alejandro Linares Cantillo, Fundamento jurídico 38.

²⁰ *Ibid.*, Fundamento jurídico 39.

²¹ *Ibid.*, Fundamento jurídico 43.

²² *Ibid.*, Fundamento jurídico 73.

²³ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-203/2016, M. P. Alberto Rojas Ríos. Fundamento jurídico 3.2.

²⁴ *Ibid.*, Fundamento jurídico 3.2.4.

empleo de un test leve, determina que no se contrarían los derechos fundamentales de los asociados, sino que, por el contrario, se busca garantizarlos mediante un reproche penal que de ninguna manera puede ser considerado excesivo y que por tanto respeta los principios de proporcionalidad y razonabilidad.²⁵

Se echa así de menos la aplicación de un escrutinio que determine la necesidad y la ponderación de la medida, en términos de ser la mejor o más eficaz, y de ser la más ventajosa o la menos lesiva de los derechos fundamentales individuales, económicos y sociales involucrados,²⁶ más aún cuando también hace parte de las garantías del derecho penal en un Estado constitucional, el hecho de ser la *ultima ratio*. Con ello, pasa a convertirse en medida válida *prima facie* en cuanto proviene del poder punitivo del legislador, suficiente por sí mismo para determinar su idoneidad como forma de proteger bienes jurídicamente tutelados.²⁷

c) *El principio de legalidad y la libre competencia*

En la Sentencia C-032/2017,²⁸ la Corte resolvió una demanda de inconstitucionalidad presentada por el ciudadano Javier Cortázar Mora contra un apartado del artículo 1 de la Ley 155 de 1959, del siguiente tenor literal (me permito resaltar el apartado demandado):

Artículo 1º. Modificado por el art. 1, Decreto 3307 de 1963. El nuevo texto es el siguiente: Quedan prohibidos los acuerdos o convenios (sic) que directa o indirectamente tengan por objeto limitar la producción, abastecimiento, distribución o consumo de materias primas, productos, mercancías o servicios nacionales o extranjeros, *y en general, toda clase de prácticas, procedimientos o sistemas tendientes a limitar la libre competencia y a mantener o determinar precios inequitativos.*

A juicio del demandante, aquella expresión objeto de control de constitucionalidad constaba de “expresiones indeterminadas o ambiguas, que acarrear la violación de los principios de legalidad y tipicidad como componentes del derecho fundamental al debido proceso administrativo establecido en el artículo 29 de la Constitución”. En conexión con lo anterior, la Corte concluyó que la norma legal juzgada, que prohíbe como parte de las “prácticas comerciales restrictivas [...] en general, toda clase de prácticas, procedimientos o sistemas tendientes a limitar la libre competencia”, desde el marco del derecho administrativo sancionatorio, no vulnera *per se* los principios de legalidad y tipicidad que exige la Constitución,²⁹ al

²⁵ *Idem.*

²⁶ *Ibid.*, Fundamento jurídico 3.2.2.

²⁷ *Idem.*

²⁸ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-032/2017, M. P. Alberto Rojas Ríos.

²⁹ Ver Constitución Política de Colombia, artículo 29.

constatar que la identificación de las prácticas en cuestión puede ser establecida con claridad suficiente por el operador jurídico llamado a perseguirlas.

En efecto, observa la Corte que el Estado, para preservar los valores superiores, puede regular cualquier actividad económica libre, introduciendo excepciones y restricciones sin que por ello pueda decirse que sufran menoscabo las libertades básicas que garantizan la existencia de la libre competencia. Lo anterior, sin embargo, solo en el entendido de que tales regulaciones cumplen dicho propósito y de que al limitar las libertades económicas, lo hacen solo de acuerdo con los principios de razonabilidad y proporcionalidad.³⁰

Esta interpretación, de nuevo tan laxa del principio de legalidad, a diferencia de los casos anteriores asociados con la creación de delitos, puede justificarse por configurar sanciones administrativas destinadas a preservar el significado de la igualdad de condiciones en el ejercicio de las libertades económicas en el mercado. De allí que se admita que el legislador atribuya un poder de identificación de los comportamientos que concretan la lesión en cabeza de las autoridades administrativas encargadas de la defensa de la libre competencia.

De esta forma, a modo de conclusión, es posible afirmar que el principio de legalidad como garantía del correcto ejercicio de las libertades económicas es una constante en las decisiones más recientes de la Corte Constitucional, aunque existen variaciones en el nivel de intensidad y contenido, atendiendo al grado de limitación y restricción de aquellas libertades (particularmente alto en el caso de las sanciones penales), y a las garantías constitucionales involucradas en aquellas limitaciones. Estas garantías a las libertades económicas son, como se expuso, una clara demostración de la existencia de aquel componente liberal o de economía de mercado que convive en nuestra Constitución económica, junto con aquella faceta propia del Estado social de derecho, esto es, la intervención del Estado en la economía en aras de su armonización con fines constitucionales superiores.

1.1.2. La relativa neutralidad económica constitucional

La jurisprudencia liberal de la que se da cuenta también se manifiesta en la referencia implícita a la relativa neutralidad de la Constitución económica, entendida como producto de la habilitación constitucional al legislador para disponer de distintos modelos de desarrollo económico, siempre y cuando aseguren los objetivos de la intervención del Estado en la economía y, en especial, la progresiva realización del Estado social de derecho.³¹

³⁰ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-032/2017, M. P. Alberto Rojas Ríos, Fundamento jurídico 6.3.

³¹ Ver Héctor Santaella Quintero, "El modelo económico en la Constitución de 1991", *Revista Derecho del Estado*, núm. 11, 2001, pp. 86, 87; Magdalena Correa Henao, *Libertad de empresa en el Estado social de derecho*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2008.

La relativa neutralidad económica en la ley de Zidres. Una primera referencia relevante se encuentra en la Sentencia C-077/2017, en la que se estudiaron un número importante de normas de la Ley 1776/2016, que crea las Zonas de Interés de Desarrollo Rural, Económico y Social (Zidres). Estas, de acuerdo con el significado atribuido por la ley, se entienden como

territorios con aptitud agrícola, pecuaria y forestal y piscícola identificados por la Unidad de Planificación Rural Agropecuaria (UPRA), [...] o la que haga sus veces, que se establecerán a partir de Planes de Desarrollo Rural Integral en un marco de economía formal y de ordenamiento territorial, soportados bajo parámetros de plena competitividad e inserción del recurso humano en un contexto de desarrollo humano sostenible, crecimiento económico regional, desarrollo social y sostenibilidad ambiental.³²

De acuerdo con la ley, además, la constitución de Zidres será admisible siempre y cuando se trate de zonas del territorio nacional que:³³ i) “se encuentren aisladas de los centros urbanos más significativos”; ii) “demanden elevados costos de adaptación productiva por sus características agrológicas y climáticas”; iii) “tengan baja densidad poblacional; presenten altos índices de pobreza”; iv) “o carezcan de infraestructura mínima para el transporte y comercialización de los productos”. Y en relación con los “proyectos de las Zidres”, esto es, la actividad económica empresarial a la que apuntan, precisa: v) “que deben estar adecuados y” vi) “corresponder a la internacionalización de la economía, sobre bases de alta competitividad, equidad, reciprocidad y conveniencia nacional”.

Estas condiciones tan específicas de las Zidres como régimen de explotación y aprovechamiento de las tierras del Estado sirven a la Corte para estimar que no era posible aplicar el *test* de regresividad³⁴ de la medida frente a la legislación preexistente sobre adjudicación de baldíos en favor de los trabajadores agrarios, pues se trata de realidades y de normas jurídicas no comparables. A partir de allí, para los demás cargos, la mayoría de las normas juzgadas se estiman constitucionales dado que se trata del ejercicio de la competencia del legislador para intervenir en la economía.³⁵

Con todo, en defensa de la libertad de trabajo, de la libertad de empresa y de la libre competencia, pero con igualdad material, esto es, con ingredientes del Estado

³² Ley 1776 de 2016, artículo 1.

³³ Ver los requisitos enunciados en Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-077/2017, M. P. Luis Ernesto Vargas Silva.

³⁴ Sobre el tema ver Christian Courtis, “La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales: apuntes introductorios”, en *Ni un paso atrás*, Buenos Aires, Centro de Estudios Legales y Sociales, 2006, pp. 8 y ss.

³⁵ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-077/2017, M. P. Luis Ernesto Vargas Silva, Fundamento jurídico 143.

social de derecho,³⁶ se declararon inconstitucionales³⁷ las disposiciones que condicionaban el derecho a ser beneficiarios de la política de incentivos y estímulos de los proyectos asociativos que vinculen a campesinos, mujeres y jóvenes rurales, i) a que se garantizara la capacidad de adquirir un determinado porcentaje de tierra agrícola, calculado con base en sus posibilidades de explotación y ii) a su capacidad financiera. Tales exigencias constituyen, a juicio de la Corte, restricciones desproporcionadas a la libertad de asociación o a la libertad y derecho al trabajo de la población campesina y al acceso a la estrategia de desarrollo global e integral del campo, como quiera que desconocen las condiciones materiales de existencia que los rodea y su *asimetría* en el acceso a oportunidades respecto de otros actores.³⁸

Esto quiere significar que, con ellas, lejos de representar medidas de protección frente a los efectos colaterales de la agroindustria, subordina la autonomía de los campesinos y su derecho a acceder progresivamente a la propiedad de la tierra, a los intereses económicos y financieros de los ejecutores del proyecto.³⁹

También, siguiendo la línea de proteger los (flacos) ámbitos de competencia del orden local, se condicionó la constitucionalidad de la disposición que preveía la fijación nacional de la política general de desarrollo rural del campo a través de las Zidres,⁴⁰ solo en el entendido de que su

identificación, delimitación y aprobación [...] deberá estar precedida de un proceso de información, concertación y coordinación con los concejos municipales de los entes territoriales que resulten afectados por estas decisiones, y tomar en cuenta los planes, planes básicos y esquemas de ordenamiento territorial en las zonas rurales de esos municipios”.⁴¹

En fin, como norma aditiva se incluyó dentro de las prohibiciones para constituir Zidres, la de ubicarse en territorios colectivos no solo titulados, sino “que se encuentran en proceso de titulación”.⁴²

De este modo, el dúctil principio de igualdad permitió excluir una comparación necesaria entre los regímenes de Zidres y de baldíos, en lo que yuxtapone sus identidades fácticas. Con esto, no obstante las tímidas garantías para preservar la participación de las asociaciones solidarias y cooperativas de trabajadores agrarios, se inclina una vez más la balanza en favor de la economía globalizada y de

³⁶ Ver Santaella, *op. cit.*, p. 88.

³⁷ *Ibid.*, Resuelve quinto, sexto y octavo.

³⁸ *Ibid.*, Fundamento jurídico 153.

³⁹ *Ibid.*, Fundamento jurídico 156.

⁴⁰ Ley 1776/2016, artículo 4, cuarto inciso.

⁴¹ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-077/2017, M. P. Luis Ernesto Vargas Silva, Resuelve décimo.

⁴² *Ibid.*, Fundamento jurídico 198.

los grandes capitales,⁴³ sin considerar las diferencias entre los actores económicos en competencia,⁴⁴ y sin sopesar lo que tal determinación significa en términos de concentración en pocas manos, ya no solo de los mercados, sino también de la riqueza pública.

Se trata, por supuesto, de una opción de política económica constitucionalmente legítima en términos de validez, pero no tanto de eficacia.⁴⁵ Esto último, dada la reducida capacidad del Estado para el control del cumplimiento de las prestaciones sociales y económicas esperadas del proyecto, de las obligaciones y los límites ambientales, y la difícil concreción de las acciones afirmativas para la población campesina, que resultarían tan necesarias para balancear la vocación liberal promercado de las Zidres, con los imperativos del Estado social de derecho.⁴⁶

La relativa neutralidad económica en la ley aprobatoria del tratado de libre comercio con la República de Corea. Es igualmente buen reflejo del precedente de la neutralidad económica constitucional, aun sin mencionarlo, la Sentencia C-184/2016,⁴⁷ en la que se ejerció el control de constitucionalidad sobre la ley aprobatoria del Tratado de Libre Comercio entre Colombia y la República de Corea.

Como ha sido recurrente en su jurisprudencia, la Corte declaró constitucionales casi la totalidad de las normas del tratado y sus 22 capítulos, al entender que la suscripción y aprobación de tales acuerdos son competencias amplias en cabeza del Gobierno y del legislador, por lo demás alentadas por el mandato de internacionalización de las relaciones del Estado en todos los planos.⁴⁸ Asimismo, la ampliación de los mercados y de la competitividad, la protección de la propiedad intelectual y de la competencia son consistentes con los objetivos constitucionales de desarrollo económico, mejora en las condiciones de vida, protección de los derechos de los consumidores, protección al medio ambiente y correcto funcionamiento del Estado.⁴⁹

En cuanto a las normas que buscan proteger a los inversionistas, por la variedad de temas, la Corte expresamente solo se pronunció sobre tres puntos, a saber:

⁴³ *Ibid.*, Fundamento jurídico 143.

⁴⁴ Martín Vida, citado por Mario Santiago Juárez, *Igualdad y acciones afirmativas*, México, UNAM, 2007, p. 197. En el mismo sentido, José García Añón, “Derechos sociales e igualdad”, *Derechos sociales: instrucciones de uso*, México, Fontamara, 2006, p. 84. Y Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-371/2000, M. P. Carlos Gaviria Díaz, Fundamento jurídico 14.

⁴⁵ Sobre la justiciabilidad de los derechos ver Víctor Abramovich y Christian Courtis, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Madrid, Trotta, 2014, p. 37.

⁴⁶ Al respecto ver Luis Villar Borda, “Estado de derecho y Estado social de derecho”, *Revista Derecho del Estado*, núm. 20, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2007, p. 88. En el mismo sentido, Manuel Quinche Ramírez, *Derecho Constitucional Colombiano*, Bogotá, Temis, 2015, pp. 51 y ss.

⁴⁷ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-184/2016, M. P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

⁴⁸ Ver Constitución Política de Colombia, artículo 226.

⁴⁹ Sentencia C-184/2016, cit.

- El trato nacional, a su juicio, consistente con el principio constitucional de igualdad formal y no discriminación,⁵⁰ como si en este caso se tratara de Estados iguales y equiparables.
- El régimen de protección frente a la *expropiación indirecta y sus excepciones*,⁵¹ que estima constitucional según se ha establecido en la jurisprudencia,⁵² bajo supuestos claros como que: i) su naturaleza jurídica no es la de un derecho adquirido sino la de mera expectativa de que la regulación no va a cambiar de forma intempestiva con detrimento de las utilidades esperadas por la inversión;⁵³ y ii) su uso debe ser restrictivo y limitado a los lineamientos que establezca el acuerdo o instrumento internacional respectivo.⁵⁴
- La *solución de controversias por tribunales de arbitramento internacional*, que a juicio de la Corte tiene sustento en la Constitución cuando admite otras figuras que solucionen de manera pacífica los conflictos,⁵⁵ sin que pueda estimarse de por sí discriminatorio que su aplicación suponga excesivas cargas para los nacionales colombianos, cuando sean ellos quienes planteen los conflictos.

La excepción frente a esta postura general y regular en el precedente se encuentra en el condicionamiento de constitucionalidad que se formuló ante la medida concerniente a la salvaguarda de los pagos y movimientos de capital del inversionista (literal *a* del numeral 2.º, Anexo 8-C). Esto, en el entendido de que se conciban como una orientación de política exterior para las autoridades competentes, sin que pueda suponer restricciones para el Banco Central y su capacidad para atender, con las competencias constitucionales a su cargo (art. 371 CP),⁵⁶ determinadas dificultades de la economía y el manejo de la moneda.

Debido a esto, ordena “al presidente de la República que, al manifestar el consentimiento del Estado colombiano en obligarse por este tratado mediante el depósito del instrumento de ratificación, formule esta declaración interpretativa”.⁵⁷

⁵⁰ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-358 de 1996, M. P. Carlos Gaviria Díaz y José Gregorio Hernández Galindo.

⁵¹ Para un análisis crítico de los instrumentos del derecho económico internacional y su influencia en el Estado social de derecho de la Constitución Política de 1991, ver Enrique Alberto Prieto-Ríos, “BIT y la Constitución colombiana de 1991: internacionalización de la economía dentro de un Estado social de derecho”, *Revista Estudios Socio-Jurídicos*, vol. 13, núm. 1, Bogotá, 2011.

⁵² Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-750/2008, M. P. Clara Inés Vargas Hernández.

⁵³ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-031/2009, M. P. Humberto Antonio Sierra Porto.

⁵⁴ *Idem.*

⁵⁵ Ver Ley 1563 de 2012, sección tercera.

⁵⁶ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-184/2016, Fundamento jurídico 226.

⁵⁷ *Idem.*

Así, a pesar de los *obiter dicta* que han caracterizado la reciente jurisprudencia constitucional sobre tratados,⁵⁸ y que apuntan hacia el ejercicio de un control más estricto, la Corte mantiene la línea de la autorrestricción y del test leve,⁵⁹ con independencia de la asimetría de las economías de los Estados firmantes, de la desproporcionada protección de las inversiones frente al Estado y frente a la otorgada en otra legislación para otros derechos ya no corporativos sino humanos.

Antes que una Constitución económica, lo que se aprecia es una Corte neutra, que avala la opción liberal, democrática pero no representativa, de trabar relaciones desiguales que otra vez no solo reducen los ámbitos de realización de la igualdad material, sino que además tienden a impactar negativamente la pluralidad y eficiencia de los mercados y la capacidad de intervención del Estado en la economía, aun para asumir las obligaciones sociales, económicas y ambientales que tiene a cargo.

1.2. Líneas jurisprudenciales desde el Estado social de derecho

Como parte de su talante plural o bipolar, según se interprete,⁶⁰ también las sentencias seleccionadas dan cuenta del carácter socialdemócrata y garantista, que retoma y profundiza la protección de las libertades económicas en los ámbitos de dignidad que representan para sus titulares, decanta la dogmática constitucional sobre la prestación de servicios públicos por los particulares, e incurre en los deslices del activismo judicial bienintencionado pero imposible o terrible.

1.2.1. *Protección de los ámbitos iusfundamentales de las libertades económicas*

Aunque en un control de constitucionalidad abstracto la protección de las libertades económicas es débil, en revisión de tutela la Corte ha ido de más en más, admitiendo la necesidad de proteger con mayor firmeza los ámbitos fundamentales de tales derechos. No solo en lo que concierne a la libre empresa y a la libre competencia, sino también frente a la libertad de trabajo, el derecho-deber de ganarse la vida y los derechos del consumidor, por ser todos ellos los ámbitos normativos

⁵⁸ Ver Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-031/2009, M. P. Humberto Sierra Porto; Sentencia C-199/2012, M. P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

⁵⁹ Ver las sentencias C-163/2015, M. P. Martha Victoria Sáchica Méndez, y C-608/2010, M. P. Humberto Antonio Sierra Porto.

⁶⁰ En efecto, podría decirse que la Corte Constitucional toma decisiones contradictorias, en cuyo caso hablaremos de una corporación bipolar; o podemos afirmar que la diversidad de componentes de la Constitución económica ha llevado a la Corte a tomar decisiones que tienen en cuenta distintos componentes en atención a los intereses involucrados en cada caso, en cuyo caso tendremos una corte pluralista.

con los que se salvaguardan las condiciones de dignidad humana que ofrece el modelo de la economía social de mercado escogido.⁶¹

1.2.2. *Protección del derecho al trabajo*

Al respecto, de especial significación es el caso de la Sentencia T-073/2017 donde la Corte, aunque ordenó el amparo del “derecho al trabajo” de las accionantes, en sentido estricto protegió la libertad de empresa de un establecimiento dedicado a la prestación de servicios sexuales y la libertad de trabajo (la más humana de las libertades económicas individuales) de las trabajadoras sexuales que laboraban en el mismo.⁶²

Revocó entonces la resolución de la administración municipal que ordenaba el cierre temporal del establecimiento por razones dispuestas en el plan de ordenamiento territorial, al encontrar vulnerado el principio de la confianza legítima sobre la legalidad de la localización del establecimiento y lesionado en exceso el derecho a ganarse la vida de las trabajadoras sexuales. Y ordenó su apertura inmediata, “siempre y cuando cumpla a cabalidad con las normas de policía y administrativas, diferentes a las de uso del suelo”.⁶³

En adición, la Corte señaló un conjunto de subreglas de funcionamiento que hagan compatible su actividad con los colegios cercanos, así como órdenes para la tutelante dueña del establecimiento, a fin de que asegure en él “las condiciones de dignidad, seguridad, sanidad y salubridad adecuadas para las personas que realicen trabajos sexuales en ese lugar”, y garantice “a sus trabajadores todas las prestaciones sociales y laborales consagradas en el ordenamiento jurídico colombiano, principalmente las de ser vinculados al sistema universal de seguridad social en salud, pensiones y riesgos laborales, y a percibir prestaciones sociales como las cesantías y primas de servicio”.⁶⁴

⁶¹ Ver entre otras, Corte Constitucional, sentencias T-533/1992, C-865/2004, C-352/2009, C-228/2010, C-978/2010. En esta última se definió la economía social de mercado como aquella “en la que existe la libre iniciativa privada, pero en la que a su vez el Estado se presenta como instrumento de justicia social ejerciendo cierta intervención redistributiva de la riqueza y de los recursos para corregir las desigualdades sociales originadas por los excesos individuales o colectivistas”.

De otro lado, para un análisis de la viabilidad de la economía social de mercado dentro del marco constitucional de 1991, en el que concluye que “formalmente la Constitución de 1991 contiene la normatividad necesaria que pudiera hacer posible un capitalismo con rostro humano”; al respecto ver Carsten Wieland, “¿Colombia en el camino hacia una economía social de mercado?”, *Serie Reportajes internacionales*, Bogotá, Konrad Adenauer Stiftung, 2008. Disponible en: http://www.kas.de/wf/doc/kas_13853-1522-4-30.pdf?080828002657

⁶² Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-073/2017, M. P. Jorge Iván Palacio Palacio, Fundamento jurídico 10.7.

⁶³ *Idem.*

⁶⁴ *Idem.*

Pero no se quedó allí la sentencia, pues además de esto ordenó a la Alcaldía de la localidad donde sucedieron los hechos, en el término de tres meses, crear

políticas públicas o programas de generación de empleo, que ofrezcan oportunidades laborales alternativas para los (las) trabajadores sexuales y los dueños de los establecimientos de comercio que prestan servicios sexuales. Asimismo, deberá garantizar una asesoría permanente para estas personas, verificando que no se vean sometidas a condiciones de explotación y recordándoles los riesgos que implica la prestación de servicios sexuales.⁶⁵

Al Ministerio del Trabajo, por su parte, lo exhortó a elaborar “una propuesta de regulación sobre el trabajo sexual, de acuerdo con los lineamientos establecidos”⁶⁶ por esta decisión y el precedente,⁶⁷ “que priorice la adopción de medidas que protejan a los trabajadores sexuales en el campo laboral, que cuente con la participación de sus representantes y que no se preste para facilitar situaciones de explotación sexual”.⁶⁸

Por último, ordenó la intervención de las autoridades públicas competentes para visitar el municipio y atender la situación de inmigración de las extranjeras que prestan servicios sexuales, con el objeto de asegurarles garantías de libertad y seguridad jurídica.

Se trata, pues, de una sentencia que profundiza en la línea jurisprudencial de tiempo atrás formulada, al concebir la prostitución no solo como una actividad económica lícita llamada a respetarse,⁶⁹ sino además como un trabajo digno en sí mismo, en el marco de la libertad fáctica de quienes la ejercen.

1.2.3. Limitación para acceder a los permisos de uso del espacio electromagnético por condena privativa de la libertad

Entre la protección liberal y del Estado social de derecho se encuentra la Sentencia C-634/2016.⁷⁰ En ella, la Corte Constitucional declaró inexecutable las normas que disponían dentro de las inhabilidades para acceder a los permisos de uso del espectro radioeléctrico, el haber sido condenado “a penas privativas de la libertad, salvo

⁶⁵ *Idem.*

⁶⁶ *Idem.*

⁶⁷ Ver Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-629/2010, M. P. Juan Carlos Henao Pérez; Sentencia T-736/2015, M. P. Gloria Stella Ortiz Delgado, y Sentencia T-594/2016, M. P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

⁶⁸ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-073/2017, M. P. Jorge Iván Palacio Palacio.

⁶⁹ Ver Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-629/2010, M. P. Juan Carlos Henao Pérez; Sentencia T-736/2015.

⁷⁰ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-634/2016, M. P. Luis Ernesto Vargas Silva.

cuando se trate de delitos políticos o culposos”. Lo anterior porque, tras aplicar un test estricto de constitucionalidad por el carácter general de la restricción, concluyó que la misma vulnera las libertades de expresión e información, el derecho a fundar medios de comunicación y el objetivo constitucional de resocialización del responsable penal, al impedirle el acceso a este bien público indispensable, solo por una presunción ilegítima y sin fundamento de que tendrá un comportamiento ilícito.⁷¹

La Corte no verificó la existencia de una vulneración de la libertad de empresa que por sí sola, dada la naturaleza no fundamental que se le atribuye,⁷² habría hecho más difícil declarar la norma inconstitucional. Aun así, cabe también destacar cómo la restricción absoluta limitaba de manera radical y perpetua, para los responsables penales, la opción de desarrollarse económicamente en el mercado de las telecomunicaciones. Una medida que planteaba sin duda una disminución excesiva o arbitraria de la libre iniciativa y de la libertad de ejercer profesión u oficio, vista la importancia de este sector en la economía.

Son entonces los derechos civiles y políticos fundamentales por excelencia, los que se reconocen vulnerados, pero indirectamente lo son también las facetas *ius-fundamentales* que componen el derecho al trabajo, el ocuparse de una profesión u oficio, el levantar una empresa, el competir, como forma de resocialización plena para ejercer libertades y derechos económicos con los que ganarse la vida.

1.2.4. *Participación ciudadana en los procesos de adjudicación minera*

Esta misma línea garantista y progresista es la debatida en la Sentencia SU-133/2017,⁷³ en la cual se decidió amparar el derecho fundamental de los habitantes y de los mineros tradicionales de un municipio a participar en el proceso de cesión de los derechos mineros a una gran empresa, y de “adopción de las medidas encaminadas a salvaguardar su derecho a ejecutar labores de exploración y explotación minera en la parte alta del cerro El Burro, para garantizar su subsistencia, a través de emprendimientos autónomos de pequeña minería”.⁷⁴

Lo propio dispuso con relación a las comunidades indígena y negras asentadas en la zona de la concesión, pero bajo la fórmula de la consulta previa, libre e informada, para conocer “sobre el impacto de autorizar dichas cesiones y los derechos

⁷¹ *Ibid.*, Fundamento jurídico 31.1.

⁷² Por ejemplo, al estudiar normas que limitan la contratación de servicios de salud (C-197/2012), o la publicidad (C-592/2012) y excluyen de la libertad a la publicidad engañosa (C-756/2008) o las normas que restringen ampliamente la publicidad de cigarrillos y tabaco (C-830/2010), o las que asignan a los agentes del mercado funciones de interés público (C-909/2012).

⁷³ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-133/2017, M. P. Luis Ernesto Vargas Silva.

⁷⁴ *Ibid.*, Fundamento jurídico 222.

a la libertad de oficio, al trabajo y al mínimo vital de quienes ejercen labores de minería tradicional”⁷⁵ en ella.

Para tales efectos, la sentencia incluyó en la parte resolutive más de 8 órdenes judiciales destinadas a impedir la aplicación de medidas administrativas de carácter policivo que impedirían el ejercicio de la minería de los tutelantes, y a diseñar el procedimiento de participación ciudadana y de consulta previa, con los cuales garantizar los derechos conculcados.

Mas, como en el caso anterior, los derechos que son amparados son los derechos individuales y políticos a la información y a la participación, que permiten a los tutelantes conocer, discutir, reclamar, disentir de las autorizaciones y concesiones previstas, pero que, como sucede con la consulta previa, son procedimentales. No se aseguran pues posiciones jurídicas definitivas que preserven lo esencial, lo indispensable que otorga al individuo y a la familia la libertad de desarrollar las actividades económicas que han aprendido y que les han permitido históricamente procurarse los medios de subsistencia.

1.2.5. *Protección a los consumidores*

Un último pronunciamiento refuerza el precedente constitucional que ha venido a proteger la dimensión fundamental de las libertades y los derechos económicos, en este caso de los consumidores: la Sentencia T-676/2016.⁷⁶ En ella se tutelaron los derechos al debido proceso, a la información y al mínimo vital del accionante frente al banco con el que aquel había contraído una obligación crediticia, asegurada por una póliza de cumplimiento que el primero no pudo reclamar por la negligencia del segundo, cuando había sido declarada su condición de invalidez, y la consiguiente imposibilidad para continuar ejerciendo su trabajo.

Siguiendo la jurisprudencia observó la Corte que las actividades aseguradora y financiera deben desarrollarse: i) de acuerdo con los límites derivados del respeto al “bien común, la dignidad humana y la solidaridad social”;⁷⁷ y con sujeción ii) al “deber contractual de actuar de buena fe”,⁷⁸ esto es, con la recta disposición de cumplir con lo pactado “con honestidad, lealtad y moralidad”,⁷⁹ y iii) a los deberes secundarios de conducta, que son aquellos que pese a no haber sido pactados de forma expresa por las partes se incorporan al acto jurídico en virtud del principio de buena fe,⁸⁰ para actuar tanto en la ejecución del contrato como en las etapas

⁷⁵ *Ibid.*, Resuelve segundo.

⁷⁶ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-676/2016, M. P. Alejandro Linares Cantillo.

⁷⁷ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-058/2014, M. P. Nilson Pinilla Pinilla.

⁷⁸ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-865/2004, M. P. Rodrigo Escobar Gil.

⁷⁹ *Idem.*

⁸⁰ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-676/2016, M. P. Alejandro Linares Cantillo.

precontractual y poscontractual. Dentro de ellos se destaca el deber de información, que “en el ámbito de acción de las entidades financieras y aseguradoras, se concreta en la obligación especial de información y acompañamiento a los consumidores financieros”⁸¹ (arts. 20 y 78), como forma de proteger “a sujetos en situación de notable inferioridad contractual”.⁸²

En el caso concreto, el juez constitucional verificó que la entidad bancaria accionada en tutela no cumplió con tal obligación de informar al actor sobre las condiciones de pago de la póliza en mención, con lo que le impuso “una restricción intensa a las posibilidades [...] de reclamar el pago del siniestro”⁸³ por la prescripción de la acción respectiva. Por ello, como forma de restablecer los derechos fundamentales vulnerados, construye la regla judicial de que “así su objeto social no lo contemple y la regulación actual no le permita desarrollar actividades de aseguramiento a una entidad financiera, esta puede estar obligada a reparar un daño por haber roto la comunicación entre la aseguradora y el usuario”.⁸⁴ La reparación consistió en el pago del “90% del saldo insoluto de la deuda” del actor a la fecha de notificación de la providencia, “como consecuencia de haber privado al actor de la pérdida de la oportunidad de reclamar o demandar el pago del siniestro a la aseguradora, con la cual se había adquirido el contrato de seguro de vida grupo deudor”.⁸⁵

Sin duda, la protección en sede de revisión de tutela se produjo por la condición de invalidez del tutelante, incapaz de pagar el crédito por sus propios medios. Este elemento realza el carácter subjetivo que está llamado a tener, no tanto el discurso de los derechos fundamentales, sino de sus garantías judiciales; mas es también claro que la sentencia revela los componentes esenciales, y que no puede faltar al ejercicio de las libertades y los derechos económicos, por estar en juego no solo un interés económico, contractual, patrimonial y financiero, sino la garantía de condiciones dignas de existencia.

2. Jurisprudencia de búsqueda

2.1. Empresa y prestación de servicios públicos

El precedente en favor de la consolidación del Estado social de derecho que es, como se ha dicho, principio estructural de la Constitución económica, se aprecia en las sentencias de la muestra que exhiben las doctrinas paralelas sobre la

⁸¹ *Ibid.*, Fundamento jurídico 44.

⁸² *Ibid.*, Fundamento jurídico 49.

⁸³ *Idem.*

⁸⁴ *Ibid.*, Fundamento jurídico 50.1.

⁸⁵ *Ibid.*, Fundamento jurídico 50.5.

prestación de los servicios públicos por particulares, así como en la búsqueda por comprender el diseño constitucional que se autorizó para que los intereses privados se pudieran hacer efectivos en la realización de intereses públicos.

2.2. Servicios públicos y ausencia de libertad económica

En la Sentencia C-359/2016,⁸⁶ la Corte declaró constitucionales las normas de la ley del plan de desarrollo por las cuales se autoriza a la Autoridad Nacional de Televisión a determinar el número de concesionarios que tendrá el canal público.

No se vulnera con ella la libertad económica porque la naturaleza de servicio público de la televisión “elimina la iniciativa privada” y somete su prestación a la regulación como servicio reservado por el Estado (CP art. 365).⁸⁷ Tampoco existe vulneración de esa libertad “ya que su carácter relativo y no absoluto” señala la posibilidad de establecer límites *ex ante*, determinada “por la configuración normativa que se haga del servicio”.⁸⁸

Agrega la Corte que es al Estado, en cabeza de la autoridad o agencia señalada por la Constitución y habilitada por la ley, a quien corresponde definir el grado de concentración o pluralismo de concesionarios, según lo determinen los objetivos de competitividad y productividad que hacen parte de los fines de la intervención pública económica (art. 334 CP).⁸⁹

Estas reglas representan una profundización de la jurisprudencia constitucional sobre servicios públicos, porque la condición de servicio público de una actividad económica hace que las funciones productivas o comercializadoras que confluyen en su prestación no se reconozcan como expresión de la libertad de empresa de quienes como particulares las ejecutan, sino como ejercicio de las autorizaciones administrativas concedidas.

Al mismo tiempo, la sentencia ahonda el precedente según el cual la delimitación de la libre competencia y del número de participantes en la prestación de un servicio público es constitucionalmente admisible por razones estratégicas con las que se responda a los objetivos de competitividad y productividad (art. 334 CP).⁹⁰ Esto sin dejar de observar la forma como se recaba en la línea jurisprudencial que admite una disminución de la garantía de reserva de ley para el desarrollo y la limitación de los derechos constitucionales en tanto autoridad con legitimidad democrática, para favorecer, en ese caso, definiciones tecnocráticas de la agencia o autoridad encargada de regular la prestación del servicio de televisión.

⁸⁶ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-359/2016, M. P. Luis Guillermo Guerrero Pérez.

⁸⁷ *Ibid.*, Fundamento jurídico 4.3.5.2.

⁸⁸ *Idem.*

⁸⁹ *Ibid.*, Fundamento jurídico 4.1.5.4.

⁹⁰ *Ibid.*, Fundamento jurídico 4.5.4.2.

Es decir, que la mutación de la naturaleza jurídica de la actuación del particular como prestador del servicio no viene sola, pues el servicio público también altera la consistencia de los principios de libre competencia, objetividad y eficiencia económica que dispone la Constitución (art. 209, 267, 333, 334, 365 CP).

Aunque se ubica dentro de la jurisprudencia que se decanta por el Estado social de derecho, la interpretación en la que se sostiene representa una trampa argumental por la que se desconoce la máxima pluralidad posible de actores en los mercados o sectores de la economía en donde actúan los particulares, que es por todas la mejor garantía para la realización del mercado constitucional.⁹¹

En un sentido semejante, la Sentencia T-599/2016⁹² tuteló los derechos fundamentales de la accionante a la información, a la expresión, a la participación en la vida cultural, a la identidad cultural, y a conocer las expresiones culturales de las regiones del país. Esto, al encontrar que la autoridad nacional de televisión omitió el cumplimiento de obligaciones establecidas por el legislador para asegurar el “transporte de señal regional de manera gratuita y obligatoria a través de las plataformas utilizadas por los operadores de televisión por suscripción”.⁹³ A su vez, dejó al arbitrio de estos últimos “la inclusión de los canales regionales de televisión abierta, de acuerdo con sus intereses y preferencias comerciales, desconociendo el interés público que condujo al Congreso de la República a ordenar su difusión”.⁹⁴

Por ello, ordenó a la Autoridad en cuestión establecer la regulación que imponga la obligación para los concesionarios del servicio de televisión por suscripción, de transmitir los canales regionales dentro de los paquetes ofrecidos, así como adoptar medidas que permitan el control ciudadano sobre el cumplimiento de dicha orden. A más de lo anterior, la exhorta

para que, en lo sucesivo, en los procesos regulatorios que incidan en el pluralismo informativo, se efectúe una difusión activa de los espacios de participación ciudadana y convoque oficiosa y expresamente a los sectores sociales, académicos e institucionales asociados a los sectores televisivo, cultural y antropológico. Esto, sin perjuicio de los escenarios en los que sea procedente la consulta previa de las comunidades titulares de ese derecho.⁹⁵

De esta forma, se confirma la desnaturalización de la libertad empresarial en materia de servicios públicos, para considerarla como ejercicio de unas facultades

⁹¹ Peter Häberle, “Siete tesis para una teoría constitucional del mercado”, *Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla A.C.*, núm. 21, 2008.

⁹² Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-599/2016, M. P. Luis Ernesto Vargas Silva.

⁹³ *Ibid.*, Fundamento jurídico 246.

⁹⁴ *Ibid.*, Fundamento jurídico 255.

⁹⁵ *Ibid.*, Fundamento jurídico 268.

y prerrogativas derivadas de una autorización administrativa para operar. Autorización que, por cierto, puede alterarse para contemplar así las obligaciones que imponga el legislador y que consolidan posiciones jurídicas definitivas de la realización de derechos culturales fundamentales.

2.3. Prestación de servicios públicos en materia de salud

La doctrina constitucional sobre la prestación de servicios públicos arriba destacada contrasta, cuando menos en principio, con lo declarado en la Sentencia C-620/2016.⁹⁶ En ella la Corte estima que la norma de la ley del plan de desarrollo que establece como función del Ministerio de Salud el fijar los precios máximos para medicamentos, insumos y dispositivos de servicios de salud, no vulneraba, aunque sí limitaba, la libertad económica de sus productores o comercializadores.

Al respecto señaló que en “relación con la prestación de servicios públicos, como la salud, la Corte ha manifestado que la libertad económica es altamente sensible a la intervención estatal, dado que involucra la protección de un derecho fundamental”.⁹⁷ Por eso, “la libre competencia en el ámbito de la salud solo puede darse dentro del ámbito que el legislador haya previsto para el efecto, y respetando los límites fijados por las rigurosas condiciones de regulación, vigilancia y control que se derivan de la responsabilidad constitucional que el Estado tiene en este sector social”.⁹⁸

Es decir que la libertad económica se ejerce por los prestadores privados, pero sujeta a intensas limitaciones derivadas de tal naturaleza del servicio público de salud donde actúan. Esto incluye la centralización de precios, con la que se persigue a la vez “garantizar la sostenibilidad del sistema de seguridad social en salud”,⁹⁹ bajo los principios de solidaridad y eficiencia en la utilización de recursos. Se trata, por lo demás, de un medio constitucionalmente no prohibido en un Estado social y de derecho y, al contrario, justificable a partir de sus contenidos normativos como principio (arts. 1, 2, 48, 334 CP).¹⁰⁰

La fijación de precios impuesta a proveedores de medicamentos, insumos y dispositivos constituye, pues, una restricción de la libertad económica aunque justificada y adecuada. Lo primero, por el carácter de derecho social fundamental que el acceso a medicamentos representa para sus titulares. Lo segundo, por resultar una medida razonablemente útil para: i) dar cumplimiento a las obligaciones asumidas por el Estado de procurar el “acceso al nivel más alto posible de salud, en un

⁹⁶ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-620/2016, M. P. María Victoria Calle Correa.

⁹⁷ *Ibid.*, Fundamento jurídico 37.

⁹⁸ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-171/2012, M. P. Luis Ernesto Vargas Silva. Reiterada en la Sentencia C-620/2016, M. P. María Victoria Calle Correa.

⁹⁹ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-620/2016, M. P. María Victoria Calle Correa, Fundamento jurídico 38.1.

¹⁰⁰ *Ibid.*, Fundamento jurídico 36.

marco que garantiza la prestación del servicio bajo los principios de universalidad, solidaridad y eficacia”¹⁰¹ (art. 49 CP; art. 93, Pidesc; Protocolo de San Salvador a la CADH, Observaciones Comité DESC); ii) para alcanzar los objetivos de viabilizar “la existencia de un mercado sobre estos productos con claridad en la información y estabilidad”¹⁰² y promover “su asequibilidad o accesibilidad económica a todos aquellos que los requieren”¹⁰³.

2.4. ¿Una jurisprudencia contradictoria?

Las dos líneas jurisprudenciales de las que las sentencias atrás citadas dan cuenta podrían interpretarse como no contradictorias sino distintas y complementarias. La una dirigida concretamente a la actividad de los prestadores del servicio, y la otra a los proveedores de bienes que completan su cubrimiento.

Con todo, también es admisible señalar que aparte de los supuestos normativos a los que se refieren, formulan argumentos incompatibles al otorgar naturaleza distinta de libertad económica a la participación de los agentes que suministran o comercializan bienes y servicios con los que se concreta la prestación de los servicios públicos. Por tal motivo convendría depurar el significado y las consecuencias jurídicas y económicas de cada una, a los efectos de su corrección o depuración a fin de determinar la naturaleza de la actividad del modo más consistente, eficiente, garantista, responsable y sostenible posible, en cuanto su objeto se dirige en definitiva a satisfacer condiciones básicas de existencia.

Revisar, por ejemplo, si la desnaturalización pone en cuestión el *animus lucri faciendo*, y si por actuar en ejercicio de las autorizaciones otorgadas, *prima facie*, el interés económico que puede ser perseguido no es el del máximo beneficio, sino el de la sostenibilidad financiera, social y ambiental de la prestación, que asegure la calidad, universalidad y cobertura más incluyente y amplia posible del servicio. Una deducción lógica que, sin embargo, atenta contra *la finalidad definitiva que anima la libre iniciativa privada*, en cuanto disminuye ampliamente el interés de los actores del mercado en participar de la prestación de servicios públicos costosos y exigentes, al no poder aspirar a márgenes de rentabilidad elevados. O establecer cómo el ejercicio de las libertades económicas empresariales se hace compatible con la actividad que desarrollan, en cuanto el lucro perseguido se debe producir después (no antes) de asegurar la mejor prestación posible de los servicios a cargo, en tanto así lo determina su importancia para la existencia y el desarrollo individuales y colectivos.

Estas cuestiones, y las muchas otras que habrá, no ocultan empero la búsqueda de una dogmática constitucional de los servicios públicos por la Corte Constitucional. Es decir, la pretensión de armonizar y articular la forma en que su prestación

¹⁰¹ *Ibid.*, Fundamento jurídico 38.4.

¹⁰² *Ibid.*, Fundamento jurídico 38.2.

¹⁰³ *Idem.*

concreta los principios del Estado social de derecho y el sistema económico de mercado, a partir del diseño establecido por el legislador,¹⁰⁴ según la habilitación constitucional establecida para el efecto (art. 365 inc. 1º CP).

2.5. Jurisprudencia poderosa, difícil y terrible

La muestra de sentencias seleccionadas evidencia una última tipología de decisiones progresivas o hacia el Estado social de derecho. Es la de las sentencias que establecen subreglas que, a pesar de su justificación constitucional garantista de las libertades y de los derechos, son muy difíciles de cumplir, sea por carecer de premisas fácticas que lo hagan posible, sea por depender de muchos factores externos al campo directo de eficacia de la sentencia, sea por resultar al mismo tiempo de alto valor simbólico y discursivo, a la vez que ineficaces, absurdas, ineficientes.

2.5.1. Ilustración a partir de la jurisprudencia expuesta

De las mencionadas atrás, las sentencias T-073 y SU-133/2017 sirven como ilustración también aquí.

La Sentencia T-073/2017¹⁰⁵ lo es por apuntar no solo a resolver el caso concreto, sino a atender los problemas estructurales que afronta el ejercicio de la prostitución, a través de una política local y una política pública nacional, cuya definición y ejecución operan, a decir verdad, solo con voluntad política y de financiación, que están por fuera del alcance del juez constitucional.¹⁰⁶

La Sentencia SU-133/2017¹⁰⁷ lo es por cuanto la garantía que ofreció a los mineros artesanales y tradicionales fue estructurada a partir del derecho a la participación,¹⁰⁸ un instrumento jurídico que, como principio, derecho, deber y procedimiento está enteramente justificado,¹⁰⁹ pero cuya eficacia para ponderar entre los derechos en tensión requiere de reformas jurídicas y administrativas, y más que eso, de transformaciones institucionales y culturales que siempre son lentas, costosas y exigentes.

A esto se suma el hecho de que las medidas que dispuso la Corte Constitucional en esta sentencia en particular dieron lugar a la interposición de una demanda de la multinacional canadiense Gran Colombia Gold,¹¹⁰ al amparo del capítulo veintiuno

¹⁰⁴ Ley 142 de 1994.

¹⁰⁵ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-073/2017, M. P. Jorge Iván Palacio Palacio.

¹⁰⁶ *Ibid.*, Fundamento Jurídico. 10.6.

¹⁰⁷ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia SU-133/2017, M. P. Luis Ernesto Vargas Silva.

¹⁰⁸ *Ibid.*, Resuelve quinto.

¹⁰⁹ Ver Constitución Política de Colombia, artículos 1, 2, 40, 95, 332.

¹¹⁰ Aun cuando se trata de un procedimiento reservado, algunos datos del mismo se pueden encontrar en el siguiente enlace: <https://www.italaw.com/cases/5410>.

del tratado de libre comercio entre Colombia y Canadá, contra el Estado colombiano, por pretensiones que ascienden a los 700 millones de dólares. Aunque la notificación de la demanda tiene carácter reservado, de los hechos del caso se puede inferir que la multinacional alega el incumplimiento de los artículos 805 (Nivel mínimo de trato), y 811 (Expropiación) del tratado, en detrimento de sus derechos adquiridos en virtud de la licencia, al impedir el desarrollo de su actividad minera mientras se adelanta el muy regulado procedimiento participativo previsto.¹¹¹

Algo semejante sucede con la Sentencia C-389/2016¹¹² que, al analizar las disposiciones demandadas del Código de Minas por presunta violación de los derechos al trabajo, a la participación, al ambiente sano, declara exequibles las que ordenan el procedimiento y los requisitos para el otorgamiento de títulos mineros. No obstante, tal declaración se produce

bajo el entendido de que la autoridad minera deberá verificar mínimos de idoneidad laboral y ambiental, antes de entregar un título minero, en atención a la naturaleza de la concesión solicitada, y con base en criterios diferenciales entre los distintos tipos de minería, y extensión de los proyectos, así como establecer un procedimiento que asegure la participación ciudadana, sin perjuicio de la especial de los grupos étnicamente diferenciados.¹¹³

En el mismo orden, declara exequibles las normas que reconocen el derecho de prelación por parte de las comunidades étnicas o afrocolombianas para el otorgamiento de concesiones, bajo el entendido de que esto

no constituye justificación alguna para omitir la aplicación del derecho fundamental a la consulta previa y al consentimiento libre, previo e informado, cuando la afectación sea intensa por el desplazamiento de una comunidad, por amenaza de extinción física o cultural, o por el uso de materiales peligrosos en sus tierras y territorios.¹¹⁴

¹¹¹ Recientemente Marcelo Lozada, investigador de la Universidad Externado de Colombia, realizó un análisis crítico de esta sentencia y la decisión C-035/2016 de la misma Corte, para demostrar cómo es irresponsable respecto de las consecuencias de sus decisiones en términos de responsabilidad internacional del Estado colombiano a la luz de los instrumentos del derecho económico internacional, y proponer alternativas de solución intermedias que permitan a la Corte considerar los estándares internacionales de protección a la inversión, al tiempo que garantizar el respeto de los derechos humanos consignados en instrumentos igualmente internacionales. Para mayor referencia, ver Marcelo Lozada, *La Corte Constitucional colombiana en el contexto de la fragmentación del derecho internacional: desafíos y posibles alternativas para la recomposición*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2017 (en proceso de edición).

¹¹² Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-389/2016, M. P. María Victoria Calle Correa.

¹¹³ *Ibid.*, Resuelve segundo.

¹¹⁴ *Ibid.*, Resuelve tercero.

Lo que establece la regla judicial fijada es: i) la adición normativa por la que se activa la realización del derecho a la participación; y ii) la refrendación de las garantías laborales mínimas y del principio de desarrollo sostenible. Es decir, fórmulas de armonización entre los objetivos de crecimiento económico y garantía institucional de la empresa como base del desarrollo y otros bienes o fines constitucionales como la diversidad étnica y cultural, la preservación de los recursos naturales o la distribución equitativa de las oportunidades.

El talante pluralista y ponderado de esta medida no se pone en duda. Con todo, la protección que ofrece es insuficiente e incierta, además de que, como se ha advertido, depende de la realización de ajustes normativos, procedimentales y presupuestarios complejos. De tal suerte, el resultado de tales reglas judiciales no asegura ni que los títulos mineros se concedan bajo un marco de seguridad jurídica y eficiencia, ni que las comunidades afectadas cuenten con posiciones jurídicas definitivas de protección efectiva de sus derechos. Lejos de corregir una injusticia trazada por el derecho legislado, la regla judicial aplicada puede significar una limitación o defraudación de todos y cada uno de los bienes en juego.

En la mejor de sus interpretaciones, con estas decisiones se recaba en la jurisprudencia con eficacia simbólica¹¹⁵ valiosa por apostar con convicción por la fuerza normativa de la Constitución y de los derechos, pero frustrante por no ser factible como regla de transformación social y de corrección de la injusticia.

3. La Sentencia C-035/2016

Aunque las sentencias hasta ahora relacionadas, al simplemente seguir o profundizar los precedentes de distinta índole, poseen un enorme valor dentro de la dogmática económica constitucional, es preciso terminar este análisis con una última decisión que cabalga entre la condición de ser a la vez hito y terrible. Se trata de la Sentencia C-035/2016,¹¹⁶ en la cual la Corte estudió la Ley 1753 de 2015 y adoptó dos decisiones especialmente significativas para el desarrollo de la Constitución económica, las cuales se analizan a continuación.

3.1. La decisión de constitucionalidad condicionada parcial de la norma

En primer lugar, la Corte Constitucional condicionó la constitucionalidad de normas de la ley del plan de desarrollo (art. 108 Ley 1450/2011, y art. 20 Ley 1753/2015)

¹¹⁵ Sobre el componente de eficacia simbólica ver Mauricio García Villegas y José Rafael Espinosa, *La eficacia simbólica del derecho*, Bogotá, Debate, 2014.

¹¹⁶ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-035/2016, M. P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

que autorizan la concesión de títulos mineros, a cumplir con requisitos de concertación con las autoridades locales, a fin de armonizar los intereses comprometidos de desarrollo, empresariales, sociales y ambientales, tanto hacia el futuro como respecto de las concesiones previas, durante su ejecución.¹¹⁷

Así, se presenta un cierre del precedente sobre la participación local en lo que concierne a la minería, que completa el camino abierto por la jurisprudencia reciente, para abandonar la doctrina unitaria y centralista del concepto de propiedad de los recursos del subsuelo y asumir como posición definitiva que el aprovechamiento y la disposición de los mismos deben fijarse con participación de las autoridades locales y las comunidades afectadas por los efectos ambientales y socioeconómicos del proyecto o la actividad minera involucrada.¹¹⁸

3.2. La declaración de inconstitucionalidad parcial de la norma

En segundo lugar, la Corte Constitucional plasmó lo que resulta ser el ingrediente más importante: declaró inconstitucional la norma de la Ley del Plan Nacional de Desarrollo que autorizaba la ejecución hasta su terminación, sin posibilidad de prórroga y sujetas a control, seguimiento y revisión específico por las autoridades, de “las actividades para la exploración y explotación de recursos naturales no renovables” en áreas delimitadas como páramo (art. 173, par. 1º, Ley 1753/2015). Esto en tanto estas “cuenten con contrato y licencia ambiental con el instrumento de control y manejo ambiental equivalente, que hayan sido otorgados con anterioridad al 9 de febrero/2010 para las actividades de minería, o con anterioridad al 16 de junio de 2011 para la actividad de hidrocarburos, respectivamente”.

A juicio de la Corte, los mandatos constitucionales en favor de la libertad de empresa y del objetivo de crecimiento económico se someten a los imperativos de la Constitución ecológica que exige al Estado “conservar las áreas de especial importancia ecológica”¹¹⁹ y, en consecuencia, regular “el manejo y aprovechamiento de los recursos naturales, para garantizar su desarrollo sostenible, su conservación, restauración o sustitución”, y “prevenir y controlar los factores de deterioro ambiental”,¹²⁰ que imponen a la empresa y a la propiedad una función ecológica,¹²¹ y que delimitan en definitiva el ejercicio de los derechos, en favor de la garantía de un desarrollo sostenible.¹²²

¹¹⁷ *Ibid.*, Resuelve segundo.

¹¹⁸ Ver Corte constitucional de Colombia, Sentencia C-123/2014, M. P. Alberto Rojas.

¹¹⁹ Ver Constitución Política de Colombia, artículo 79.

¹²⁰ *Ibid.*, artículo 80.

¹²¹ *Ibid.*, artículos 58, 335.

¹²² *Ibid.*, artículo 80.

Dentro de las funciones del Estado en relación con la preservación de los recursos naturales se destaca la de proteger de manera efectiva determinadas áreas de especial importancia ecológica, como es el caso de los páramos. Estos se consideran

objeto de especial protección constitucional, en la medida en que en ellos viven especies animales y vegetales endémicas, que son únicas de nuestro país (art. 79 CP), porque tienen una capacidad especial para capturar partículas de carbono y contribuir a desacelerar el calentamiento global, y especialmente, en la medida en que cumplen un papel esencial como reguladores del ciclo hídrico, garantizando así la calidad, accesibilidad y continuidad del agua para la mayoría (alrededor del 70%) de la población colombiana.¹²³

En este sentido, a juicio de la Corte, el cumplimiento de los deberes del Estado no puede ignorar que los páramos son “ecosistemas especialmente vulnerables, frágiles, y con poca capacidad de adaptación a los efectos de factores externos”,¹²⁴ de lo cual se deriva que la forma en que la ley buscó articular el valor estratégico de la explotación minera, la libertad de empresa de los mineros con título, y el valor y la condición de los páramos era inconstitucional, toda vez que las medidas de protección no eran aptas para ofrecer la protección adecuada de aquellos. También, porque los páramos en general se encuentran en “una situación de total desprotección jurídica [...] [que] implica un riesgo alto para la provisión de agua potable en condiciones de calidad, continuidad y acceso para toda la población, y a la captura de carbono para mitigar el calentamiento global”,¹²⁵ todo lo cual hace irrazonable “permitir transitoriamente las actividades de minería e hidrocarburos”¹²⁶ en dichas áreas.

En conclusión, no resulta proporcional a los ojos del juez constitucional “el sacrificio a los bienes jurídicamente protegidos”¹²⁷ que los páramos representan, “frente a los eventuales beneficios provenientes de la extracción de recursos no renovables”,¹²⁸ ni lo es tampoco a la luz de las evidencias empíricas, ni del tipo de medidas adoptadas para menguar el impacto de la explotación esperada de recursos del subsuelo.

3.3. Importancia de la sentencia

Se trata de una decisión de ruptura porque se aparta de la posición generalmente respetuosa de la línea jurisprudencial construida en torno de las normas de

¹²³ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-035/2016, M. P. Gloria Stella Ortiz Delgado, Fundamento jurídico 171.

¹²⁴ *Ibid.*, Fundamento jurídico 172.

¹²⁵ *Ibid.*, Fundamento Jurídico 173.

¹²⁶ *Ibid.*, Fundamento Jurídico 174.

¹²⁷ *Ibid.*, Fundamento Jurídico 175.

¹²⁸ *Idem.*

intervención económica adoptadas por el legislador bajo la iniciativa del Gobierno, también en materia minera.

Con excepción de los casos en los que se vulnera abiertamente el derecho a la consulta previa, las más de las sentencias de la Corte han estimado, conformes a la Constitución, las políticas, concesiones, garantías y estímulos concebidos para el desarrollo de las actividades de exploración y explotación de recursos naturales no renovables. Siempre, naturalmente, reconociendo la importancia de que su interpretación estuviera guiada por los principios y las reglas de protección ambiental, sin preocuparse por su eficacia.

En la Sentencia C-035/2016, por el contrario, la Corte¹²⁹ se atrevió a valorar la idoneidad de las medidas legales, para concluir que estas no satisfacían la exigencia de protección constitucional debido al tipo de ecosistema sobre el cual recaían las actividades de exploración y explotación. Con ello al mismo tiempo, aún sin decirlo, ponderó en favor del medio ambiente frente a los derechos adquiridos de las empresas con licencia minera, a partir del principio de precaución y de una interpretación ambiental del principio *pro libertate* y *pro legalidade* que amparan el ejercicio de las libertades económicas.

Ambas determinaciones, en particular la última, reconocen desde la *ratio decidendi* y en la parte resolutive, el impacto que poseen las medidas de intervención pública económica sobre la vigencia y eficacia de la Constitución en su conjunto, y la necesidad de ejercer un control de constitucionalidad más cuidadoso de las mismas. Se trata, entonces, de normas judiciales valientes, justas y necesarias, aunque también difíciles: i) porque así es el cumplimiento de la orden por parte de las autoridades, ii) porque afecta el desarrollo de la actividad económica minera de los particulares que cuentan con los títulos de exploración o explotación, y iii) porque limita libertades y sobre todo derechos económicos patrimoniales,¹³⁰ que por lo demás se encuentran jurídicamente mejor protegidos por el derecho económico internacional (en instrumentos tales como tratados de libre comercio o tratados bilaterales de inversión).¹³¹

En efecto, multinacionales extranjeras del sector minero se vieron afectadas como consecuencia de esta decisión, lo que incluso llevó a la compañía canadiense Eco Oro Minerals Corp. a demandar al Estado colombiano al amparo del tratado

¹²⁹ *Idem*. En el mismo sentido, ver Corte Constitucional de Colombia, Sentencia SU-133/2017, M. P. Luis Ernesto Vargas Silva.

¹³⁰ Sobre el tema ver Héctor Santaella Quintero, *El régimen constitucional de la propiedad privada y su garantía en Colombia: análisis fundamentado en el estudio de la garantía de la propiedad privada en los ordenamientos constitucionales alemán y español*, Madrid, 2010. Disponible en: https://repositorio.uam.es/bitstream/handle/10486/5246/33749_santaella_quintero_hector.pdf?sequence=1

¹³¹ Para un análisis crítico de la sentencia a la luz de sus consecuencias en términos de responsabilidad internacional del Estado en virtud de los instrumentos del derecho económico internacional, ver Lozada, *op. cit.*

de libre comercio entre Colombia y Canadá, por el incumplimiento de las normas del capítulo ocho del instrumento.¹³²

4. Conclusión

Vista desde la muestra analizada, la jurisprudencia de la Corte sobre la Constitución y las libertades económicas de este tiempo reciente es reflejo de los desarrollos legislativos con posterioridad a la Constitución de 1991 y también de lo que han sido sus precedentes.

La legislación que concreta con amplio poder de configuración normativa la Constitución económica ha tendido a desarrollar modelos que favorecen la apertura de los mercados, los tratados económicos bilaterales entre desiguales, la explotación de los recursos del Estado por particulares arropados con garantías de protección específicas, la apuesta por la competitividad y la productividad, más que por la libre competencia.

De importancia singular son las disposiciones de la Ley del Plan de Desarrollo, según se aprecia en las normas objeto de demanda, lo que destaca la relevancia de esta normatividad en el ordenamiento económico del Estado.

La senda de política económica o la decisión política fundamental que en ella se aprecia se entiende por la Corte como una opción política que se debe respetar, por ser una competencia constitucional otorgada; porque su decisión es democrática¹³³ (C-077/2017), y porque la Constitución en estas materias es neutra¹³⁴ (C-184/2017). En cuanto a los límites de esta potestad, encontramos las excepciones comunes de que las medidas de intervención respeten el principio de legalidad tributaria¹³⁵ (C-178/2016) y penal¹³⁶ (C-191 y C-203/2016); y en la configuración de los límites a la competencia¹³⁷ (C-032/17), que deben respetar la garantía de los derechos fundamentales.

Pero junto a estas sentencias de línea liberal, democrática, aunque intervencionista, también se encontraron las de reiteración, profundización, radicalización del precedente en defensa del principio estructurante de la Constitución económica del Estado social de derecho.

¹³² Para más información sobre el procedimiento arbitral, ver: <https://icsid.worldbank.org/en/Pages/cases/casedetail.aspx?CaseNo=ARB/16/41>

¹³³ Ver Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-077/2017, M. P. Luis Ernesto Vargas Silva.

¹³⁴ *Ibid.*, Sentencia C-184/2017, M. P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

¹³⁵ *Ibid.*, Sentencia C-178/2016, M. P. María Victoria Calle Correa.

¹³⁶ *Ibid.*, sentencias C-191/2016, M. P. Alejandro Linares Cantillo y C-203/2016, M. P. Alberto Rojas Ríos.

¹³⁷ *Ibid.*, Sentencia C-077/2017, M. P. Luis Ernesto Vargas Silva.

Así lo hace al proteger los ámbitos iusfundamentales de las libertades y los derechos económicos de trabajadoras sexuales¹³⁸ y de mineros artesanales y tradicionales,¹³⁹ de consumidores¹⁴⁰ o libertades fundamentales conexas.¹⁴¹

También cuando exhibe las doctrinas paralelas sobre la prestación de los servicios públicos por particulares, para excluir la libertad económica en ella, y disminuir la concurrencia,¹⁴² y para decir que sí hay libertad de empresa, pero limitada.¹⁴³ Decisiones que son manifestación de la búsqueda del juez constitucional por comprender el diseño constitucional autorizado en el que los intereses privados se puedan hacer efectivos en la realización de intereses públicos.

Y cuando produce la jurisprudencia difícil, por ponderar con medidas justas pero complejas de cumplir,¹⁴⁴ que la hacen ineficaz,¹⁴⁵ meramente simbólica o que de cumplirse generan resultados terribles.¹⁴⁶

Hacia el final, la muestra ha permitido observar igualmente la expresión más radical de profundización del precedente, con una sentencia que resultó ser terrible, pero que se convierte en hito al ponderar frente a derechos adquiridos y permisos, en beneficio de la preservación de los recursos naturales como riqueza llamada a ser protegida por el Estado, dada su fragilidad e importancia para la sostenibilidad humana.¹⁴⁷

En conclusión, trazos de la jurisprudencia de una Corte constitucional pluralista, activa, creativa, atrevida, tímida aún, pero cada vez más consciente del significado y la relevancia de lo económico en la realización o no, a lo largo y ancho, del orden constitucional.

Bibliografía

- ABRAMOVICH, Víctor, Christian COURTIS, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Madrid, Trotta, 2014.
- BECCARIA, *De los delitos y de las penas*, Madrid, Aguilar, 1979.

¹³⁸ *Ibid.*, Sentencia T-073/2017, M. P. Jorge Iván Palacio Palacio.

¹³⁹ *Ibid.*, Sentencia SU-133/2017, M. P. Luis Ernesto Vargas Silva.

¹⁴⁰ *Ibid.*, Sentencia T-676/2016, M. P. Alejandro Linares Cantillo.

¹⁴¹ *Ibid.*, Sentencia C-634/2016, M. P. Luis Ernesto Vargas Silva.

¹⁴² *Ibid.*, sentencias C-359/2016, M. P. Luis Guillermo Guerrero Pérez y T-599/2016, M. P. Luis Ernesto Vargas Silva.

¹⁴³ *Ibid.*, Sentencia C-620/2016, M. P. María Victoria Calle Correa.

¹⁴⁴ *Ibid.*, Sentencia T-073/2017, M. P. Jorge Iván Palacio Palacio.

¹⁴⁵ *Ibid.*, Sentencia C-389/2016, M. P. María Victoria Calle Correa.

¹⁴⁶ *Ibid.*, Sentencia SU-133/2017, M. P. Luis Ernesto Vargas Silva.

¹⁴⁷ *Ibid.*, Sentencia C-035/2016, M. P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

- COURTIS, Christian, “La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales: apuntes introductorios”, en *Ni un paso atrás*, Buenos Aires, Centro de Estudios Legales y Sociales, 2006.
- GARCÍA AÑÓN, José, “Derechos sociales e igualdad”, en *Derechos sociales: instrucciones de uso*, México, Fontamara, 2006.
- GARCÍA VILLEGAS, Mauricio y José Rafael ESPINOSA, *La eficacia simbólica del derecho*, Bogotá, Debate, 2014.
- INSIGNARES GÓMEZ, Roberto, Mary Claudia SÁNCHEZ PEÑA, “Los principios constitucionales del sistema tributario”, en *Curso de derecho tributario, procedimiento y régimen sancionatorio*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2010.
- KALMANOVITZ KRAUTER, Salomón, *Constitución y modelo económico*. Bogotá, Banco de la República, 2001.
- LOZADA, Marcelo, *La Corte Constitucional colombiana en el contexto de la fragmentación del derecho internacional: desafíos y posibles alternativas para la recomposición*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2017 (en proceso de edición).
- PÉREZ PINZÓN, Álvaro Orlando, *Introducción al derecho penal*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2005.
- PRIETO-RÍOS, Enrique Alberto, “BIT y la Constitución colombiana de 1991: internacionalización de la economía dentro de un Estado Social de Derecho”, *Revista Estudios Socio-Jurídicos*, vol. 13, núm.1, Bogotá, 2011, pp. 109-143.
- QUINCHE RAMÍREZ, Manuel, *Derecho constitucional colombiano*, Bogotá, Temis, 2015.
- SANTAELLA QUINTERO, Héctor, “El modelo económico en la Constitución de 1991”, *Revista Derecho del Estado*, núm. 11, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2001.
- SANTAELLA QUINTERO, Héctor, *El régimen constitucional de la propiedad privada y su garantía en Colombia: análisis fundamentado en el estudio de la garantía de la propiedad privada en los ordenamientos constitucionales alemán y español*, Madrid, 2010. Disponible en: https://repositorio.uam.es/bitstream/handle/10486/5246/33749_santaella_quintero_hector.pdf?sequence=1.
- SANTIAGO JUÁREZ, Mario, *Igualdad y acciones afirmativas*, México, UNAM, 2007.
- UCKMAR, Víctor, *Principios comunes del derecho constitucional tributario*, Bogotá, Temis, 2002.
- VILLAR BORDA, Luis, “Estado de derecho y Estado social de derecho”, *Revista Derecho del Estado*, núm. 20, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2007.
- WIELAND, Carsten, “¿Colombia en el camino hacia una economía social de mercado?”, *Serie Reportajes Internacionales*, Bogotá, Konrad-Adenauer-Stiftung, 2008.

Jurisprudencia de la Corte Constitucional

Sentencia C-358 de 1996, M. P. Carlos Gaviria Díaz y José Gregorio Hernández Galindo.

- C-371/2000, M. P. Carlos Gaviria Díaz.
C-150/2003, M. P. Manuel José Cepeda Espinosa.
C-865/2004, M. P. Rodrigo Escobar Gil.
C-750/2008, M. P. Clara Inés Vargas Hernández.
C-031/2009, M. P. Humberto Antonio Sierra Porto.
C-608/2010, M. P. Humberto Antonio Sierra Porto.
C-121/2012, M. P. Luis Ernesto Vargas Silva.
C-199/2012, M. P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.
C-644/2012, M. P. Adriana María Guillen Arango.
C-368/2014, M. P. Alberto Rojas Ríos.
C-163/2015, M. P. Martha Victoria Sáchica Méndez.
C-601/2015, M. P. Jorge Iván Palacio Palacio.
C-035/2016, M. P. Gloria Stella Ortiz Delgado.
C-178/2016, M. P. María Victoria Calle Correa.
C-184/2016, M. P. Gloria Stella Ortiz Delgado.
C-191/2016, M. P. Alejandro Linares Cantillo.
C-203/2016, M. P. Alberto Rojas Ríos.
C-359/2016, M. P. Luis Guillermo Guerrero Pérez.
C-389/2016, M. P. María Victoria Calle Correa.
C-620/2016, M. P. María Victoria Calle Correa.
C-634/2016, M. P. Luis Ernesto Vargas Silva.
C-032/2017, M. P. Alberto Rojas Ríos.
C-077/2017, M. P. Luis Ernesto Vargas Silva.
C-133/2017, M. P. Luis Ernesto Vargas Silva.
T-629/2010, M. P. Juan Carlos Henao Pérez.
T-058/2014, M. P. Nilson Pinilla Pinilla.
T-736/2015, M. P. Gloria Stella Ortiz Delgado.
T-594/2016, M. P. Gloria Stella Ortiz Delgado.
T-599/2016, M. P. Luis Ernesto Vargas Silva.
T-676/2016, M. P. Alejandro Linares Cantillo.
T-073/2017, M. P. Jorge Iván Palacio Palacio.
SU-133/2017, M. P. Luis Ernesto Vargas Silva.

VOLVER A LA TABLA DE CONTENIDO

Alexander Espinoza* (Venezuela)
Jhenny Rivas Alberti** (Venezuela)

El efecto en espiral del modelo de *economía socialista* y el control judicial de la intervención del Estado en la economía

RESUMEN

La Constitución económica puede ser un parámetro de control adecuado para la revisión del panorama general de políticas del Estado, tal como debió haberse establecido en relación con el modelo de economía socialista en Venezuela. También puede tener una función complementaria, en los casos en que el derecho de libertad no resulte suficiente para establecer la contrariedad a derecho de una política económica que produzca serias distorsiones en la economía. Finalmente, pueden tomarse en cuenta los efectos mediatos de la intervención del Estado en la economía sobre el disfrute de los derechos sociales. Encontraremos relaciones complejas entre el ámbito protegido por los derechos de libertad con respecto a la crisis de los derechos sociales. La afectación de los derechos de propiedad y libertad económica ha dado lugar a la falta de condiciones para el disfrute de los derechos sociales, impactando el sistema democrático, hasta la reciente consolidación de un régimen totalitario.

Palabras clave: Constitución económica, libre mercado, derechos sociales.

ZUSAMMENFASSUNG

Die Wirtschaftsverfassung kann als angemessener Kontrollparameter für die Überprüfung der staatlichen Politik im Allgemeinen herangezogen werden, so wie es im Hinblick auf das sozialistische Wirtschaftsmodell Venezuelas hätte festgestellt sein müssen. Ihr kommt außerdem eine komplementäre Rolle in den Fällen zu, in denen die Freiheitsrechte nicht ausreichen, um die Rechtswidrigkeit einer Wirtschaftspo-

* Doctor y *Magister Legum* de la Universidad de Passau, Alemania. Docente de la Universidad Central de Venezuela. estudiosconstitucionales34@gmail.com

** Doctora de la Universidad de Zaragoza (España). Docente de la Universidad Católica Andrés Bello. jhennyrial26@yahoo.es

litik zu begründen, die schwerwiegende wirtschaftliche Verwerfungen verursacht. Schließlich können auch die mittelbaren Auswirkungen der staatlichen Eingriffe in die Wirtschaft auf die Inanspruchnahme von sozialen Rechten in Betracht gezogen werden. Dabei stoßen wir auf komplexe Beziehungen inszwischen der Freiheitsrechten und die Erfüllung der soziale Grundrechte. Die Beschneidung des Rechts auf Eigentum und freie wirtschaftliche Betätigung hat dazu geführt, dass die Bedingungen für die Inanspruchnahme von sozialen Rechten nicht mehr vorliegen, wodurch das demokratische System beschädigt wurde, bis zur kürzlichen Konsolidierung eines totalitären Regimes.

Schlagwörter: Wirtschaftsverfassung, freier Markt, soziale Rechte.

SUMMARY

The economic constitution can constitute an appropriate control parameter for the review of the general panorama of State policies, as should have been established in relation to the socialist economic model in Venezuela. It can also have a complementary function, in cases in which the right to freedom is not sufficient to establish opposition to the right to an economic policy that produces serious distortions in the economy. Finally, the medium-term effects of the State's intervention in the economy on the enjoyment of social rights can be taken into account. We will find complex relationships between the sphere protected by the rights to freedom and the crisis of social rights. The burden on property rights and economic freedom has led to a lack of conditions for the enjoyment of social rights, impacting the democratic system, until the recent consolidation of a totalitarian regime.

Key words: Economic constitution, free market, social rights.

Introducción

El presente trabajo tiene por objeto determinar si, y en qué medida, el concepto de “Constitución económica” puede ser de utilidad como parámetro de control de políticas con impacto económico que hubieran producido una grave ruptura del equilibrio entre el Estado y el mercado. Analizaremos los efectos de la intervención del Estado y las complejas relaciones entre los derechos de propiedad y libertad, los derechos sociales, el ejercicio del poder del Estado y la democracia, en el marco del sistema económico venezolano de los últimos años.

Como punto de partida nos proponemos delimitar el contenido y alcance de la noción de Constitución económica, a la luz de la doctrina de Alemania y Venezuela. Realizaremos un estudio comparativo entre estos sistemas jurídicos, en razón de que el origen del concepto es atribuido a la Constitución de Weimar,¹ especialmente en

¹ Raúl Chanamé Orbe, “Constitución Económica”, *Derecho & Sociedad*, núm. 40, p. 44; “Exégesis de la Constitución económica”, *Revista oficial del Poder Judicial*, año 3, núm. 5, 2009,

cuanto a su neutralidad, y autores como Carl Schmitt son considerados precursores en su desarrollo.²

Trataremos de determinar si, y en qué medida, el concepto normativo de la Constitución económica puede ser utilizado como un parámetro de control de políticas globales referidas a la imposición de un modelo socialista en Venezuela.

En la parte especial estudiaremos dos sectores de la economía venezolana que han sido objeto de una fuerte intervención por el Estado.

La imagen de un desarrollo de eventos en espiral nos permite hacer gráfica una situación, en la que la afectación excesiva de la libertad produce efectos de distorsión en el mercado, el cual ya no se rige por la libertad de oferta y demanda. En este proceso se dificulta la producción y la prestación de servicios, al punto de generar escasez e inflación; esto afecta a consumidores y usuarios, tan gravemente que se imposibilita el disfrute de los derechos sociales y se genera una crisis socioeconómica que sirve de excusa para la atribución y concentración de poderes ilimitados en manos del Gobierno, y que facilita la manipulación y el control de la población en la imposición por la fuerza de un régimen dictatorial.

1. La Constitución económica

Desde el punto de vista formal, el término de Constitución económica se define como los principios fundamentales del orden económico y de la política económica, así como las competencias y los procedimientos de la política y la administración económica, establecidos en la Constitución.³

Desde el punto de vista material, el concepto puede encontrarse referido a un determinado modelo económico, bien liberal de mercado o bien de administración económica centralizada, en cuyo caso se trataría de una decisión acerca del sistema económico, y no de un simple conjunto de normas.⁴

p. 253. Disponible en: <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechosociedad/article/view-File/12788/13345>; Christian Viera Álvarez, Jaime Bassa Mercado, Juan Carlos Ferrada Bórquez, "Una aproximación a la idea de 'Constitución económica' y sus alcances en la Constitución chilena", *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núm. 149, 2017, pp. 325-359. Disponible en: <https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/derecho-comparado/article/view/5000/6351>; Luis Carlos Fernández-Espinar y López, "Constitución y sistema económico", *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 6, núm. 18, 1986, p. 234. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/2011992.pdf>

² Carl Schmitt, *La defensa de la Constitución. Estudio acerca de las diversas especies y posibilidades de salvaguardia de la Constitución*, Madrid, Tecnos, 1983, pp. 161 y ss.

³ Peter Badura, *Wirtschaftsverfassung und Wirtschaftsverwaltung: Ein exemplarischer Leitfaden*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2005, p. 8.

⁴ Jürgen Basedow, *Von der deutschen zur europäischen Wirtschaftsverfassung*, Tübingen, Mohr Siebeck, 1992, p. 7.

En términos similares a la Constitución de Weimar,⁵ las constituciones venezolanas de 1947, 1961 y 1999 contienen una regulación expresa de la economía. En cambio, la Ley Fundamental de Bonn, de 1949, prescindió de un capítulo relativo a la vida económica, aún cuando contiene numerosas declaraciones, garantías, derechos y libertades, con relevancia desde el punto de vista de la Constitución económica.⁶

También encontraremos coincidencias desde el punto de vista de la neutralidad y flexibilidad de la Constitución económica. El Tribunal Federal Constitucional de Alemania ha dejado claro que el constituyente no habría asumido una decisión a favor de un determinado sistema económico.⁷ Esto significa que la conformidad con determinado sistema económico o con determinada política económica no constituye un argumento relevante para la determinación de la constitucionalidad de una ley.⁸

Sin embargo, el principio de la amplia libertad de evaluación del legislador en la política económica⁹ no supone una plena libertad de este, sino que, en definitiva, solo es admisible un modelo basado en los principios del mercado, la libre competencia, la igualdad y la autonomía privada.¹⁰

En Venezuela predomina el criterio de la Constitución económica flexible, el cual deja un amplio margen de configuración, pero también establece límites.¹¹ En todo caso, la regulación de la Constitución económica permitiría excluir los sistemas económicos extremos. Tanto un sistema de economía de mercado puro como un sistema de economía planificada por el Estado serían contrarios a la Constitu-

⁵ Peter M. Huber, "Öffentliches Wirtschaftsrecht", en Schoch (ed.), *Besonderes Verwaltungsrecht*, 2013, párrafo 18.

⁶ *Ibid.*, párrafo 21.

⁷ BVerfGE 4, 7/17 – Investitionshilfe.

⁸ Esta también sería la posición dominante en la doctrina de habla hispana. Con abundantes referencias, Ramsis Ghazzaoui, "Consideraciones en torno a la garantía constitucional de la expropiación y el derecho de propiedad", *Revista de Derecho Administrativo*, núm. 14, 2014, p. 365. Disponible en: <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoadministrativo/article/view/13457/14084>

⁹ Fritz Rittner, Meinrad Dreher, *Europäisches und deutsches Wirtschaftsrecht: eine systematische Darstellung*, Heidelberg, C.F. Müller, 2008, párrafo 61; Wolfgang Durner, "§11 Wirtschaftsverfassung", en Ehlers/Fehling/Pünder (coord.), *Besonderes Verwaltungsrecht: Band 1 Öffentliches Wirtschaftsrecht*, Heidelberg, C.F. Müller, 2012, p. 62.

¹⁰ Fritz Rittner, Meinrad Dreher, *Europäisches und deutsches Wirtschaftsrecht: eine systematische Darstellung*, Heidelberg, C.F. Müller GmbH, 2008, párrafo 63.

¹¹ Alfredo De Stefano Pérez, "La Constitución económica y la intervención del Estado en la economía", en *El Estado constitucional y el derecho administrativo en Venezuela. Libro homenaje a Tomás Polanco Alcántara*, Caracas, Instituto de Derecho Público UCV, 2005, p. 266. También en este sentido, José Ignacio Hernández G., "Libertad de empresa y Ley de Costos y Precios Justos", en Claudia Nikken (coord.), *Ley de Costos y Precios Justos*, Caracas, Editorial Jurídica Venezolana, 2012, p. 261. Similar posición fue sostenida por PLENO-CSJ 15/12/1998 Exp. 0827 consultada parcialmente el 10/02/2017. Disponible en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/febrero/117-060201-00-0827%20.HTM>

ción.¹² Más adelante podremos determinar si esta afirmación puede tener alguna aplicación práctica.

2. El modelo socialista en Venezuela

En criterio de Brewer-Carías, el Estado totalitario ha logrado la material eliminación de la libertad económica y de la garantía del derecho de propiedad, que ha dado como resultado la configuración de un Estado comunista, burocrático, acaparador de la totalidad de la actividad económica, basado en un sistema de capitalismo de Estado, populista, comunal y del poder popular, y clientelar.¹³

En 2007, el Primer Plan Socialista se caracterizó por un proceso de expropiaciones y confiscaciones. Además, se crearon nuevas empresas y entes públicos. Se ampliaron las facultades del Gobierno para ejercer controles de precios, de ganancias y sobre la distribución de bienes de producción.¹⁴

En diciembre de 2007 fue rechazado en *referéndum* el proyecto de reforma constitucional presentado a iniciativa del presidente.¹⁵ El proyecto de reforma pretendía la sustitución del Estado social y democrático de derecho y de justicia, por el de

¹² Georg von Wangenheim, "Sie denken anders – Verfassungsökonomik und Verfassungsrecht", en Andreas Hüanlein, Alexander Roßnagel, *Wirtschaftsverfassung in Deutschland und Europa. Festschrift für Bernhard Nagel*, Kassel, Kassel University Press, 2011, p. 416; Allan R. Brewer-Carías, "Reflexiones sobre la Constitución Económica", en *Revista de Derecho Público*, núm. 43, 1990, p. 5. Una interpretación similar es la contenida en la exposición de motivos de la Constitución venezolana vigente de 1999.

¹³ Allan R. Brewer-Carías, "El Estado de derecho como fundamento constitucional del derecho administrativo. Problemas en el Estado autoritario", ponencia preparada para el XIII Congreso Iberoamericano de Derecho Administrativo, sobre "El derecho fundamental a la buena administración", Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo y la Universidad Panamericana, México, 29 de septiembre a 3 de octubre de 2014. Disponible en: <http://allanbrewercarias.com/Content/449725d9-f1cb-474b-8ab2-41efb849fea2/Content/I,%201,%201086.%20El%20estado%20de%20derecho%20Y%20derecho%20administrativo.%20Problemas%20en%20el%20estado%20Totalitario.%20FIDA%202014.pdf>; Francisco José Virtuoso, "Prólogo", en Ronald Balza Guanipa (coord.), *Economía, política y sociedad 2015 - Venezuela*, Caracas, Fundación Konrad Adenauer y Universidad Católica Andrés Bello, 2015, p. 10; Luis Zambrano Sequín, "Notas sobre las reformas económicas para el crecimiento y el rol de las instituciones", en Ronald Balza Guanipa (coord.), *Economía, política y sociedad 2015 - Venezuela*, Caracas, Fundación Konrad Adenauer y Universidad Católica Andrés Bello, 2015, p. 77. Disponible en: www.kas.de/wf/doc/kas_41503-1522-1-30.pdf?150617211345; Víctor Olivo, "La economía venezolana 2003-2013: los graves efectos de la indisciplina macroeconómica y la destrucción del sistema de precios", en Ronald Balza Guanipa (coord.), *Economía, política y sociedad 2015 - Venezuela*, Caracas, Fundación Konrad Adenauer y Universidad Católica Andrés Bello, 2015. Disponible en: www.kas.de/wf/doc/kas_41503-1522-1-30.pdf?150617211345.

¹⁴ Virtuoso, *op. cit.*, p. 10.

¹⁵ Allan R. Brewer-Carías, *La reforma constitucional en Venezuela de 2007 y su rechazo por el poder constituyente originario*, p. 1. Disponible en: <http://www.allanbrewercarias.com/Content/449725d9-f1cb-474b-8ab2-41efb849fea2/Content/I,%201,%2010972.%20La%20>

un Estado socialista.¹⁶ En el proyecto se pretendía eliminar la libertad económica.¹⁷ La prohibición de monopolios sería aplicable solo a los particulares y no al Estado. El proyecto sustituía en términos restrictivos el ámbito de protección de la propiedad privada.

En el Segundo Plan Socialista, propuesto en 2012, se consolida el régimen de planificación centralizada de la economía y se marginaliza más la libertad de mercado.¹⁸

Esta categoría de actos formales, que tienen por objeto establecer un sistema de economía dirigida, pueden ser objeto de control por la infracción del modelo de Constitución económica contenido en la Constitución de 1999.¹⁹

3. La Constitución económica como parámetro de control

3.1. Directrices generales sobre el sistema económico

En la medida en que el régimen socioeconómico previsto en la Constitución proscribía las ideologías extremas, el mismo puede ser idóneo para establecer si el panorama general de políticas del Estado es o no conforme a la Constitución.²⁰

Ejemplo de tales directrices generales sobre el sistema económico que podrían ser contrarias al principio de Constitución económica sería la reserva, por parte del

rechazada%20reforma%20constitucional%20de%202007%20por%20el%20poder%20constituyente%20originario.pdf.

¹⁶ Voto salvado del magistrado Jesús Eduardo Cabrera a la Sentencia SCON-TSJ 27/11/2007 Exp. 07-1672. Disponible en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/noviembre/2202-271107-07-1672.HTM>

Ver también Brewer-Carías, *op. cit.*, p. 12. Disponible en: <http://www.allanbrewercarias.com/Content/449725d9-f1cb-474b-8ab2-41efb849fea2/Content/I,%20201,%20972.%20La%20rechazada%20reforma%20constitucional%20de%202007%20por%20el%20poder%20constituyente%20originario.pdf>.

¹⁷ *Ibid.*, p. 65. Ver también el voto salvado del magistrado Jesús Eduardo Cabrera a la Sentencia SCON-TSJ 27/11/2007 Exp. 07-1672.

¹⁸ Virtuoso, *op. cit.*, p. 10.

¹⁹ En términos similares, ver Juan Domingo Alfonso Paradisi, *La Constitución económica establecida en la Constitución de 1999 (sistema de economía mixta o economía social de mercado) y la Ley Orgánica del Sistema Económico Comunal (sistema socialista)*. Disponible en: <https://www.uma.edu.ve/admini/ckfinder/userfiles/files/La%20Constitucion%20Economic%20y%20la%20LOSEC%20Seminario%20INAP%202012.pdf>; “La Constitución económica establecida en la Constitución de 1999, el sistema de economía social de mercado y el Decreto 6.071 con rango, valor y fuerza de Ley Orgánica de seguridad y soberanía agroalimentaria”, *Revista Derecho Público*, núm. 115, 2008, p. 403. Disponible en: http://www.ulpiano.org.ve/revistas/bases/artic/texto/RDPUB/115/rdpub_2008_115_395-415.pdf.

²⁰ Esta tesis parece ser conforme a la posición de Brewer-Carías en el sentido que, además de su contenido político, las constituciones contemporáneas formulan jurídicamente una Constitución económica para regular la totalidad de la actividad económica: Brewer-Carías, *op. cit.*, 1990, p. 6.

Estado, de “determinadas” actividades económicas, capaz de conducir a una estatización general de la economía;²¹ o la previsión de un modelo basado en la erradicación de la propiedad privada sobre los factores de producción.²²

3.2. Actos de aplicación de una ideología económica

Tendríamos que desestimar la aplicación de la Constitución económica como parámetro de control para la revisión de medidas económicas individuales. Esta tarea corresponde, en primera línea, a los derechos fundamentales, así como a otras disposiciones especiales contenidas en la Constitución, lo cual es simplemente consecuencia del principio de aplicación preferente de la norma especial sobre la norma general.

Ejemplo de tales medidas económicas individuales puede ser el de una limitación de la libertad económica basada en razones de interés social, que resulte contraria a los principios de justicia social, que implique la disminución del nivel de ingresos de la población o un debilitamiento de la economía del país, o que sea discriminatoria;²³ así como la privatización de la empresa Petróleos de Venezuela (PDVSA).²⁴

3.3. Aplicación complementaria

Una tercera variante podría estar constituida por la función complementaria del régimen socioeconómico a que alude el artículo 299 de la Constitución, incluso más allá del ámbito de protección del derecho fundamental en juego. Podríamos tomar, por ejemplo, el caso de una política sistemática de expropiaciones en las cuales el Estado hubiera cumplido todas las garantías del derecho de propiedad; o el caso de limitaciones generales a la libertad económica, cuyo sacrificio hubiera sido compensado a través de una indemnización económica. En tales casos, el derecho de libertad no sería suficiente para establecer la contrariedad a derecho de una política económica que, sin embargo, produce serias distorsiones en la economía.

En la jurisprudencia colombiana encontramos algunos ejemplos de la función complementaria del régimen socioeconómico como parámetro de control de constitucionalidad. En materia de protección de la producción interna, la Corte Constitucional de Colombia advirtió que el proceso de reestructuración de una Caja de Crédito Agrario podría, eventualmente, traducirse en una violación de la obligación

²¹ *Ibid.*, p. 15.

²² José Ignacio Hernández G., “Libertad de empresa y Ley de Costos y Precios Justos”, en Claudia Nikken (coord.), *Ley de Costos y Precios Justos*, Caracas, Jurídica Venezolana, 2012, p. 264.

²³ Brewer-Carías, *op. cit.*, 1990, p. 11.

²⁴ Hernández, *op. cit.*, p. 264.

de proteger la producción doméstica de alimentos, en el evento en que ese proceso conllevara una restricción del crédito agrícola de tal magnitud, que desestimulara la actividad productiva en curso o proyectos de inversión futuros.²⁵

3.4. Los efectos mediatos en los derechos sociales

Finalmente, podemos reconocer un cuarto mecanismo de control derivado de la consideración de los efectos mediatos de la intervención del Estado en la economía, sobre el disfrute de los derechos sociales. Como veremos más adelante, en el desarrollo del ámbito de protección de ciertos derechos sociales en el ámbito internacional han sido reconocidas ciertas características cuya realización solo resulta posible en el marco de un mercado de libre oferta y demanda. Pues bien, al momento de evaluar la conformidad con el derecho de determinados actos del poder público, el juez debe tomar en consideración la eventual afectación mediata pero intencional de tales derechos, tal como veremos en el análisis siguiente.

4. Libertad, solidaridad, mercado y democracia

La aplicación de los principios del Estado social y del Estado liberal de derecho nos lleva generalmente al planteamiento de un conflicto normativo, el cual deriva de la distinta naturaleza del contenido del derecho. En teoría, la afectación de los derechos de libertad debería ser directamente proporcional al efectivo cumplimiento de los derechos prestacionales,²⁶ e inversamente proporcional al crecimiento de la desigualdad social y a los índices de pobreza. En esta clasificación se considera que los derechos prestacionales son “la contrapartida exacta” de los derechos de libertad.²⁷

No obstante, el caso venezolano permite observar relaciones complejas entre el ámbito protegido por los derechos de libertad, especialmente el derecho de propiedad y de libertad económica, con respecto a la crisis de los derechos sociales, que no se plantean en los términos tradicionales de conflicto, sino que la infracción de los primeros ha dado lugar al incumplimiento de los segundos, en una acelerada espiral. En este esquema participan múltiples factores, tales como los elevados niveles de corrupción e ineficiencia.

Utilizaremos la imagen de un desarrollo de eventos en espiral para hacer gráfica una situación en la que los factores que intervienen intercambian sucesivamente la cualidad de causa y efecto de la acción: la afectación excesiva de la libertad produce

²⁵ Sentencia C-074/1993.

²⁶ También en este sentido, Hernández G., *op. cit.*, p. 263.

²⁷ Robert Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002, p. 427.

efectos de distorsión en el mercado, el cual ya no se rige por la libertad de oferta y demanda. En este proceso se dificulta la producción y la prestación de servicios, al punto de generar escasez e inflación; esto afecta a consumidores y usuarios, tan gravemente, que se imposibilita el disfrute de los derechos sociales, y se genera una crisis socioeconómica que sirve de excusa para la atribución y concentración de poderes ilimitados en manos del Gobierno, la cual facilita la manipulación y el control de la población en la imposición por la fuerza de un régimen dictatorial.

Una visión panorámica más clara puede observarse, por ejemplo, en el mercado inmobiliario; la excesiva protección de los inquilinos deja sin alternativas a quienes buscan nuevas viviendas. En materia de alimentos, la distorsión del libre mercado afecta las garantías de disponibilidad previa, accesibilidad y adecuación de la alimentación.

A los efectos del análisis de constitucionalidad, la primera acción puede ser objeto de control a la luz de los derechos de propiedad y libertad económica. Sin embargo, en teoría, es aún posible que los mismos resultados hubieran sido logrados con el cumplimiento de las garantías de previsibilidad, compensación en especie e indemnización. Es aquí donde puede ser de utilidad la incorporación de intereses generales tales como el desarrollo armónico de la economía nacional o la estabilidad económica. Ello es especialmente válido en el caso de derechos sociales, cuyo disfrute solo es posible en el marco de una economía de libre mercado.

Con esto entramos en un terreno que tradicionalmente permanece en manos de la política económica, excluido del control judicial. Especialmente difícil podría resultar alcanzar cierto grado de certeza, en un ambiente complejo, por la intervención de múltiples factores externos y debido al carácter mediato de la afectación de los derechos sociales. Pero podría resultar de utilidad la aplicación de las teorías sobre la “afectación fáctica o mediata de los derechos fundamentales” desarrollada en Alemania, en el contexto de advertencias por parte del Estado.

Según tal teoría, la densidad de la cadena causal puede ser considerada suficiente, a pesar de la pluralidad de estaciones causales, cuando existe la intención de ocasionar el resultado lesivo del derecho.²⁸ No solo es relevante si la medida puede producir consecuencias graves, sino además que tales consecuencias hubieran sido previsibles.²⁹ La previsibilidad de los efectos mediatos o colaterales también es utilizada en el derecho penal, al momento de determinar la intencionalidad del agente.

Finalmente, los mecanismos derivados del principio del Estado democrático no han demostrado un efecto favorable a los intereses de las mayorías. La creciente dependencia de diversos sectores sociales de las políticas públicas convierte la pobreza y el hambre en un mecanismo de control social. Esta tarea es complementada con políticas de represión policial y de disminución de libertades democráticas.³⁰

²⁸ BVerwGE 90, 112/120

²⁹ BVerwG, U.v. 23.5.1989, NJW 1989, 2272/2273.

³⁰ Al respecto, ver Amartya Sen, *Desarrollo y libertad*, Barcelona, Planeta, 2000, p. 250.

Ejemplo de ello es un registro denominado “carnet de la patria”, en el cual debían ser inscritos los beneficiarios de todos los planes sociales. Varios funcionarios y actores políticos amenazaron abiertamente a sus titulares, en caso de no acudir a las elecciones de miembros de la Asamblea Nacional Constituyente, de 30 de julio de 2017. En caso de abstenerse no continuarían recibiendo beneficios sociales. La Asamblea Nacional Constituyente de 2017 ha sido considerada internacionalmente como la consolidación de un régimen dictatorial en Venezuela.

5. Parte especial

En las siguientes líneas procuraremos demostrar una cadena de causalidad entre la afectación de derechos de libertad y la distorsión del mercado, hasta la afectación mediata de derechos sociales, para finalmente imponer un régimen dictatorial en sustitución de la democracia formal. La evolución de los mercados inmobiliario³¹ y alimentario³² demuestra claramente este desarrollo. Por razones de espacio omitiremos otras áreas, pero consideramos que igual tendencia podría encontrarse en materia del mercado de medicinas y servicios, con respecto al derecho a la salud; en instituciones de educación privada, con respecto al derecho a la educación; en materia de libertad de empresa, con respecto a la oferta en el mercado laboral, etc.

5.1. Evolución del mercado inmobiliario

5.1.1. *La intervención del Estado en el mercado de arrendamientos*

Como punto de partida del análisis podemos observar las siguientes medidas, en una regulación cada vez más intervencionista en materia de arrendamiento de viviendas:

- i) La Ley de 1999 estableció el plazo de seis meses para la entrega del inmueble, a partir de la sentencia de desalojo. La Sala Constitucional consideró que tal medida se encontraría justificada con base en la realidad social de la época.³³

³¹ La materia inmobiliaria ha tenido un lugar importante en la política venezolana reciente. La crisis fue utilizada como justificación de leyes habilitantes y de decretos de emergencia que incrementaron el control del poder en el presidente de la República. La adjudicación discriminatoria de viviendas y la esperanza de obtener una vivienda fue una herramienta de control político.

³² La crisis alimentaria en Venezuela ocupa el primer lugar en los problemas de los habitantes. Aquí también ha tenido un papel demagógico para justificar la intervención en la economía, e importantes efectos políticos.

³³ SCON-TSJ 28/06/2005 Exp. 00-1789.

- ii) En 2011 se estableció la obligación de las constructoras de destinar un porcentaje de viviendas para el arrendamiento. Se dispuso el deber de los propietarios de ofertar en venta al arrendatario.
- iii) En 2010, la Asamblea Nacional autorizó al presidente para dictar decretos-ley, entre otros, en el ámbito de la vivienda y hábitat.³⁴
- iv) El Ejecutivo dictó un decreto-ley contra el desalojo de viviendas,³⁵ el cual prohibió la ejecución forzosa, a menos que se garantice el destino habitacional de la parte afectada. Tales medidas fueron avaladas por la Sala Constitucional,³⁶ aun cuando admitió que la ley era capaz de generar una situación de anarquía judicial.³⁷
- v) En 2015, ante la incapacidad del órgano administrativo competente, la Sala Constitucional ordenó al Ministerio competente, revisar y brindar solución integral, para efectuar las reubicaciones de los inquilinos afectados por medidas de desalojo.³⁸
- vi) En el mismo fallo, la Sala Constitucional acordó suspender los desalojos forzosos, mientras la Superintendencia Nacional de Arrendamiento de Vivienda (Sunavi) provea refugio o solución habitacional, o se determine que el arrendatario tiene un lugar dónde habitar.

5.1.2. *La reserva de actividades asociadas*

Las industrias del cemento y de la transformación del mineral del hierro en la región de Guayana fueron objeto de estatización en Venezuela.

- i) La estatización de la industria del cemento se inició mediante la declaratoria del cemento como bien de primera necesidad, contenida en Decreto de 17 de noviembre de 2006.³⁹
- ii) En el 2007, el Estado decidió asumir el control de la industria del cemento con el objetivo de implantar un modelo productivo socialista.
- iii) La actividad cementera fue reservada por el Estado, mediante Decreto-Ley del 18 de junio de 2008⁴⁰ y avalada por la Sala Constitucional.⁴¹

³⁴ *Gaceta Oficial* 6.009 Extraordinario.

³⁵ *Gaceta Oficial* 39.668 del 6 de mayo de 2011.

³⁶ SCON-TSJ 03/08/2011, Exp. 10-1298. Criterio reiterado en SCON-TSJ 20/03/2014 Exp. 12-0634. Disponible en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/agosto/1317-3811-2011-10-1298>. HTML

³⁷ SCON-TSJ 03/10/2014, Exp. 13-0482; SCON-TSJ 11/03/2016, Exp. 2015-1327.

³⁸ SCON-TSJ 17/08/2015, Exp. 15-0484.

³⁹ *Gaceta Oficial* 38.567 del 20 de noviembre de 2006.

⁴⁰ *Gaceta Oficial* 5.886 Extraordinario.

⁴¹ SCON-TSJ 13/06/2008, Exp. 08-0695; SCON-TSJ 16/10/2013, Exp. 13-0664.

iv) Mediante decreto-ley, el Estado venezolano se reservó la industria de la transformación del mineral del hierro en la región de Guayana. La Sala Constitucional avaló el carácter estratégico de dicha actividad.⁴²

La producción de cemento ha descendido considerablemente, y ha llegado a estar en sus mínimos históricos.⁴³

5.1.3. La expropiación

La figura de la expropiación ha sido aplicada sistemáticamente con infracción de las garantías legales y constitucionales, en especial a través de la deslegalización de la declaratoria de utilidad pública y social, la ocupación previa mediante vías de hecho,⁴⁴ sanciones administrativas aplicadas con desviación de poder,⁴⁵ y medidas cautelares innominadas, en infracción de las garantías de la ocupación previa en la ley especial.⁴⁶

i) En 2008 se declaró de utilidad pública e interés social “todos los bienes y servicios susceptibles de ser empleados en la planificación, producción y consumo en materia de vivienda y hábitat”.

Esta disposición constituye una deslegalización contraria al principio de reserva legal del derecho de propiedad.⁴⁷ La jurisprudencia venezolana no comparte tal criterio.⁴⁸

⁴² SCON-TSJ 08/05/2008, Exp. 08-0515.

⁴³ Zouleyma Escala y Rafael Fernández, *El monopolio estatal del cemento. Relato de una crisis. Observatorio de Derechos de Propiedad*. Disponible en: http://paisdepropietarios.org/home/wp-content/uploads/2016/04/PDP_caso_cemento-1.pdf

⁴⁴ Ramsis Ghazzaoui, “Consideraciones en torno a la garantía constitucional de la expropiación y el derecho de propiedad”, *Revista de Derecho Administrativo*, núm. 14, Lima, Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2014, p. 381. Disponible en: <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoadministrativo/article/view/13457/14084>

⁴⁵ Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones. En el procedimiento entre Oi European Group B.V. (demandante) y República Bolivariana de Venezuela (demandada). Caso Ciadi Arb/11/25. Laudo, p. 512. Disponible en: <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw4209.pdf>

⁴⁶ CPCA 12/08/2010, Exp. AP42-X-2010-000017; CPCA 20/12/2010, Exp. AP42-X-2010-000025; CPCA 14/02/2011, Exp. AP42-X-2011-000001; CPCA 2012, Exp. AP42-S-2012-000004; CSCA 11/10/2012, Exp. AP42-S-2012-000005; CSCA 29/04/2013, Exp. AP42-W-2013-000001; CPCA 18/02/2013, Exp. AP42-S-2013-000001.

⁴⁷ Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), Democracia y derechos humanos en Venezuela, OEA/Ser.L/V/II. Doc. 54, 30 diciembre 2009, párrafo 982. Disponible en: <http://www.cidh.oas.org/pdf%20files/VENEZUELA.2009.ESP.pdf>; Ramsis Ghazzaoui, *op. cit.*, p. 374.

⁴⁸ SPA-TSJ 18/09/2014, Exp. 2011-0328; SPA-TSJ 29/04/2015, Exp. 2012-0802.

- ii) La cifra de los inmuebles que siguen en condición de ocupación temporal en el área metropolitana de Caracas se acerca a los 900.⁴⁹
- iii) Desde noviembre de 2010 la Alcaldía de Libertador obligó al sector hotelero de la Gran Caracas a albergar a 9.000 familias damnificadas por lluvias.
- iv) En nuestro criterio, era posible justificar una ocupación unilateral, por el tiempo estrictamente necesario para que la Administración asumiera una medida alternativa. No obstante, los afectados tenían derecho a una justa indemnización así como al restablecimiento de la situación jurídica infringida.⁵⁰

5.1.4. *La infracción mediata del derecho social a la vivienda*

Las medidas de intervención expuestas han generado una grave crisis en el mercado de viviendas.⁵¹ Si bien se habría brindado protección a quienes disponían de una vivienda en calidad de arrendatarios, sin embargo, con ello se ha producido una situación fáctica que hace imposible la tarea de quienes desean obtener una vivienda en arrendamiento. Las consecuencias colaterales no solo eran previsibles *ex ante*, sino que una vez que se han producido, no existe señal alguna de rectificación. Se trata claramente de un resultado intencional, en el cual la única fuente de viviendas es la muy escasa oferta de planes sociales, fuertemente ideologizados y de discriminación política.

5.2. La evolución del mercado agroalimentario

5.2.1. *La infracción de los derechos de libertad*

- i) La figura del rescate de tierras supone que todo terreno que no pueda demostrar titularidad anterior a 1848 se considera baldío y, por tanto, susceptible de ser invadido o “rescatado”.⁵²

⁴⁹ Observatorio de Derechos de Propiedad, *La propiedad y su defensa, un motor de lucha*, p. 8. Disponible en: http://paisdepropietarios.org/home/wp-content/uploads/2016/06/PDP_boletin23.pdf

⁵⁰ Alexander Espinoza, “Refugio de damnificados en hoteles”, *Revista Electrónica de Investigación y Asesoría Jurídica de la Asamblea Nacional*, núm. 2, 2016, p. 286. Disponible en: <http://www.estudiosconstitucionales.com/REDIAJ/286.pdf>.

⁵¹ Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observaciones finales sobre el tercer informe periódico de la República Bolivariana de Venezuela. E/C.12/VEN/CO/3 de 19 de junio de 2015, párrafo 25. Disponible en: <http://www.cofavic.org/wp-content/uploads/2015/06/Comit%C3%A9-DESC-Observaciones-Finales-al-Estadovenzolano.pdf>.

⁵² Fanny Migliore, *Producir carne en Venezuela. Un vía crucis más que un riesgo*, Caracas, Observatorio de Derechos de Propiedad. Disponible en: http://paisdepropietarios.org/home/wp-content/uploads/2016/03/PDP_caso_carne.pdf

Estas normas son contrarias a la Ley de Registro Público y del Notariado que consagra el carácter de documento público que surte plena fe frente a terceros, cuya nulidad solo puede ser declarada por los tribunales competentes.

- ii) Iniciado el procedimiento de rescate de tierras, la Administración puede intervenir las mismas.
La Sala Constitucional declaró la nulidad de la norma por la infracción del derecho de propiedad, por no haber proporcionalidad entre la intervención y el carácter ocioso o inculto de la tierra.⁵³
- iii) La Ley de 2010 suprime la condición de ociosa o inculta en el concepto de latifundio.
- iv) La Ley de 2010 exige la autorización del INTI para el registro de operaciones de compra-venta.
- v) A pesar de haber sido declarado inconstitucional,⁵⁴ se reeditó una norma que dispone que los ocupantes ilegales de las tierras susceptibles de rescate no podrán reclamar indemnización por las mejoras.
- vi) En 2016, el Ejecutivo promulgó un decreto de estado de emergencia económica en todo el territorio nacional, que profundiza el uso discrecional de medidas para afectar libertades fundamentales, sin controles por parte de los poderes públicos.⁵⁵

5.2.2. *La infracción del derecho social a la alimentación*

El contenido del derecho a la alimentación consta de varios elementos. En primer lugar, la accesibilidad, la cual exige la disponibilidad previa de alimentos, mediante sistemas de distribución, elaboración y de comercialización que funcionen adecuadamente y que puedan trasladar los alimentos desde el lugar de producción a donde sea necesario según la demanda.⁵⁶

- En Venezuela, la inaccesibilidad económica a los alimentos es severa por la alta inflación, la cual subió de 33,9 a 180,9% entre 2011 y 2015,⁵⁷ mientras que en 2017 podría llegar a 652%.

⁵³ SCON-TSJ 20/11/2002, Exp. 02-0311

⁵⁴ *Idem*.

⁵⁵ Hoja Informativa segundo ciclo de EPU Venezuela 2016.

⁵⁶ Julia Gifra y Susana Beltrán García, "El derecho humano a la alimentación y al agua", *Cuadernos de Estrategia*, 2007, p. 32.

⁵⁷ Hoja Informativa segundo ciclo de EPU Venezuela 2016.

- Los programas de la Misión Alimentación, sostenidos con importaciones y subsidios generalizados, presentan graves fallas.⁵⁸ Para 2014, 54% de los establecimientos de Mercal y 77% de PDVAL estaban inactivos.⁵⁹

Un elemento del derecho a la alimentación es la adecuación. Este elemento comprende que un individuo debe disponer de alimentos en cantidad y calidad suficientes.⁶⁰ La infracción de este principio puede observarse en los siguientes hechos:

- En 2014 se implementó un sistema por registro biométrico de huellas dactilares. En el estado Zulia fueron excluidas personas indígenas, al igual que extranjeros, la mayoría de nacionalidad colombiana.⁶¹
- En 2015 se estableció el sistema por terminal de cédula de identidad con el cual cada persona, solo un día por semana, puede comprar cantidades extremadamente limitadas de alimentos regulados.
- En 2016 se crearon los Comités Locales de Abastecimiento y Producción (CLAP) integrados por militantes del partido de Gobierno y de otras organizaciones afines, quienes venden productos previo registro, sin una periodicidad regular, controles ni criterios transparentes.⁶²

Los Estados deben prohibir inmediatamente la discriminación en el acceso a la alimentación y a los recursos conexos y adoptar medidas para erradicarla.⁶³ La infracción de este principio puede observarse en los siguientes hechos:

- En la página web del Ministerio de Alimentación se alude a la creación e integración de los CLAP: “Se escogen los responsables de Unamujer,⁶⁴ UBCH (unidades de batalla Bolívar- Chávez),⁶⁵ Frente Francisco de Miranda⁶⁶ y consejos comunales⁶⁷ que conforman esa instancia”. Se trata, pues, de una conformación no plural donde el partido de Gobierno y sus grupos afectos hacen mayoría y toman las principales decisiones.

⁵⁸ El 11 de agosto de 2010, al presentar su informe de gestión de 2009 ante la Asamblea Nacional, declaró que la fiscal general de Venezuela no le había entregado el acto conclusivo del caso PDVAL, por lo que no podía actuar.

⁵⁹ Hoja Informativa segundo ciclo de EPU Venezuela 2016.

⁶⁰ Gifra y Beltrán García, *op. cit.*, p. 32.

⁶¹ Hoja Informativa segundo ciclo de EPU Venezuela 2016.

⁶² *Idem.*

⁶³ Naciones Unidas, El derecho a una alimentación adecuada (art. 11): 12/05/99. E/C.12/1999/5, CESCR Observacion General 12 (General Comments), p. 21.

⁶⁴ Estructura asociada al partido de gobierno PSUV.

⁶⁵ *Idem.*

⁶⁶ El Frente Francisco de Miranda fue creado el 29 de junio del año 2003 en La Habana, Cuba, por Hugo Chávez y Fidel Castro Ruz, es una organización política vinculada al PSUV.

⁶⁷ Asociados al Ministerio del Poder Popular para la Alimentación.

- Los estados no pueden permitir que el nivel existente de ejercicio del derecho a la alimentación se deteriore a menos que haya fundadas circunstancias. La infracción de este principio puede observarse en los siguientes hechos:

El deterioro de la situación alimentaria, nutricional y de salud en Venezuela se ha profundizado durante el último trienio 2014-2016, con el surgimiento de fenómenos que expresan situaciones extremas de inseguridad alimentaria y hambre en toda la población, en especial en los grupos vulnerables.⁶⁸

Con arreglo al Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Pidesc) hay obligaciones que se considera que tienen efecto inmediato de cumplimiento de los niveles esenciales y mínimos de cada uno de los derechos, incluido el derecho a la alimentación. Son las llamadas obligaciones básicas mínimas.⁶⁹ La infracción de este principio puede observarse en los siguientes hechos:

- La alimentación de los venezolanos está severamente comprometida. Los indicadores biológicos muestran un incremento de la desnutrición en todas sus formas, de la desnutrición grave entre 2014-2016 y la pérdida de peso de la población en distintos estratos.⁷⁰

Es necesario que todos los alimentos existan en cantidad suficiente para responder a las necesidades de la población, además deben contribuir a satisfacer las necesidades fisiológicas en todas las etapas de la vida.⁷¹ La infracción de este principio puede observarse en los siguientes hechos:

- El abastecimiento de alimentos en Venezuela presenta una alta dependencia externa. Entre 2010-2014, casi 90% de los alimentos adquiridos por el Estado procedían de compras internacionales.⁷² Estas políticas debilitaron la producción agrícola y agropecuaria interna, hasta llegar a niveles extremos en 2015.⁷³

⁶⁸ Fundación Bengoa, *La situación alimentaria y nutricional en Venezuela omitida en el último reporte de la FAO*, p. 17. Disponible en: FundacionBengoa.org/noticias/2017/la-situacion-alimentaria-y-nutricional-en-venezuela-omitida-en-el-ultimo-reporte-de-la-fao.asp

⁶⁹ Eva Pio, "La seguridad alimentaria y el derecho a la alimentación en el mundo del siglo XXI", en *Agathos: atención sociosanitaria y bienestar*, año 4, núm. 3, pp. 4-15.

⁷⁰ Fundación Bengoa, *op. cit.*, p. 18; Caritas de Venezuela, *Línea basal de monitoreo centinela de la situación nutricional en niñas y niños menores de cinco años, Distrito Capital, Miranda y Zulia*, p. 16.

⁷¹ Banco Mundial, *Reposicionando la nutrición como prioridad para el desarrollo. Una estrategia para intervenciones de gran escala*, p. 200.

⁷² Hoja Informativa segundo ciclo de EPU Venezuela 2016.

⁷³ *Idem*.

También en este sector podemos afirmar la previsibilidad e intencionalidad de la disminución de la oferta privada, para generar una grave dependencia de planes sociales, fuertemente ideologizados y discriminatorios.

Bibliografía

- ALEXY, Robert, *Teoría de los Derechos Fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.
- ALFONZO PARADISI, Juan Domingo, *La Constitución económica establecida en la Constitución de 1999 (sistema de economía mixta o economía social de mercado) y la Ley Orgánica del Sistema Económico Comunal (sistema socialista)*. Disponible en: <https://www.uma.edu.ve/admini/ckfinder/userfiles/files/La%20Constitucion%20Economic%20y%20la%20LOSEC%20Seminar%20INAP%202012.pdf>.
- _____, La Constitución económica establecida en la Constitución de 1999, el sistema de economía social de mercado y el Decreto 6.071 con rango, valor y fuerza de Ley Orgánica de seguridad y soberanía agroalimentaria. *Revista Derecho Público*, núm. 115, 2008. Disponible en: http://www.ulpiano.org.ve/revistas/bases/artic/texto/RDPUB/115/rdpub_2008_115_395-415.pdf.
- BADELL MADRID, Rafael, “Fundamentos jurídicos de la regulación económica”, en *El principio de legalidad y el ordenamiento jurídico-administrativo de la libertad económica. VII Jornadas internacionales de Derecho Administrativo Allan Randolf Brewer-Carías*, t. II, Caracas, Funeda, 2005.
- BADURA, Peter, “Die Erfüllung öffentlicher Aufgaben und die Unternehmenszwecke bei der wirtschaftlichen Betätigung der öffentlichen Hand“, en von Münch (coord.), *Staatsrecht - Völkerrecht – Europarecht. Festschrift für Hans-Jürgen Schlochauer zum 75. Geburtstag am 28. März 1981*, Walter de Gruyter, 1981.
- _____, *Wirtschaftsverfassung und Wirtschaftsverwaltung: ein exemplarischer Leitfaden*, núm. 2, Auflage. Tübingen, Mohr Siebeck, 2005.
- _____, “Privatisierung von Aufgaben der Leistungsverwaltung. Die Ordnung der Freiheit”. Rainer GROTE, (coord.). *Festschrift für Christian Starck zum siebzigsten Geburtstag*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2007.
- BANCO MUNDIAL, *Reposicionando la nutrición como prioridad para el desarrollo. Una estrategia para intervenciones de gran escala*, Washington, BM, 2006.
- BREWER-CARÍAS, Allan R., “Reflexiones sobre la Constitución Económica”, en *Revista de Derecho Público*, núm. 43, 1990, pp. 5-16.
- _____, *La reforma constitucional en Venezuela de 2007 y su rechazo por el poder constituyente originario*. Disponible en: <http://allanbrewercarias.net/Content/449725d9-f1cb-474b-8ab2-41efb849fea8/Content/II,%204,%20568%20La%20rechazada%20reforma%20constitucional%20de%202007%20por%20el%20poder%20constituyente%20originario.pdf>

- _____, “El Estado de derecho como fundamento constitucional del derecho administrativo. Problemas en el Estado autoritario”. Ponencia preparada para el XIII Congreso Iberoamericano de Derecho Administrativo, sobre “El Derecho Fundamental a la Buena Administración”, tema 1: “Fundamentos constitucionales del Derecho Administrativo,” organizado por el Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo y la Universidad Panamericana, México, 29 de septiembre a 3 de octubre de 2014. Disponible en: <http://allanbrewercarias.net/site/wp-content/uploads/2016/06/doc.-856.-I-1-1086.-El-Estado-de-derecho-Y-derecho-administrativo.-Problemas-en-el-Estado-Totalitario.-FIDA-2014.pdf> <consultada el 11/08/2017
- CARITAS DE VENEZUELA, *Línea basal de monitoreo centinela de la situación nutricional en niñas y niños menores de cinco años, Distrito Capital, Miranda y Zulia*, Venezuela, Caritas, 2016.
- CASAL, Jesús María, “Libertad económica y derechos fundamentales”, VV.AA., “El principio de legalidad y el ordenamiento jurídico-administrativo de la libertad económica”, en *VII Jornadas internacionales de Derecho Administrativo Allan Randolph Brewer-Carías*, t. II, Caracas, Funeda 2005.
- VIERA ÁLVAREZ, Christian, Jaime BASSA MERCADO y Juan Carlos FERRADA BÓRQUEZ, “Una aproximación a la idea de ‘Constitución económica’ y sus alcances en la Constitución chilena”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núm. 149, mayo-agosto de 2017, pp. 325-359. Disponible en: <https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/derecho-comparado/article/view/5000/6351>
- DE STEFANO PÉREZ, Alfredo, “La Constitución económica y la intervención del Estado en la economía”, en *El Estado constitucional y el derecho administrativo en Venezuela. Libro homenaje a Tomás Polanco Alcántara*, Caracas, Instituto de Derecho Público UCV, 2005.
- DURNER, Wolfgang, “§11 Wirtschaftsverfassung“, en Ehlers/Fehling/Pünder (coord.), *Besonderes Verwaltungsrecht: Band 1, Öffentliches Wirtschaftsrecht*, Heidelberg, C.F. Müller, 2012.
- ESCALA, Zouleyma y Rafael FERNÁNDEZ, *El monopolio estatal del cemento. Relato de una crisis. Observatorio de Derechos de Propiedad*. Disponible en: http://paisdepropietarios.org/home/wp-content/uploads/2016/04/PDP_caso_cemento-1.pdf.
- ESPINOZA, Alexander, “Refugio de damnificados en hoteles”. *Revista Electrónica de Investigación y Asesoría Jurídica de la Asamblea Nacional*, núm. 2, 2016, p. 286. Disponible en: <http://www.estudiosconstitucionales.com/REDIAJ/286.pdf>.
- FUNDACIÓN BENGOA, *La situación alimentaria y nutricional en venezuela omitida en el último Reporte de la FAO*. Disponible en: [Fundación Bengoa.org/noticias/2017/la-situacion-alimentaria-y-nutricional-en-venezuela-omitida-en-el-ultimo-reporte-de-la-fao.asp](http://FundacionBengoa.org/noticias/2017/la-situacion-alimentaria-y-nutricional-en-venezuela-omitida-en-el-ultimo-reporte-de-la-fao.asp).
- GHAZZAOUI, Ramsis, “Consideraciones en torno a la garantía constitucional de la expropiación y el derecho de propiedad”, *Revista de Derecho Administrativo*,

- núm. 14, 2014. Disponible en: <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derecho-administrativo/article/view/13457/14084>
- GIFRA, Julia y Susana BELTRÁN GARCÍA, “El derecho humano a la alimentación y al agua”, *Cuadernos de Estrategia*, 2007.
- HERNÁNDEZ G., José Ignacio, “Libertad de empresa y Ley de Costos y Precios Justos”, en Claudia Nikken (coord.), *Ley de Costos y Precios Justos*, Caracas, Jurídica Venezolana, 2012.
- HUBER, Peter M., “Öffentliches Wirtschaftsrecht”, en Schoch (ed.), *Besonderes Verwaltungsrecht*, München, C.H. Beck, 2013.
- FERNÁNDEZ-ESPINAR Y LÓPEZ, Luis Carlos, “Constitución y sistema económico”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 6, núm. 18, 1986. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/2011992.pdf>.
- MIGLIORE, Fanny, *Producir carne en Venezuela. Un vía crucis más que un riesgo*. Observatorio de Derechos de Propiedad. Disponible en: http://paisdepropietarios.org/home/wp-content/uploads/2016/03/PDP_caso_carne.pdf
- OLIVO, Víctor, “La economía venezolana 2003-2013: los graves efectos de la indisciplina macroeconómica y la destrucción del sistema de precios”, en Ronald BALZA GUANIPA (coord.), *Economía, política y sociedad 2015 - Venezuela*, Caracas, Fundación Konrad Adenauer y Universidad Católica Andrés Bello, 2015. Disponible en: www.kas.de/wf/doc/kas_41503-1522-1-30.pdf?150617211345.
- PIO, Eva, “La seguridad alimentaria y el derecho a la alimentación en el mundo del siglo XXI”, *Agathos: atención sociosanitaria y bienestar*, año 4, núm. 3, 2004, pp. 4-15.
- RITTNER, Fritz y DREHER, Meinrad, *Europäisches und deutsches Wirtschaftsrecht: eine systematische Darstellung*, Heidelberg, C.F. Müller, 2008.
- SEN, Amartya, *Desarrollo y libertad*, Barcelona, Planeta, 2000.
- VIRTUOSO, Francisco José, “Prólogo”, en Ronald BALZA GUANIPA (coord.), *Economía, política y sociedad 2015 - Venezuela*, Caracas, Fundación Konrad Adenauer y Universidad Católica Andrés Bello, 2015. Disponible en: www.kas.de/wf/doc/kas_41503-1522-1-30.pdf?150617211345
- ZAMBRANO SEQUÍN, Luis, “Notas sobre las reformas económicas para el crecimiento y el rol de las instituciones”, En Ronald BALZA GUANIPA (coord.), *Economía, política y sociedad 2015 - Venezuela*, Caracas, Fundación Konrad Adenauer y Universidad Católica Andrés Bello, 2015. Disponible en: www.kas.de/wf/doc/kas_41503-1522-1-30.pdf?150617211345.

VOLVER A LA TABLA DE CONTENIDO

Jorge Ernesto Roa Roa* (Colombia)

Activismo judicial, legitimidad democrática de la protección judicial de los derechos e incidente de impacto fiscal**

RESUMEN

Frente a la preocupación por el activismo judicial y por las *sentencias que cuestan*, este artículo analiza las diferentes visiones sobre la legitimidad democrática de los jueces constitucionales para adoptar decisiones con efectos económicos. Del mismo modo, en el texto se evalúa el instrumento colombiano creado en el año 2011 con el fin de asegurar la efectividad del principio de sostenibilidad fiscal ante las potenciales alteraciones del equilibrio fiscal derivadas de las sentencias que protegen los derechos constitucionales. En el texto se plantean críticas generales a la existencia de un *incidente de impacto fiscal* contra las decisiones judiciales y se formulan objeciones al diseño concreto de ese mecanismo. Del mismo modo, se analizan los primeros incidentes de impacto fiscal con el fin de verificar empíricamente la razonabilidad de las críticas formuladas a lo largo del texto. Se concluye con la necesidad de respaldar la legitimidad de los jueces constitucionales para adoptar decisiones con impacto económico en contextos de Estados de bienestar poco desarrollados.

Palabras clave: sostenibilidad fiscal, activismo judicial, justicia constitucional.

* Profesor de Derecho Constitucional y Derecho Constitucional Comparado de la Universidad Externado de Colombia e investigador del Instituto de Estudios Constitucionales Carlos Restrepo Piedrahita. jorge.roa@uexternado.edu.co

** El texto de este artículo fue publicado como documento de trabajo en la colección que edita el Departamento de Derecho Constitucional de la Universidad Externado de Colombia. El autor agradece los comentarios realizados al documento inicial por parte de quienes participaron en todos los seminarios donde se sometió a discusión. En especial, agradece a los asistentes al Seminario sobre el Impacto Fiscal de la Protección Judicial de los Derechos realizado en la Universidad Pompeu Fabra de Barcelona y al Taller de Justicia Constitucional realizado en el Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht de Heidelberg.

ZUSAMMENFASSUNG

Angesichts der Sorge über den richterlichen Aktivismus und die *mit Kosten verbundenen Urteile* analysiert der Beitrag unterschiedliche Perspektiven auf die demokratische Legitimierung von Verfassungsrichtern, Entscheidungen mit finanziellen Auswirkungen zu treffen. Der Text evaluiert zugleich das kolumbianische Instrument, das 2011 mit der Absicht geschaffen wurde, die Wirksamkeit des Grundsatzes der fiskalischen Nachhaltigkeit angesichts möglicher Störungen des Haushaltsgleichgewichts durch Urteile zum Schutz von Verfassungsrechten sicherzustellen. Der Beitrag äußert sich kritisch zum *Verfahren zur Beurteilung der finanziellen Auswirkungen auf den Haushalt* von richterlichen Entscheidungen und formuliert Bedenken gegenüber der konkreten Fassung dieses Mechanismus. Weiterhin werden die ersten Verfahren daraufhin analysiert, ob sich die Angemessenheit der im Text wiedergegebenen Kritiken empirisch begründen lässt. Abschließend wird die Notwendigkeit betont, die Berechtigung der Verfassungsrichter zu unterstützen, im Kontext schwach entwickelter Wohlfahrtsstaaten Entscheidungen mit finanziellen Auswirkungen zu treffen.

Schlagwörter: Fiskalische Nachhaltigkeit, richterlicher Aktivismus, Verfassungsgerichtsbarkeit.

SUMMARY

In view of the concern about judicial activism and *decisions that impose costs*, this article analyzes the different views of the democratic legitimacy of the adoption by constitutional judges of decisions that have economic effects. It evaluates the Colombian instrument created in 2011 for the purpose of ensuring the effectiveness of the principle of fiscal sustainability in light of potential alterations in the fiscal balance derived from decisions that protect constitutional rights. The text raises general criticisms to the existence of a *fiscal impact incident* against the judicial decisions, and formulates objections to the specific designs of that mechanism. It also analyzes the first fiscal impact incidents in order to empirically verify the reasonableness of the criticisms formulated throughout the text. It concludes with the need to support the legitimacy of the adoption by constitutional judges of decisions that have an economic impact in contexts of underdeveloped welfare states.

Key words: Fiscal sustainability, judicial activism, constitutional justice.

Introducción

El Acto Legislativo 3 de 2011 incorporó expresamente el criterio de sostenibilidad fiscal dentro del artículo 334 de la Constitución Política de Colombia de 1991. Esa misma reforma constitucional estableció un recurso –incidente de impacto fiscal (IIF)– contra las decisiones (sentencias y autos posteriores a las sentencias)

proferidas por los tribunales de cierre del ordenamiento jurídico colombiano.¹ La Ley 1695 de 2013 diseñó el procedimiento concreto del mecanismo y estableció los efectos de la resolución de un IIF. Finalmente, la Sentencia C-870/2014 incorporó algunas limitaciones a la procedencia del IIF contra las decisiones de revisión de tutela proferidas por la Corte Constitucional.

A propósito de esa trascendental reforma constitucional y de su desarrollo legislativo en Colombia, el objetivo de este artículo es demostrar cinco tesis que comprenden aspectos teóricos y normativos sobre el IIF. La primera tesis es que, tanto en Colombia como en otros Estados, la preocupación por el impacto económico de las decisiones judiciales es muy antigua. Como consecuencia de la anterior tesis, la segunda premisa de este artículo afirma que la teoría constitucional global ha respondido de diferentes maneras a las cuestiones sobre las *sentencias que cuestan* y la legitimidad de los jueces para proferirlas. La tercera tesis sostendrá que la intensidad del impacto económico de las sentencias que protegen los derechos fundamentales es menor de la que constantemente se afirma. En este ámbito, se hará especial referencia a las decisiones de revisión de tutela proferidas por la Corte Constitucional de Colombia.

La cuarta tesis se refiere concretamente al IIF y defiende que este constituye una respuesta inadecuada para introducir la perspectiva económica dentro del razonamiento judicial porque: i) implica un costo muy alto para la independencia y la eficacia del sistema doméstico de protección de los derechos, ii) causa una pérdida de oportunidad en el aporte que el juez constitucional puede realizar a la construcción de políticas públicas sostenibles y iii) no representa ninguna ventaja para la construcción del Estado social de derecho.

Finalmente, la quinta tesis es que la regulación del IIF (Ley 1695 de 2013) erige a ese mecanismo en una herramienta idónea para la asunción de un modelo con una fuerte tendencia hacia la dictadura fiscal. Esto puede conducir a la infraaplicación judicial de la Constitución y al aumento de los conflictos entre los tribunales y el Gobierno.

Es importante advertir que este artículo no se ocupa de la polémica que suscitó la constitucionalización de la sostenibilidad fiscal como criterio, principio o regla en los países de Europa y América Latina.² Esto quiere decir que, por razones de

¹ Se trata de un recurso y no de un incidente, aun cuando se haya denominado de esta forma, porque se presenta cuando el proceso ha terminado en un tribunal de cierre del ordenamiento jurídico. Además, el incidente no recae sobre una cuestión accesoria sino sobre los efectos de la propia decisión final proferida por alguno de esos tribunales. No se trata de un *proceso dentro del proceso* sino de una objeción a la sentencia. Es un recurso cualificado en virtud de los legitimados para interponerlo (ministros y procurador general) y en virtud de la única e indeterminada causal que se puede invocar: alteración (seria) de la sostenibilidad fiscal.

² Víctor Ferreres Comella, "Amending the national Constitutions to Save the Euro: Is This the Right Strategy?", *Texas International Law Journal*, vol. 28, núm. 2, 2013, pp. 223-240.

espacio y especificidad temática, no se discutirán las ventajas o los problemas de las fórmulas de sostenibilidad fiscal y su relación con la garantía de los derechos de las generaciones presentes y futuras.³ De esta manera, tanto los partidarios como los detractores de la sostenibilidad fiscal pueden coincidir en las cinco tesis propuestas en este artículo.

Desde luego, quienes apoyan la constitucionalización de la sostenibilidad fiscal podrán usar los argumentos de este texto para proponer otro tipo de herramientas que sirvan a los objetivos económicos, mientras que quienes se oponen a este tipo de disposiciones constitucionales se podrán valer de estas cinco tesis para fundamentar la inconveniencia de someter el respeto y la garantía de los derechos fundamentales a criterios consecuencialistas mediante el uso de herramientas como el IIF.⁴

Para demostrar las cinco tesis enunciadas previamente, el artículo se divide en tres partes. En la primera, se analizan las diferentes repuestas que los modelos de constitucionalismo han proporcionado a la preocupación por los efectos económicos de las decisiones judiciales y el activismo judicial. A continuación, se demuestra que el establecimiento de un IIF no privilegia un genuino diálogo institucional, no aumenta la deliberación, no fortalece el sistema de protección de los derechos, no aumenta la sensibilidad judicial por los efectos económicos de las sentencias, no contribuye a la racionalización de las decisiones judiciales y no fortalece la legitimidad democrática de los jueces constitucionales.

1. Cuatro modelos sobre la legitimidad democrática de los jueces constitucionales para tomar decisiones con efectos económicos

La forma como los diferentes modelos de constitucionalismo han abordado la preocupación por el costo económico del cumplimiento de las decisiones judiciales

³ Desde luego, tampoco se aborda el interesante debate sobre la sostenibilidad fiscal y el incidente de impacto fiscal en relación con las decisiones que declaran la responsabilidad del Estado en los procesos administrativos de reparación. Se trata de un aspecto que debe ser abordado en un estudio sistemático y específico que supera los alcances de este artículo.

⁴ No se puede dejar de señalar que la fórmula establecida en el Tratado de Estabilidad, Coordinación y Gobernanza en la Unión Económica y Monetaria (Pacto Fiscal Europeo) de 2012 ha servido para justificar las medidas que recortan el objeto de protección de los derechos sociales y avanzan hacia el debilitamiento del Estado de bienestar. Este tipo de recortes se ha basado en el argumento de que las políticas sociales son la causa de la crisis económica de la primera década del milenio. En América Latina y en Colombia, específicamente, la constitucionalización de la sostenibilidad fiscal tiene causas externas e internas. Las primeras se refieren a las exigencias de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE) de incorporar disposiciones dentro de los ordenamientos jurídicos nacionales de los Estados miembros o de aquellos que pretenden ingresar a esa organización. Las causas internas se refieren a la intención, más o menos constante, de limitar los alcances transformadores de la acción de tutela y los efectos estructurales de las sentencias de la Corte Constitucional.

y el activismo judicial se puede sintetizar mediante la respuesta que cada uno de esos esquemas ha dado a las siguientes tres preguntas: (i) ¿Tienen los jueces legitimidad democrática para tomar decisiones con impacto económico? En caso de que tengan legitimidad democrática, (ii) ¿deben los jueces tener en cuenta los efectos económicos de sus sentencias en el proceso de decisión? En caso de que deban tenerlos en cuenta, (iii) ¿con qué mecanismos cuentan los jueces para considerar los efectos económicos de sus decisiones? Estos tres interrogantes comprenden los debates relacionados con el alcance de las competencias de los jueces constitucionales, los métodos de interpretación constitucional y el rol de la judicatura dentro de un Estado constitucional.

En este apartado se describirá la respuesta que el constitucionalismo liberal, el constitucionalismo débil, el constitucionalismo deliberativo, el garantismo y el neoconstitucionalismo han dado a cada una de estas preguntas. El propósito es ofrecer un contexto teórico para ubicar dentro de ese debate a la herramienta creada en Colombia para oponerse a las sentencias que ordenan la protección de los derechos fundamentales.

1.1. El constitucionalismo liberal y la prohibición de intervención judicial en la economía

El constitucionalismo liberal responde de manera decididamente negativa a la primera pregunta.⁵ Es decir, en el modelo del Estado liberal clásico, los jueces carecen de legitimidad democrática para proferir decisiones que implican costos o que intervengan en la economía. De hecho, todos los poderes públicos deben procurar interferir lo menos posible dentro del mercado con el fin de que prevalezcan la autorregulación y las leyes propias de la oferta y la demanda.

En ese marco, el argumento principal que fundamenta la prohibición de decisiones judiciales con efectos económicos se basa en la objeción contramayoritaria al poder judicial. De acuerdo con la lógica de esta objeción, si el legislador o el Gobierno tienen un mínimo margen de intervención en el mercado, no existen razones que apoyen la intrusión del menos democrático y menos capacitado de los poderes públicos mediante decisiones con consecuencias económicas.

Este artículo no es el espacio para refutar esa posición del constitucionalismo liberal o las manifestaciones modernas de ese argumento bajo el modelo neoliberal.⁶ Lo que interesa de este primer modelo de constitucionalismo es que al adoptar la posición extrema de negar la posibilidad de que los jueces profieran decisiones con

⁵ Sobre el modelo de constitucionalismo liberal y sus proyecciones, ver Mark Tushnet, "Varieties of Constitutionalism", *International Journal of Constitutional Law*, vol. 14, núm. 1, 2016, pp. 1-5.

⁶ Rodrigo Uprimny, "Legitimidad y conveniencia del control constitucional a la economía", *Revista Precedente*, núm. 25, 2006, pp. 37-68.

consecuencias económicas, torna innecesaria una respuesta a los dos siguientes interrogantes sobre el peso de los efectos económicos dentro del proceso de decisión y los mecanismos para contener o moderar esos efectos.

Lo anterior quiere decir que en el modelo del constitucionalismo liberal, no se plantea la necesidad de un incidente de impacto fiscal o de una respuesta destinada a limitar las decisiones judiciales con efectos económicos. Esto es así por una especie de sustracción de materia que consiste en que los jueces no tienen competencia para adoptar sentencias con impacto económico.

1.2. El constitucionalismo débil: las respuestas democráticas y tecnocráticas a las decisiones judiciales

A diferencia del constitucionalismo liberal, el constitucionalismo débil no niega la competencia de los jueces para proferir decisiones con consecuencias económicas.⁷ No obstante, desde este modelo de constitucionalismo se sostiene que, en la mayoría de los casos, los jueces son extremadamente generosos, no calculan el costo de sus decisiones (populismo judicial) e invaden las competencias del Gobierno y del legislador.⁸ Este tipo de conductas judiciales debilita la separación de poderes y genera inseguridad jurídica para las empresas y la inversión extranjera.⁹

⁷ El constitucionalismo débil es el modelo en el que la última palabra sobre los desacuerdos relacionados con los derechos y la constitución le corresponde al legislador o al Gobierno. Por el contrario, en los modelos de constitucionalismo fuerte, la última palabra sobre esas materias le corresponde al juez constitucional. Al respecto de esta distinción, ver Mark Tushnet, *Weak Courts, Strong Rights. Judicial Review and Social Welfare Rights in Comparative Constitutional Law*, Princeton, Princeton University Press, 2008, pp. 18-42; y Jorge Ernesto Roa Roa, “El modelo de constitucionalismo débil y la legitimidad democrática de la justicia constitucional en Colombia”, *Serie de Documentos de Trabajo del Departamento de Derecho Constitucional de la Universidad Externado de Colombia*, núm. 40, 2015, pp. 1-22.

⁸ Se trata de una posición que en Colombia ha sido de buen recibo también entre algunos economistas. Al respecto, ver Sergio Clavijo, “Fallos y fallas económicas de las altas cortes. El caso de Colombia 1991-2000”, *Revista de Derecho Público*, núm. 12, 2001, p. 29.

⁹ Es importante hacer dos breves comentarios sobre las críticas que sostienen que las decisiones de la Corte Constitucional son la causa principal de la inseguridad jurídica en Colombia. En primer lugar, aunque el desarrollo legislativo de las nuevas constituciones genera un nivel de inseguridad jurídica, este resulta necesario para desarrollar las instituciones, derechos y objetivos del nuevo texto constitucional. Eso fue precisamente lo que sucedió en Colombia durante la primera década de vigencia de la Constitución de 1991. De manera que no se puede imputar la responsabilidad de tal efecto a la exclusiva acción de la Corte Constitucional. En segundo lugar, las críticas a la intervención de la Corte Constitucional asumen un concepto extremo de seguridad jurídica. Según este concepto, toda potencial modificación del ordenamiento —mediante el control de constitucionalidad o la revisión de las sentencias de tutela— genera niveles de incertidumbre en el mercado que disuaden a los inversionistas. Bajo ese parámetro, el control de constitucionalidad no podría existir en ningún país del mundo que fuera respetuoso de esa visión extrema de la seguridad jurídica.

Con base en estas críticas, el constitucionalismo débil responde a la segunda pregunta mediante la afirmación de que los jueces deben tener en cuenta los efectos económicos de sus decisiones. Este modelo también propone un conjunto de mecanismos externos que permiten que el legislador o el Gobierno contesten las sentencias que exceden las competencias judiciales o afecten gravemente la economía del Estado. Se trata de una reacción democrática cuando proviene del Congreso o de una reacción tecnocrática cuando proviene del Gobierno.¹⁰

Dentro de las reacciones democráticas se encuentran las respuestas legislativas. Estas son herramientas con las cuales el legislador se opone a una determinada decisión judicial.¹¹ Los dos ejemplos más interesantes de este tipo de respuestas legislativas han sido establecidos en los sistemas constitucionales del Reino Unido y Canadá.

El primero, es el modelo de control judicial establecido mediante la *Human Rights Act* (HRA) de 1998 que faculta a los jueces para emitir declaraciones de incompatibilidad cuando una ley es contraria a los derechos incorporados en el Convenio Europeo de Derechos Humanos.¹² Frente a una declaración de incompatibilidad, el Gobierno y el parlamento tienen la posibilidad (no obligación) de derogar o reformar la norma incompatible con la HRA mediante un procedimiento legislativo expedito.¹³ Además, en el Reino Unido, los jueces carecen de la competencia para inaplicar una ley incompatible con la HRA, de manera que incluso el juez que ha proferido la declaración de incompatibilidad debe aplicar la ley al caso concreto.

Este modelo es cercano al establecido en Nueva Zelanda. En este país, las decisiones de los jueces constituyen simples mandatos interpretativos para el legislador. Asimismo, los jueces no pueden inaplicar leyes contrarias al *New Zealand Bill of Rights*, y no existe un procedimiento expedito para reformar o derogar una ley contraria a ese catálogo de derechos.¹⁴

¹⁰ Rosalind Dixon, "Creating dialogue about socioeconomic rights: Strong-form versus weak-form judicial review revisited", *International Journal of Constitutional Law*, vol. 5, núm. 3, 2007, pp. 391-418.

¹¹ En Colombia existen pocos estudios específicos sobre las respuestas legislativas a las decisiones de la Corte Constitucional. Sin embargo, eso no implica que este tipo de reacciones no sea posible o que no se haya intentado mediante leyes o reformas constitucionales aprobadas por el Congreso para modificar o dejar sin efecto algunas sentencias o la jurisprudencia consolidada de la Corte Constitucional. El caso más emblemático ha sido el intento de eliminar o limitar las competencias de la Corte Constitucional para controlar los decretos que declaran un estado de excepción y los decretos que adoptan medidas para conjurar la excepcionalidad. Actualmente se han propuesto diferentes medidas legislativas para reaccionar frente a la jurisprudencia constitucional sobre las consultas populares y las consultas previas a las comunidades indígenas.

¹² Keith Ewing, "The Human Rights Act and Parliamentary Democracy", *The Modern Law Review*, vol. 62, núm. 1, enero, 1999, pp. 79-99.

¹³ Fergal Davis, "Parliamentary Supremacy and the Re-Invigoration of Institutional Dialogue in the UK", *Parliamentary Affairs*, vol. 67, 2014, pp. 137-150.

¹⁴ Paul Rishworth, "Interpreting Enactments: sections 4, 5, and 6", en Paul Rishworth *et al.*, *The New Zealand Bill of Rights*, Oxford, Oxford University Press, 2003, pp. 116-167.

El segundo ejemplo es el artículo 33 de la Carta Canadiense de Derechos y Libertades de 1982. Esta disposición establece la denominada cláusula “no obstante”, que habilita al legislador para proteger una ley frente a las decisiones judiciales que declaran la inconstitucionalidad del acto normativo protegido.¹⁵ La cláusula se introduce mediante la aprobación de una salvaguarda parlamentaria que mantiene vigente la ley, “no obstante” la decisión judicial. La cláusula tiene una vigencia por periodos de hasta cinco años que pueden ser renovados indefinidamente.¹⁶

El segundo tipo de reacciones de carácter tecnocrático está conformado por aquellas respuestas que no provienen del legislador sino del Gobierno. Estas no tienen como presupuesto la vigencia de la decisión adoptada por el órgano deliberativo (el Congreso), sino los argumentos de técnica económica del Gobierno. Un buen ejemplo de este tipo de reacciones es el actual diseño del IIF. Como lo ha reconocido la propia Corte Constitucional de Colombia, el IIF, “se trata de un procedimiento de índole constitucional, que faculta al Procurador General de la Nación o a los ministros de gobierno para promover un espacio de deliberación, respecto de los efectos de las sentencias proferidas por las Altas Cortes, en relación con la identificación de los objetivos que explican el criterio de sostenibilidad fiscal”.¹⁷

La esencia del IIF es que implica un privilegio de la posición de los integrantes del Gobierno en relación con la eficacia de las decisiones judiciales proferidas por los tribunales de cierre del ordenamiento jurídico colombiano. Además, con el IIF se crea un sistema de reacción en el que se discuten exclusivamente los argumentos técnicos que discrecionalmente proponen los ministros o el procurador general.

Las reacciones democráticas y tecnocráticas tienen dos características en común. Por una parte, este tipo de mecanismos despojan al juez de la última palabra en materia de protección de los derechos y le asignan la decisión final al legislador o al Gobierno.¹⁸ En segundo lugar, estos instrumentos permiten la preeminencia de los argumentos consecuencialistas sobre los razonamientos axiológicos o, como señala Rodolfo Arango¹⁹ con base en la distinción formulada por Ronald Dworkin, de las razones de conveniencia sobre las razones de principio.²⁰

¹⁵ Stephen Gardbaum, *The New Commonwealth Model of Constitutionalism*, Cambridge, Cambridge University Press, 2013, pp. 97-128.

¹⁶ Se trata de una especie de veto suspensivo por medio del cual se confiere al legislador la facultad de “anular la decisión de los jueces, pero solo después de emprender una vez más la discusión y tomar una nueva decisión sobre el tema” (Carlos Santiago Nino, *La Constitución de la democracia deliberativa*, Barcelona, Gedisa, 1997, p. 293).

¹⁷ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-870/2014, Fundamento jurídico 3.1.5.4, M. P. Luis Guillermo Guerrero Pérez.

¹⁸ Al respecto, ver Ley 1695 de 2013, artículo 14.

¹⁹ Rodolfo Arango, “Sustitución del Estado social de derecho por un Estado fiscal”, *Revista Zero*, núm. especial, 2011, pp. 70-72.

²⁰ “Los argumentos políticos justifican una decisión política demostrando que favorece o protege alguna meta colectiva de la comunidad en cuanto todo. El argumento en favor de un subsidio para los fabricantes de aviones, que afirma que con él se protegerá la defensa

En conclusión, el constitucionalismo débil reconoce un mínimo nivel de legitimidad democrática a los jueces para adoptar decisiones con impacto económico. Sin embargo, este modelo considera relevantes esos efectos económicos dentro del proceso de decisión judicial. Por esta razón, este esquema favorece unos mecanismos para contrarrestar ese tipo de efectos mediante la intervención de los demás poderes del Estado. El objetivo último es trasladar la última palabra en materia de protección de los derechos fundamentales de los jueces hacia el legislador o el Gobierno.

1.3. El constitucionalismo deliberativo y los espacios de discusión pública dentro del proceso judicial

El constitucionalismo deliberativo tampoco niega de plano la competencia de los jueces para adoptar decisiones con efectos económicos cuando se trata de la protección de los derechos fundamentales. No obstante, este modelo sostiene que el poder judicial carece de la capacidad técnica y de la plena formación para tomar decisiones que incluyan aspectos económicos.²¹

Además, se objeta que el activismo judicial desmoviliza políticamente al ciudadano porque las personas esperan recibir los regalos del juez en lugar de exigir a sus representantes en el Congreso y a los miembros del Gobierno que cumplan los programas electorales y desarrollen las promesas de la Constitución. Bajo este argumento, cada vez que un ciudadano entiende que es más fácil acceder a uno de sus derechos sociales por medio del poder judicial, descuida su función de vigilante de la actividad legislativa y de gobierno. Ese mismo ciudadano se despreocupa de los procesos electorales porque no encuentra una conexión directa entre su preferencia electoral y la garantía de sus derechos.²²

Con el fin de compensar esa incapacidad técnica y ese problema democrático, este modelo propone la implementación de mecanismos que fomenten la deliberación dentro y fuera de los tribunales. El objetivo es lograr la expresión de las voces expertas o interesadas de ciudadanos, académicos, legisladores y del Gobierno sobre las consecuencias económicas de una determinada posición del tribunal.

nacional, es un argumento político. Los argumentos de principio justifican una decisión política demostrando que tal decisión respeta o asegura algún derecho individual o del grupo. El argumento en favor de las leyes que se oponen a la discriminación (racial en los Estados Unidos), y que sostiene que una minoría tiene derecho a igual consideración y respeto, es un argumento de principio” (Ronald Dworkin, *Los derechos en serio*, Barcelona, Ariel, 2012, p. 148).

²¹ “[D]ada la complejidad de las decisiones económicas, con efectos inter-temporales difíciles de anticipar, la Corte Constitucional, como ocurre en muchas economías desarrolladas, debe abstenerse de intervenir en decisiones que claramente le corresponden al Congreso de la República” (Clavijo, *op. cit.*, p. 55).

²² Manuel José Cepeda Espinosa, “Social and Economic Rights and the Colombian Constitutional Court”, *Texas Law Review*, núm. 89, 2011, pp. 1699-1705.

Las experiencias de Italia y Colombia son buenos ejemplos de estas herramientas deliberativas. En Italia, una sala interna de la Corte Costituzionale informa al pleno del tribunal sobre el impacto económico de sus decisiones. En Colombia, el tribunal convoca audiencias que incluyen la participación de expertos, quienes advierten sobre los distintos tipos de efectos de las decisiones constitucionales.

Bajo este esquema también destaca la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional y de los Procedimientos Constitucionales de República Dominicana (art. 42). Esa disposición establece la posibilidad de que el Tribunal Constitucional solicite informes técnicos de instituciones públicas o privadas con el fin de mejorar la comprensión de un problema de constitucionalidad.²³

Según este esquema, la intervención y la deliberación previa producen dos efectos. Por una parte, en su debate interno y en la decisión final, los jueces deben reflejar un adecuado nivel de sensibilidad por los efectos económicos de sus decisiones. Por otra parte, el debate debe propiciar un ejercicio de autorrestricción judicial mediante la modulación de los efectos de las sentencias. Cuando ocurren estas dos cosas, este proceso evita una intervención externa y posterior del legislador o del Gobierno, las sentencias adquieren un verdadero carácter definitivo, y la última palabra en materia de protección de los derechos le pertenece a los jueces.

Como ejemplos de este modelo se citan algunas decisiones judiciales en las que se han moderado finalmente los efectos de las resoluciones para evitar la desestabilización fiscal. Por ejemplo, el Tribunal Constitucional de España declaró inconstitucionales las normas que obligaban a los cónyuges a presentar declaraciones de renta conjuntas. A partir de esa decisión judicial, las familias pueden elegir entre hacer declaraciones conjuntas o separadas, según un criterio de conveniencia económica. En ese caso, el tribunal moduló los efectos de su decisión para evitar afectar el presupuesto público por la vía de las devoluciones a los contribuyentes que, en los ejercicios fiscales anteriores, habían pagado los impuestos bajo la obligación de presentar declaraciones conjuntas.²⁴

La Corte Constitucional de Colombia ha hecho lo mismo en muchos casos.²⁵ Por ejemplo, en la Sentencia C-253/2010, este tribunal declaró la inconstitucionalidad del Decreto Legislativo 127 de 2010. Esta norma modificaba algunas disposiciones tributarias aplicables al consumo de cerveza, tabaco, juegos de azar y otros servicios. El objetivo del Decreto era recaudar fondos adicionales con el fin de conjurar la emergencia social declarada ante la crisis del sistema de salud.²⁶

²³ Allan Brewer-Carías, “El sistema de justicia constitucional en la República Dominicana y la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional y de los Procedimientos Constitucionales (2011)”, *Estudios Constitucionales*, vol. 9, núm. 1, 2011, p. 326.

²⁴ Tribunal Constitucional de España, Sentencia 45/1989.

²⁵ Sobre la modulación de las decisiones de la Corte Constitucional, ver Edgar Solano González, *Sentencias manipulativas e interpretativas y respeto a la democracia en Colombia*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2000.

²⁶ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-253/2010, M. P. Nilson Pinilla Pinilla.

Aunque la Corte declaró la inexecutable de ese Decreto, el tribunal difirió los efectos de la invalidez de algunas de las medidas tributarias. De esa manera, la Corte le confirió al Gobierno un plazo de ocho meses para que adoptara otras medidas necesarias en aras de evitar las consecuencias perjudiciales que la invalidez inmediata de las disposiciones del Decreto 127 de 2010 pudiera haber causado a la economía.

Como se puede inferir, a diferencia de los mecanismos del constitucionalismo débil (reacciones democráticas o tecnocráticas), en las propuestas del constitucionalismo deliberativo se privilegia el razonamiento axiológico y las razones de principio, y los jueces conservan la última palabra en materia de protección de los derechos. Sin embargo, la fortaleza de la decisión judicial se debe al alto grado de sensibilidad por los efectos económicos que haya mostrado el tribunal.

En conclusión, en respuesta a las tres preguntas marco, el constitucionalismo deliberativo reconoce a los jueces un nivel intermedio de legitimidad democrática para adoptar decisiones con impacto económico. Además, este modelo propone un conjunto de mecanismos para asegurar que esa sensibilidad se concrete a lo largo del proceso judicial y en la decisión final; desde luego, sin llegar al punto de permitir que los demás poderes del Estado dejen sin efecto la decisión judicial.

1.4. Neoconstitucionalismo y garantismo: la autosuficiencia de los métodos de interpretación para racionalizar las decisiones judiciales

Aunque se trata de dos modelos diferentes de constitucionalismo, tanto el garantismo²⁷ como el neoconstitucionalismo²⁸ contestan a la primera pregunta mediante el reconocimiento de un alto nivel de legitimidad democrática de los jueces para adoptar decisiones con efectos económicos. Ambos modelos implican una concepción sustancial de la democracia, establecen que el poder judicial tiene el papel de garante de los derechos constitucionales y que su obligación es adoptar las medidas para cumplir con tal función, en especial, cuando se trata de normas que vulneran esos derechos, omisiones del legislador, bloqueos institucionales o políticas regresivas.

En ambos esquemas, la respuesta a la segunda pregunta es que los efectos económicos de las decisiones son irrelevantes para el juez. Según este argumento, al decidir un caso, el parámetro y límite de la interpretación judicial es el contenido constitucionalmente protegido de cada derecho. Los tribunales deben evitar valoraciones de

²⁷ Para una descripción del modelo garantista se remite a los trabajos de, *inter alia*, Luigi Ferrajoli, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, 7 ed., Madrid, Trotta, 2010, pp. 37-72 y *Democracia y garantismo*, 2 ed., Madrid, Trotta, 2010, pp. 102-109.

²⁸ Para una descripción del modelo neoconstitucionalista se remite a los trabajos de, *inter alia*, Paolo Comanducci, "Formas de (neo)constitucionalismo: un análisis metateórico", *Isonomía: Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, núm. 16, 2002, pp. 90-112.

conveniencia o introducir argumentos económicos que escapan a la interpretación constitucional. Los jueces deben evitar caer en esa tentación, incluso, si cuentan con la pericia o los mecanismos para realizar ese tipo de valoraciones.

Estos dos modelos de constitucionalismo enfatizan en que el razonamiento jurídico ya incorpora elementos de racionalización de la decisión judicial, como el principio de proporcionalidad y la ponderación. Estos dos mecanismos, por ejemplo, tornarían innecesarios e inconvenientes otros instrumentos, como las respuestas legislativas, el IIF o el veto suspensivo canadiense.

Respecto del garantismo, el neoconstitucionalismo pone el énfasis en la formulación de los derechos como normas tipo principio –en estado constante de potencial colisión–; y en la aplicación, el principio de proporcionalidad y la ponderación como método para resolver las colisiones concretas.²⁹ Como respuesta al tercer interrogante, el neoconstitucionalismo afirma que, al lograr un mínimo nivel de racionalización jurídica de la decisión judicial, se obtiene indirectamente una racionalización de los efectos económicos de la misma.

El argumento del neoconstitucionalismo es que, en escenarios económicos de escasez, el juez sabe que si garantiza un derecho (d_1) en un grado excesivamente alto, en perjuicio del derecho con el cual este se encontraba en colisión (d_2), esa decisión se traducirá en la disposición excesiva de recursos para garantizar el primer derecho (r_1), en contra de los recursos que se deben disponer para garantizar el derecho que cedió en el juicio de ponderación (r_2). La ponderación garantiza un equilibrio entre los derechos (d_1 y d_2) que, al mismo tiempo, implica un equilibrio entre los recursos económicos (r_1 y r_2).

Por su parte, el garantismo afirma la existencia de otros elementos internos que permiten la racionalización económica de las decisiones judiciales, como el principio de progresividad que orienta la aplicación de los derechos económicos, sociales y culturales. Un ejemplo de esta tesis es la Sentencia T-595/2002 de la Corte Constitucional de Colombia.

En esa decisión se utilizó el principio de progresividad para declarar que las personas en situación de discapacidad no eran titulares de un derecho a obtener la adecuación inmediata y total del sistema de transporte masivo de Bogotá (Transmilenio) para que este fuera plenamente accesible. No obstante, en esa sentencia se indicó que las personas en situación de discapacidad sí tenían derecho a que la administración elaborara y ejecutara un plan de adecuación progresiva, formulado a mediano plazo (dos años), para garantizar su pleno acceso a ese servicio de transporte.³⁰ De esta manera –señala el garantismo–, el principio de progresividad permitió que el juez constitucional ajustara la orden de protección de los derechos de las personas en

²⁹ Carlos Bernal Pulido, “Estructura y límites de la ponderación”, *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 26, 2003, pp. 225-238.

³⁰ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-595/2002, M. P. Manuel José Cepeda Espinosa.

situación de discapacidad con la disponibilidad efectiva de los recursos financieros por parte de la administración de Bogotá y de la empresa de transporte.

En conclusión, con algunos matices, desde el neoconstitucionalismo y el garantismo se responde de la siguiente manera a las tres preguntas iniciales:

1. Los jueces no solo tienen un alto grado de legitimidad democrática para adoptar decisiones con impacto económico, sino que este es uno de sus deberes como garantes de los derechos y de las disposiciones constitucionales.
2. Los jueces no deben tener en cuenta las consecuencias económicas de sus decisiones porque su función como intérpretes de la constitución solo conoce el límite del contenido constitucionalmente protegido por las disposiciones constitucionales. Adicionalmente, el razonamiento e interpretación jurídica incorpora métodos de racionalización de las decisiones judiciales que impiden que las órdenes de protección de los derechos perjudiquen gravemente la garantía de otros derechos.
3. No importa si existen mecanismos idóneos para calcular los efectos económicos de una decisión judicial. En cualquier caso, estos instrumentos solo

	Legitimidad democrática para adoptar decisiones con consecuencias económicas	Consecuencias económicas de las sentencias	Mecanismos
Constitucionalismo liberal	Ninguna	N/A	N/A
Constitucionalismo débil	Mínimo	Relevantes y prevalecen sobre razonamiento axiológico.	Externos: respuestas legislativas (reacciones democráticas) o IIF (reacciones tecnocráticas).
Constitucionalismo deliberativo	Intermedio	Relevantes, pero no prevalecientes.	Mecanismos internos del proceso de decisión: sala asesora, audiencias públicas, peritos, intervenciones ciudadanas.
Garantismo y neoconstitucionalismo	Alto	Irrelevantes. Límite: contenido constitucionalmente protegido.	N/A Mecanismos intrínsecos: proporcionalidad, ponderación y progresividad.

Fuente: elaboración propia.

son importantes para quienes deben hacer efectivas las sentencias, para quienes se dedican a estudiarlas descriptivamente o para quienes las valoran desde la teoría económica. En todo caso, nunca son esenciales dentro del razonamiento judicial.

El cuadro de la página anterior resume la interacción de cada uno de estos modelos en torno a las tres preguntas formuladas inicialmente.

Hasta aquí se puede concluir que la teoría constitucional ofrece diferentes respuestas a la preocupación por el impacto económico de las decisiones judiciales. En consecuencia, el IIF no es la única herramienta para desarrollar el criterio de sostenibilidad fiscal, sino que es una de las múltiples opciones que propone uno solo de los modelos de constitucionalismo. Lo anterior significa que existía un catálogo muy amplio de opciones para introducir el elemento económico y financiero dentro de la actividad judicial. En la segunda parte de este trabajo se demostrará el carácter no idóneo de la herramienta escogida en Colombia (IIF) para alcanzar los objetivos que justificaron su inclusión dentro de la reforma constitucional del año 2011.

2. Objeciones a las premisas para el establecimiento de un incidente de impacto fiscal

Las siguientes objeciones a la existencia de un IIF no implican una oposición directa a la sostenibilidad fiscal como criterio de actuación de las autoridades del Estado. Por el contrario, algunas de las críticas que se formulan a continuación tienen relación con el carácter no idóneo del IIF para lograr los objetivos de construcción del Estado de bienestar, la protección de los derechos de las generaciones futuras y los postulados que teóricamente respaldan el establecimiento del criterio de sostenibilidad fiscal.

Con independencia del debate en torno a la constitucionalización de la sostenibilidad fiscal, el propósito de esta sección del artículo es desarrollar la tesis general según la cual el IIF es una herramienta que carece de carácter deliberativo, no se trata del único mecanismo para alcanzar la sostenibilidad fiscal, fue aprobado sobre la base de un mito sobre el activismo desproporcionado de la Corte Constitucional y tiene efectos negativos sobre el sistema de protección de los derechos fundamentales.

2.1. Negación del carácter deliberativo del IIF y existencia previa de otros mecanismos verdaderamente deliberativos

Como lo demuestra el recuento de la primera parte de este artículo, el IIF no es la única herramienta que la teoría constitucional y el derecho comparado ofrecen para conciliar la protección de los derechos de las generaciones presentes con los de las generaciones futuras y hacer compatibles los efectos económicos de las

decisiones judiciales con la sostenibilidad fiscal. No obstante, el IIF fue incorporado al ordenamiento jurídico colombiano bajo la premisa de que era necesario abrir espacios de deliberación y diálogo entre los jueces y los administradores como una manifestación del principio constitucional de colaboración armónica entre las diferentes autoridades públicas.³¹

Desde un concepto cualificado de deliberación, no es plausible reconocer tal carácter deliberativo al IIF. Tratándose de procesos judiciales, la deliberación por la que propende el constitucionalismo es previa a la decisión del juez, con la participación de los ciudadanos y bajo la idea de que los argumentos son los que corresponden a una discusión constitucional. Finalmente, no hay una verdadera deliberación si previamente se ha establecido que prevalecerán los argumentos consecuencialistas de una de las partes (ministros o procurador), o cuando el resultado del debate conduce a desnaturalizar la función esencial de los intervinientes en la discusión.

Técnicamente, el IIF es un recurso contra una decisión judicial de una alta corte que propicia un debate que se centra exclusivamente en los argumentos económicos. Se trata de una deliberación desequilibrada porque se asigna la última palabra, en materia de derechos, al plan de cumplimiento que presenta el ministro o el procurador, y no a la decisión adoptada por el juez.³² El IIF tampoco constituye un espacio amplio y genuino de discusión dentro del proceso, como las audiencias que convoca la Corte Constitucional en los casos de decisiones estructurales o de control de constitucionalidad con relevancia especial.

Por otra parte, en la Sentencia C-1052/2012, la Corte Constitucional declaró que la inclusión del IIF en una etapa avanzada del trámite legislativo de la reforma constitucional no fue una violación de los principios de consecutividad e identidad flexible.³³ Sin embargo, esa decisión de la Corte Constitucional no es un argumento concluyente para negar que el IIF fue aprobado sin deliberación de calidad porque fue propuesto en la parte final (séptimo debate) del trámite del Acto Legislativo 3 de 2011.

El mismo déficit deliberativo afectó al proceso de aprobación de la Ley 1695 de 2013, durante el que se omitió una discusión pausada, profunda y técnica sobre temas centrales, como la prevalencia del plan de cumplimiento sobre la decisión de las altas cortes. Afortunadamente, la Corte Constitucional de Colombia declaró la constitucionalidad condicionada del artículo 14 de esa ley, bajo el entendido de que el plan de cumplimiento no es obligatorio para las autoridades judiciales.³⁴ Sin embargo, no se puede perder de vista que la intención del legislador era vincular al

³¹ Acto Legislativo 03/2011, Proyecto de Acto Legislativo 16/2010, Cámara, Exposición de Motivos, *Gaceta del Congreso*, año XIX, núm. 451, 23 de julio de 2010, pp. 21-23.

³² Al respecto, ver Ley 1695 de 2013, artículo 14, y Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-870/2014.

³³ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-1052/2012, M. P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

³⁴ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-870/2014.

juez, incluso cuando este considerara que no eran atendibles los argumentos formulados en el IIF.

En conclusión, se puede compartir el objetivo de aumentar el grado de deliberación dentro de la sociedad, pero esto no implica negar la falta de idoneidad del mecanismo escogido (IIF), la existencia de otras herramientas disponibles o ya implementadas para obtener el mismo fin y, desde luego, la contradicción al aprobar un mecanismo para aumentar la deliberación sin el debate mínimo que la misma herramienta pretende fortalecer.

2.2. El mito sobre el activismo judicial de la Corte Constitucional de Colombia

Una de las críticas reiteradas a la Corte Constitucional de Colombia consiste en sostener que muchas de sus decisiones desbordan el ámbito de sus competencias y resultan inimaginables en otros tribunales del mundo. También se afirma que la Corte asume una posición extraña para un órgano judicial y adopta decisiones que tienen un alto impacto económico.³⁵ Como respaldo de estos argumentos se citan frecuentemente los mismos casos sobre indexación salarial, estado de cosas inconstitucional, atención a la población en situación de desplazamiento y garantía del derecho a la salud.

Aunque las decisiones mencionadas tienen una importancia central dentro del ordenamiento jurídico colombiano y han sido esenciales para avanzar en la protección de los derechos fundamentales, estas sentencias no constituyen islas o casos exóticos para el constitucionalismo colombiano y global.³⁶ Por el contrario, otros tribunales del mundo profieren órdenes que tienen el mismo o mayor grado de impacto en la economía. Los siguientes tres casos pueden ilustrar esta idea.

En el año 2016, el Tribunal Constitucional Federal de Alemania decidió una demanda que pretendía evitar la participación del Banco Central Europeo (BCE) en los fondos de rescate europeos y limitar las operaciones de compra de deuda a los países en crisis financiera. La demanda, presentada en el año 2012, se basaba en la cláusula de la Constitución Alemana de 1949 que establece que la disposición del

³⁵ Salomón Kalmanovitz, “Las consecuencias económicas de los fallos de la Corte Constitucional”, *Economía Colombiana*, núm. 276, noviembre, 1999, pp. 124-130.

³⁶ En Colombia, las intervenciones judiciales en la economía son muy antiguas. Desde principios del siglo XX existe una acción pública de constitucionalidad que permite a los ciudadanos fijar la agenda del control de constitucionalidad e incluir temas económicos. Además, es posible encontrar casos ante la Corte Suprema de Justicia con efectos económicos generalizados, a título enunciativo, sobre: la vigencia de tarifas aduaneras (1933), la retrospectividad del auxilio de cesantía (1937), la intervención del Estado en la industria privada (1939), la expropiación sin indemnización por razones de equidad (1973), la declaración de inconstitucionalidad de reformas tributarias (1983) (Manuel José Cepeda Espinosa, *Las sentencias de la Corte con implicaciones económicas: reflexiones con ánimo constructivo*, ponencia presentada en las XXVIII Jornadas Colombianas de Derecho Tributario, 2004).

presupuesto le corresponde exclusivamente al legislador nacional. Para los recurrentes, el programa de compra de deuda pública establecido por el BCE usurpaba las competencias de las autoridades nacionales alemanas y violaba una prohibición comunitaria relacionada con la financiación monetaria de los Estados miembros de la Unión Europea.

Previa formulación de una cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) –que avaló esas medidas–, el Tribunal Constitucional de Alemania señaló que el Banco Central Alemán (Bundesbank) podía participar en ese tipo de operaciones financieras realizadas por el BCE, siempre que contara con la supervisión del Gobierno y del Parlamento.³⁷

Por su parte, en los años 2012 y 2013, el Tribunal Constitucional Portugués declaró la inconstitucionalidad de los presupuestos aprobados por el Parlamento de ese país porque estos incluían recortes a los salarios de los servidores públicos y al sistema de educación. Según el tribunal, ese tipo de medidas eran discriminatorias en relación con las cargas que debían soportar los ciudadanos en tiempos de crisis financieras.³⁸

En tercer lugar, en Argentina, en 2008, la Corte Suprema ordenó medidas estructurales en relación con la población asentada en las urbanizaciones localizadas en la cuenca de los ríos Matanza y Riachuelo de la Ciudad de Buenos Aires. El tribunal profirió múltiples órdenes después de un proceso que se desarrolló con destacables escenarios de participación que han sido considerados como paradigmáticos en términos de activismo dialógico.³⁹

Desde luego, también se puede hacer referencia a verdaderas sentencias estructurales de la Corte Suprema de los Estados Unidos⁴⁰ o de la Corte Constitucional de Sudáfrica.⁴¹ Pero, si se pone la atención en los tres ejemplos mencionados inicialmente, todos han tenido un impacto económico potencial superior a las decisiones frecuentemente citadas de la Corte Constitucional de Colombia. Una decisión desfavorable del Tribunal Constitucional de Alemania sobre el sistema de rescate europeo habría generado una crisis en toda la Unión Europea o habría causado una modificación del sistema de integración económica más desarrollado del mundo. Ni qué decir de las consecuencias macroeconómicas de las decisiones del Tribunal

³⁷ Tribunal Constitucional Federal de Alemania, Sentencia de la Sala Segunda de 21 de junio de 2016, 2 BvR 2728/13, pars. 1-220.

³⁸ Tribunal Constitucional de Portugal, Acórdao n° 353/2012 y Acórdao n° 187/2013.

³⁹ Paola Bergallo, “El caso Mendoza, una experiencia de judicialización cooperativa”, en Roberto Gargarella (comp.), *Por una justicia dialógica*, Buenos Aires, Siglo XXI Editores, 2014.

⁴⁰ Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos, *Caso Brown v. Board of Education of Topeka*, 347 U.S. 483, 1954.

⁴¹ Corte Constitucional de Sudáfrica, *Caso Government of the Republic of South Africa and Others v. Grootboom and Others*, CCT11/00, 2000, ZACC 19; 2001 (1) SA 46; 2000 (11) BCLR 1169, 4 de octubre de 2000; y *Caso Occupiers of 51 Olivia Road, Berea Township and 197 Main Street Johannesburg v. City of Johannesburg and Others*, 24/07, 2008 ZACC 1; 2008 (3) SA 208 (CC); 2008 (5) BCLR 475 (CC), 19 de febrero de 2008.

Constitucional de Portugal o de los recursos financieros necesarios para cumplir con las medidas ordenadas en el Caso Mendoza.

La conclusión que se impone es la negación de la tesis que afirma que los jueces no están habituados a tomar decisiones con consecuencias económicas, y que la Corte Constitucional de Colombia es una especie de súper activista inédita en el constitucionalismo global. Aunque las más importantes decisiones de la Corte Constitucional tienen un impacto económico comparable con las de otros tribunales, la diferencia radica en que, en Colombia, ese impacto se usa como fundamento para la creación de una reacción de tipo tecnocrático. Por el contrario, en los Estados a los que se ha hecho referencia previamente, no hay un planteamiento sólido tendiente a introducir mecanismos para debilitar las competencias de los tribunales constitucionales por el solo hecho del impacto financiero de sus decisiones.

La realidad es que la Corte Constitucional, por regla general, ha sido sensible al impacto económico de sus decisiones y muchas de las sentencias más importantes de la Corte Constitucional de Colombia no ordenan el gasto de un solo céntimo, y otras se limitan a ordenar el pago de una prestación que había sido reconocida previamente por el legislador.⁴² En los casos de tutela que ordenan garantizar una prestación preestablecida por el legislador, y en los de decisiones de constitucionalidad que ratifican la validez de una ley, cualquier acusación de impacto fiscal debe dirigirse contra el legislador y no contra el juez constitucional.

Asimismo, desde antes de la aprobación del Acto Legislativo 3 de 2011, la Corte había reconocido la existencia de límites a determinadas normas constitucionales con el fin de proteger la estabilidad económica y el orden fiscal. En definitiva, lo que en Colombia se denomina activismo judicial, en muchos casos, no corresponde con fenómenos que han sido descritos de esa forma en el constitucionalismo global.⁴³

2.3. Consecuencias negativas del IIF en la actitud del juez constitucional: la infraaplicación judicial de la Constitución

Además de los presupuestos o fundamentos que condujeron a la aprobación del IIF, resulta interesante analizar dos consecuencias diferentes y perjudiciales para el juez constitucional que provienen de la aprobación de este mecanismo y que tienen repercusión en los fines que persigue la sostenibilidad fiscal y en la protección de los derechos constitucionales.

⁴² “Sin embargo, es esencial tener en cuenta que este activismo no fue tan importante como lo sugieren los críticos de la Corte. En el periodo 1998-2006, las sentencias sobre derechos sociales han tenido que ver principalmente con casos sobre derechos sociales prestacionales, pero para casos de pago de lo debido. En esos casos, la protección del derecho ya está previamente autorizada por una disposición legal” (María Paula Saffon y Mauricio García Villegas, “Derechos sociales y activismo judicial. La dimensión fáctica del activismo judicial en derechos sociales en Colombia”, *Revista Estudios Socio-Jurídicos*, vol. 13, núm. 1, 2011, p. 94).

⁴³ Kent Roach, *The Supreme Court on Trial*, Toronto, Irwin Law, 2001, pp. 3-223.

Frente a la existencia de un mecanismo como el IIF, el juez constitucional puede tener dos conductas opuestas. La primera opción es que el juez asuma una exagerada generosidad en la protección de los derechos constitucionales porque sabe que el Gobierno bloqueará su decisión mediante la utilización del IIF. De esta manera, ante la opinión pública, el juez aparecerá como el protector de los derechos, y el Gobierno, como un obstáculo para su garantía. En Italia, a este tipo de sentencias se denomina como *decisiones Pilatos*.⁴⁴

Esta primera opción es perjudicial porque instaura un modelo de populismo judicial, aumenta la conflictividad entre los poderes públicos (el mal denominado choque de trenes) y no aporta a la protección efectiva de los derechos constitucionales. Sobre este aspecto resulta paradójico que, desde el razonamiento económico, se critique el costo que los *choques de trenes* producen para el desarrollo económico pero, al mismo tiempo, se apoye la existencia de un IIF que tiene como objetivo la confrontación directa entre el criterio del Gobierno y el de las corporaciones judiciales. A lo anterior se agrega la incertidumbre que produce en el mercado el aumento de la indeterminación sobre el momento en el que se pone fin a un litigio ante un tribunal interno.⁴⁵

La segunda potencial consecuencia del IIF en la actitud judicial es precisamente la opuesta a la anterior. El juez se puede proponer evitar el bloqueo de sus decisiones mediante el uso del IIF. Para lograr ese objetivo, el juez constitucional puede asumir una espontánea y exagerada autorrestricción que torne ineficaz el sistema judicial de garantía de los derechos. Esto conduciría al escenario que Lawrence Sager denomina infraaplicación judicial de la Constitución. Este fenómeno se caracteriza por la autorrestricción extrema de los jueces, la ausencia de garantías para los derechos constitucionales y el alejamiento entre las promesas de la Constitución en materia de derechos de bienestar y los mínimos garantizados por los tribunales.⁴⁶

Paradójicamente, con esta segunda actitud, los jueces dejarían de adoptar sentencias de las que Owen Fiss denomina estructurales.⁴⁷ En el caso colombiano, este tipo de decisiones han contribuido a racionalizar, planificar y construir políticas públicas eficientes. En el largo plazo, el cumplimiento de las órdenes contenidas en las decisiones estructurales cuesta menos que la inacción o la formulación de políticas públicas de bajo impacto.⁴⁸

Tanto el populismo judicial como la infraaplicación judicial de la Constitución son dos escenarios poco deseables institucionalmente. Esta idea es compartida por

⁴⁴ Elisabetta Crivelli, *La tutela dei diritti fondamentali e l'accesso alla giustizia costituzionale*, Padova, Cedam, 2003.

⁴⁵ Al respecto, ver Clavijo, *op. cit.*, pp. 35 y 58.

⁴⁶ Lawrence Sager, *Juez y democracia*, Barcelona, Marcial Pons, 2007, pp. 101-107.

⁴⁷ Owen Fiss, *El derecho como razón pública*, Barcelona, Marcial Pons, 2007, pp. 21-76.

⁴⁸ César Rodríguez (coord.), *Más allá del desplazamiento. Políticas, derechos y superación del desplazamiento forzado en Colombia*, Bogotá, Universidad de los Andes - Facultad de Derecho - Ediciones Uniandes, 2009, pp. 7-760.

quienes defienden la sostenibilidad fiscal como criterio orientador de la acción de las autoridades públicas y por quienes se oponen a la constitucionalización de ese parámetro.

La conclusión de la segunda parte de este artículo complementa la inferida en la primera parte. Ambas deducciones permiten afirmar que el IIF no es la única herramienta que se puede utilizar para desarrollar el criterio de sostenibilidad fiscal y, por el contrario, este genera un daño cierto y grave al sistema de protección de los derechos fundamentales.

Además, el IIF ostenta una muy discutida idoneidad para alcanzar los fines que justifican su implementación (i. e., racionalizar los efectos económicos de las decisiones judiciales). En analogía con el argumento del presidente de los Estados Unidos Franklin D. Roosevelt, quien señalaba que era necesario “salvar a la Constitución de la Corte y a la Corte de ella misma”, se puede afirmar que es necesario “salvar a los derechos fundamentales de la sostenibilidad fiscal y a la sostenibilidad fiscal del incidente de impacto fiscal”.⁴⁹

Aunque esas dos conclusiones son suficientes para objetar el IIF dentro del ordenamiento jurídico colombiano, aún queda por demostrar que su regulación y los primeros IIF presentados ante la Corte Constitucional de Colombia generan problemas adicionales a los comentados en esta sección. Ese será el propósito de la parte final de este artículo.

3. Comentarios a algunos elementos de la Ley 1695 de 2013 y a los primeros incidentes de impacto fiscal

La Ley 1695 de 2013 es la norma que regula el procedimiento de un IIF. La configuración concreta del IIF en esa ley y los primeros IIF que fueron presentados ante la Corte Constitucional permiten colegir otras críticas a esta herramienta. Ningún comentario de los que se formularán a continuación implica la aceptación del IIF como mecanismo idóneo para racionalizar los efectos económicos de las decisiones judiciales. Tampoco el hecho de que alguna de las críticas se supere posteriormente puede ser interpretado como una forma de negar los presupuestos básicos de este trabajo que rechazan el establecimiento de un IIF dentro del ordenamiento constitucional colombiano.

En esta sección se criticará una especial visión del control fiscal que se centra en los jueces y no en las demás autoridades públicas (Gobierno y Congreso). Se

⁴⁹ “We have, therefore, reached the point as a Nation where we must take action to save the Constitution from the Court and the Court from itself. We must find a way to take an appeal from the Supreme Court to the Constitution itself. We want a Supreme Court which will do justice under the Constitution—not over it. In our Courts we want a government of laws and not of men” (Franklin D. Roosevelt, Discurso pronunciado y transmitido por radio el 9 de marzo de 1937. Disponible en: <http://www.presidency.ucsb.edu/ws/?pid=15381>).

objeterá la legitimación activa del IIF de un funcionario sin legitimidad democrática, ni disponibilidad de recursos técnicos para determinar el impacto fiscal de una decisión judicial (e. g., procurador general). Además, se resaltará la ambigüedad de la cláusula que habilita la interposición de un IIF bajo la fórmula “alteración seria de la sostenibilidad fiscal”.

3.1. La particularidad del control fiscal del Gobierno a los jueces y no de estos al Ejecutivo o al legislador

El sistema de control fiscal que se consolida con el IIF opera desde el Gobierno o la Procuraduría hacia el poder judicial. Este esquema difiere de los modelos de protección de las finanzas públicas que tienen como objetivo evitar que los parlamentos o las administraciones causen alteraciones serias de la sostenibilidad fiscal.

Uno de los antecedentes más importantes de las fórmulas para asegurar la sostenibilidad fiscal de un Estado fue la regla de oro que Alexander Hamilton –como secretario del Tesoro de los Estados Unidos– impuso en 1790 a los Estados miembros de la Federación. De acuerdo con esa regla, había dos compromisos sinalagmáticos entre la Federación y los Estados. Por una parte, la Federación se comprometía a asumir las deudas de los Estados siempre que estos utilizaran el dinero de la deuda para gastos de inversión y no para gastos de funcionamiento. Por su parte, los segundos se comprometían a recaudar –mediante impuestos– el dinero suficiente para cubrir sus gastos de funcionamiento. Se trataba de un control entre ordenadores del gasto que no afectaba a las autoridades judiciales.

El esquema de control fiscal contemporáneo más importante ha sido establecido en el Tratado de Estabilidad, Coordinación y Gobernanza en la Unión Económica y Monetaria de 2012. En la Unión Europea, la regla fiscal tiene como destinatarios a los Gobiernos de los Estados miembros. Estos deben presentar presupuestos equilibrados en cada uno de los ejercicios fiscales.⁵⁰ Al contrario de lo que se estableció en Colombia, en Europa son los jueces de la UE (Tribunal de Justicia de la Unión Europea) y la Comisión quienes, a petición de uno de los Estados miembros, pueden sancionar al Estado que no incorpore la regla fiscal o que presente un presupuesto con un déficit superior al establecido en el Pacto Fiscal Europeo.

Mientras que en Estados Unidos y en Europa la regla de oro fiscal se fijó como un límite al poder ejecutivo y se establecieron mecanismos judiciales para sancionar su incumplimiento, en Colombia se utilizó a la inversa, como un mandato para

⁵⁰ El Tratado de Estabilidad, Coordinación y Gobernanza en la Unión Económica y Monetaria establece un máximo de déficit estructural anual de 0,5%. Los países con fuerte depresión pueden aumentar el déficit, pero con mecanismos legales y constitucionales de estabilización. Las multas por el incumplimiento del pacto pueden ser de hasta 0,1% del PIB.

limitar al poder judicial con una intervención de los ministros del Gobierno o del procurador general.

Sobre este último punto, la Corte Constitucional de Colombia estableció que el IIF no constituye una lesión grave a la autonomía judicial y al principio de separación de poderes.⁵¹ No obstante, la utilización de la regla fiscal y del IIF para permitir que el Gobierno o la Procuraduría ataquen las decisiones del poder judicial tiene una consecuencia negativa adicional, en un contexto caracterizado por el bajo grado de desarrollo del Estado de bienestar.

En concreto, es razonable inferir que no tiene el mismo efecto incluir un IIF dirigido a limitar las decisiones judiciales en un Estado del norte global con un alto nivel de construcción de sus políticas sociales, en el que la garantía de los derechos es espontánea y este se materializa en políticas públicas, que incluirlo en un Estado del sur global en el que el bienestar es una tarea pendiente y la intervención judicial constituye el eje del sistema de protección de los derechos de los ciudadanos.

De esta manera, la combinación entre la aplicación inversa del control fiscal y el bajo desarrollo de las promesas sociales de la Constitución en Colombia convierten al IIF en una amenaza grave al sistema interno de protección de los derechos de los ciudadanos. Por esa razón, en buena hora la Corte Constitucional declaró inexecutable algunas disposiciones de la Ley 1695 de 2013 por violación de la reserva de Ley Estatutaria en relación con su potencial aplicación al procedimiento de acción de tutela.⁵² Eso significa que, desde el año 2014, el IIF no procede contra las sentencias de revisión de tutela.

Ahora bien, es importante señalar que la Corte Constitucional de Colombia ha admitido recursos de nulidad contra las sentencias de revisión de tutela, en los que la autoridad encargada de cumplir las órdenes proferidas por el tribunal argumenta que el contenido de dichas órdenes tiene un alto impacto fiscal. En algunos casos, la Corte Constitucional ha sido sensible a ese argumento y ha moderado, modulado y modificado sus órdenes. Con esta práctica, la Corte ha permitido que se canalicen los mismos argumentos del IIF por medio del recurso de nulidad, con lo cual subsisten algunos de los riesgos para la eficacia del sistema de protección de los derechos constitucionales señalados en este artículo.⁵³

3.2. La inexplicable legitimación activa absoluta del procurador general

El Acto Legislativo 3 de 2011 y la Ley 1695 de 2013 establecen la legitimación activa absoluta del procurador general para interponer un IIF. Se trata de una facultad

⁵¹ Corte Constitucional de Colombia, sentencias C-288 y C-1052 de 2012.

⁵² Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-870/2014.

⁵³ Por todos, se puede consultar el caso de la protección de los derechos laborales de las madres comunitarias (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-480/2016, M. P. Alberto Rojas Ríos, y Auto 186 de 2017, M. P. Alberto Rojas Ríos).

que genera una preocupación relacionada con las razones que justifican la intervención de una entidad que no tiene una posición institucional relacionada con la valoración de las finanzas públicas (e. g., Procuraduría) y la exclusión de otras instituciones que están diseñadas para ese tipo de análisis (e. g., Contraloría).

En primer lugar, esta posibilidad de intervención del procurador resulta redundante porque el Decreto 262 de 2000 (art. 7.12) ya establece que ese funcionario tiene facultades para intervenir en determinados procesos judiciales con el fin de defender intereses generales (e. g., sostenibilidad fiscal). Eso quiere decir que la posición del Ministerio Público sobre los efectos económicos de una posible sentencia pudo ser presentada durante el trámite del proceso y antes de la sentencia. No existen razones institucionales para que el procurador pueda reiterar esa posición después de que se ha adoptado la decisión judicial o para que la omisión de intervenir en el momento procesal oportuno valide una intervención posterior a la sentencia.

En segundo lugar, los presupuestos que fundamentaron la aprobación del IIF señalan que este instrumento pretende que la voz económica, consecuencialista, autorizada y especializada sea escuchada dentro del proceso de deliberación judicial sobre la protección de un derecho. No obstante, ninguna de estas condiciones está asignada a la Procuraduría General de la Nación porque su posición institucional no es la de una entidad técnica especializada en asuntos económicos.

Una prueba de que la Procuraduría carece de la especialización y experticia necesarias para interponer un IIF se encuentra en el IIF que esa misma entidad interpuso contra la Sentencia C-101/2013 de la Corte Constitucional. En esa decisión judicial, la Corte ordenó la realización de un concurso de méritos para proveer los cargos de procurador judicial que eran designados discrecionalmente por el procurador general.⁵⁴

Según la Procuraduría, se requerían seis años para cumplir la orden proferida por la Corte Constitucional. Sin ningún fundamento técnico serio, la entidad se limitó a dividir las etapas del proceso de selección en seis años y a señalar que ese era el tiempo necesario para elegir meritocráticamente a los procuradores judiciales. Este ejemplo muestra que si la Procuraduría carece de un equipo económico capaz de formular un plan de cumplimiento para órdenes que comprometen a su propia institución, esa deficiencia será todavía mayor cuando se trate de otras decisiones judiciales que puedan comprometer las finanzas nacionales.

Por esa razón resulta incomprensible que el Consejo de Estado haya declarado que la legitimación del procurador para interponer un IIF es absoluta y superior a la de los ministros. En efecto, según el Consejo de Estado, el procurador no debe

⁵⁴ Procuraduría General de la Nación, *Incidente de impacto fiscal contra la Sentencia de la Corte Constitucional C-101 de 2013*, p. 12.

demostrar la existencia de una relación funcional con la entidad que le solicita iniciar el IIF, mientras que este requisito sí se aplica a los ministros.⁵⁵

La atribución de legitimación activa a la Procuraduría para interponer un IIF demuestra que hubo un déficit de deliberación en el proceso de aprobación de la reforma constitucional y de la ley que reguló este mecanismo. Esa deficiencia condujo a dotar de una herramienta de control fiscal a una entidad que no tiene esa función dentro del diseño institucional establecido en la Constitución de 1991.

Este argumento aparece respaldado por los problemas que ha enfrentado el propio ministro de Hacienda para sustentar sólidamente los IIF. En un caso reciente de IIF interpuesto contra la Sentencia C-492/2015, el ministro debió subsanar las deficiencias de su recurso inicial que carecía de razones suficientes, pertinentes y específicas para ser admitido por parte de la Corte Constitucional.⁵⁶ Aunque finalmente el IIF fue admitido y decidido, eso solo ocurrió después de varios esfuerzos del ministro de Hacienda para sustentar el IIF. Si el funcionario encargado de las finanzas públicas tiene problemas para argumentar sólidamente un IIF, resulta evidente que la carga será mucho más onerosa cuando se trata de una entidad ajena a estos conocimientos, como la Procuraduría General.

3.3. Los problemas que se anticipan de los IIF tramitados actualmente

La mayor parte de los IIF presentados hasta el momento genera varios problemas e interrogantes. En primer lugar, estos IIF reflejan un problema de ambigüedad respecto de la expresión *alteraciones serias de la sostenibilidad fiscal* contenida en el artículo 334 de la Constitución.

Por ejemplo, en unos casos, la Procuraduría General de la Nación entiende que ocurre una alteración seria de la sostenibilidad fiscal cada vez que el cumplimiento de una decisión judicial implica hacer una *erogación significativa*. En otros casos, la misma Procuraduría asimila la alteración fiscal con un *gasto no previsto*. En una tercera hipótesis, la misma entidad encuentra que existe alteración de la sostenibilidad fiscal por *ausencia de autonomía presupuestal*. Como se puede inferir, la indeterminación de la primera fórmula se ha solventado con otras todavía más indeterminadas.⁵⁷

En segundo lugar, existen problemas para determinar el grado que debe tener la alteración de la sostenibilidad fiscal para que proceda el IIF. No es posible determinar

⁵⁵ Consejo de Estado, Auto de 28 de mayo de 2013, Asunto: IJ 250002326000199900002-04 y 2000-00003-04, M. P. Enrique Gil Botero.

⁵⁶ Corte Constitucional de Colombia, Auto 184 de 2016, M. P. María Victoria Calle Correa, y Auto 233 de 2016, M. P. Luis Guillermo Guerrero Pérez.

⁵⁷ Procuraduría General de la Nación, Incidente de impacto fiscal contra la Sentencia de la Corte Constitucional C-101 de 2013, p. 2.

si es suficiente la alteración del presupuesto de una entidad, de un ente territorial, o si es necesaria una afectación de todo el presupuesto nacional.⁵⁸ Sin duda, la expresión “alteración seria” es infortunadamente ambigua e indeterminada.

Finalmente, es importante señalar que la Ley 1695 de 2013 incurrió en una omisión legislativa porque no prevé ninguna forma de control judicial sobre el desarrollo del plan de cumplimiento cuando se ha decidido favorablemente el IIF. Es decir, la ley no permite que los jueces intervengan para verificar que se cumpla la decisión judicial bajo los parámetros del plan de cumplimiento presentado por el ministro o el procurador. Se podrá afirmar que, en caso de incumplimiento, se puede iniciar un proceso nuevo de tutela o constitucionalidad. Sin embargo, lo ideal habría sido fomentar una actividad dialógica y cooperativa entre los poderes del Estado para lograr el cumplimiento de una decisión judicial de manera compatible con la preservación de la sostenibilidad fiscal. En teoría, al menos, esa era la lógica que inspiraba la incorporación del IIF.

4. Conclusiones

La Corte Constitucional afirmó que el IIF no es una violación de la autonomía judicial porque no se coacciona, condiciona o influencia al juez antes de adoptar su decisión.⁵⁹ Sin embargo, el tribunal se abstuvo de analizar si algunos de esos tres fenómenos ocurren en el momento de decidir el propio IIF que se tramita con posterioridad a la sentencia. Para conjurar ese riesgo, la propuesta de este artículo es que los argumentos relacionados con la sostenibilidad fiscal sean manifestados durante el procedimiento judicial. De esa manera, una vez proferida la sentencia, adquiere un carácter definitivo y debe ser cumplida sin posibilidad de ser recurrida.

Sin duda alguna, existe un menor grado de presión sobre el juez cuando los argumentos consecuencialistas hacen parte de la deliberación dentro del procedimiento inicial, y la Corte es libre de tenerlos en cuenta en una decisión que pondrá punto final al desacuerdo. Por el contrario, hay una limitación excesiva de la autonomía judicial cuando se establece un incidente de trámite obligatorio contra una decisión en firme y se cuestionan directamente las órdenes proferidas por la Corte Constitucional. Si se reconoce la facultad de la Corte para diferir los efectos de sus decisiones en un IIF, nada impide mantener esa misma competencia, pero sin una intervención posterior a la decisión final.

Esta propuesta se enmarca dentro de un constitucionalismo sensible a la protección de los derechos y al costo de las decisiones judiciales. El objetivo de este artículo ha sido cuestionar el mecanismo de IIF, como un primer paso dentro de la larga deliberación necesaria para construir un sistema sólido de garantía efectiva de los

⁵⁸ *Ibid.*, p. 3.

⁵⁹ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-288/2012.

derechos y un Estado de bienestar avanzado, y ubicar correctamente las amenazas a la sostenibilidad fiscal en Colombia. Muchas de esas amenazas se encuentran, sin duda alguna, lejos de los tribunales y de los ciudadanos que reclaman legítimamente la protección judicial de sus derechos.

Bibliografía

- ARANGO, Rodolfo, “Sustitución del Estado social de derecho por un Estado fiscal”, *Revista Zero*, núm. especial, 2011.
- BERGALLO, Paola, “El caso Mendoza, una experiencia de judicialización cooperativa”, en Roberto Gargarella (comp.), *Por una justicia dialógica*, Buenos Aires, Siglo XXI Editores, 2014.
- BERNAL PULIDO, Carlos, “Estructura y límites de la ponderación”, *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 26, 2003, pp. 225-238.
- BREWER-CARÍAS, Allan, “El sistema de justicia constitucional en la República Dominicana y la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional y de los Procedimientos Constitucionales (2011)”, *Estudios Constitucionales*, vol. 9, núm. 1, 2011, pp. 303-338.
- CARBONELL, Miguel (ed.), *Neoconstitucionalismo(s)*, Madrid, Trotta, 2003.
- CLAVIJO, Sergio, “Fallos y fallas económicas de las altas cortes. El caso de Colombia 1991-2000”, *Revista de Derecho Público*, núm. 12, 2001, pp. 27-66.
- _____, “La Corte Constitucional y el fin de los regímenes pensionales especiales”, *La República*, 21 de mayo de 2013. Disponible en: http://www.larepublica.co/la-corte-constitucional-y-el-fin-de-los-reg%3ADmenes-pensionales-especiales_38967.
- CEPEDA ESPINOSA, Manuel José, *Las Sentencias de la Corte con implicaciones económicas: reflexiones con ánimo constructivo*, ponencia presentada en las XXVIII Jornadas Colombianas de Derecho Tributario, 2004.
- _____, “Social and Economic Rights and the Colombian Constitutional Court”, *Texas Law Review*, núm. 89, 2011, pp. 1699-1705.
- COMANDUCCI, Paolo, “Formas de (neo)constitucionalismo: un análisis metateórico”, *Isonomía: Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, núm. 16, 2002, pp. 90-112.
- CONSEJO DE ESTADO, Auto de 28 de mayo de 2013, Asunto: IJ 250002326000199900002-04 y 2000-00003-04, M. P. Enrique Gil Botero.
- CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, Sentencia T-595/2002, M. P. Manuel José Cepeda Espinosa.
- _____, Sentencia C-253/2010, M. P. Nilson Pinilla Pinilla.
- _____, Sentencia C-1052/2012, M. P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.
- _____, Sentencia C-870/2014, M. P. Luis Guillermo Guerrero Pérez.
- _____, Sentencia T-480/2016, M. P. Alberto Rojas Ríos.
- _____, Auto 184 de 2016, M. P. María Victoria Calle Correa.

- _____, Auto 233 de 2016, M. P. Luis Guillermo Guerrero Pérez.
- _____, Auto 186 de 2017, M. P. Alberto Rojas Ríos.
- CORTE CONSTITUCIONAL DE SUDÁFRICA, Caso Government of the Republic of South Africa and Others v. Grootboom and Others (CCT11/00), 2000. ZACC 19; 2001 (1) SA 46; 2000 (11) BCLR 1169, 4 de octubre de 2000.
- _____, Caso Occupiers of 51 Olivia Road, Berea Township and 197 Main Street Johannesburg v. City of Johannesburg and Others (24/07), 2008, ZACC 1; 2008 (3) SA 208 (CC); 2008 (5) BCLR 475 (CC), 19 de febrero de 2008.
- CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LOS ESTADOS UNIDOS, Caso Brown v. Board of Education of Topeka, 347 U.S. 483 (1954).
- CRIVELLI, Elisabetta, *La tutela dei diritti fondamentali e l'accesso alla giustizia costituzionale*, Padova, Cedam, 2003.
- DAVIS, Fergal, "Parliamentary Supremacy and the Re-Invigoration of Institutional Dialogue in the UK", *Parliamentary Affairs*, vol. 67, 2014, pp. 137-150.
- DIXON, Rosalind, "Creating dialogue about socioeconomic rights: Strong-form versus weak-form judicial review revisited", *International Journal of Constitutional Law*, vol. 5, núm. 3, 2007, pp. 391-418.
- DWORKIN, Ronald, *Los derechos en serio*, Barcelona, Ariel, 2012.
- EWING, Keith, "The Human Rights Act and Parliamentary Democracy", *The Modern Law Review*, vol. 62, núm. 1, enero, 1999, pp. 79-99.
- FERRAJOLI, Luigi, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, 7 ed., Madrid, Trotta, 2010.
- _____, *Democracia y garantismo*, 2 ed., Madrid, Trotta, 2010.
- FERRERES COMELLA, Víctor, "Amending the national Constitutions to Save the Euro: Is This the Right Strategy?", *Texas International Law Journal*, vol. 28, núm. 2, 2013, pp. 223-240.
- FISS, Owen, *El derecho como razón pública*, Barcelona, Marcial Pons, 2007.
- GARDBAUM, Stephen, *The New Commonwealth Model of Constitutionalism*, Cambridge, Cambridge University Press, 2013.
- KALMANOVITZ, Salomón, "Las consecuencias económicas de los fallos de la Corte Constitucional", *Economía Colombiana*, núm. 276, 1999, pp. 124-130.
- NINO, Carlos Santiago, *La constitución de la democracia deliberativa*, Barcelona, Gedisa, 1997.
- PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN, Incidente de Impacto Fiscal contra la Sentencia de la Corte Constitucional C-101 de 2013.
- RISHWORTH, Paul, "Interpreting Enactments: sections 4, 5, and 6", en Paul RISHWORTH *et al.*, *The New Zealand Bill of Rights*, Oxford, Oxford University Press, 2003, pp. 116-167.
- ROA ROA, Jorge Ernesto, "El modelo de constitucionalismo débil y la legitimidad democrática de la justicia constitucional en Colombia", *Serie de Documentos de Trabajo del Departamento de Derecho Constitucional de la Universidad Externado de Colombia*, núm. 40, 2015, pp. 1-22.

- ROACH, Kent, *The Supreme Court On Trial*, Toronto, Irwin Law, 2001.
- RODRÍGUEZ, César (coord.), *Más allá del desplazamiento. Políticas, derechos y superación del desplazamiento forzado en Colombia*, Bogotá, Universidad de los Andes - Facultad de Derecho - Ediciones Uniandes, 2009.
- SAFFON, María Paula y Mauricio GARCÍA-VILLEGAS, “Derechos sociales y activismo judicial. La dimensión fáctica del activismo judicial en derechos sociales en Colombia”, *Revista Estudios Socio-Jurídicos*, vol. 13, núm. 1, 2011, pp. 75-107.
- SAGER, Lawrence, *Juez y democracia*, Barcelona, Marcial Pons, 2007.
- SOLANO GONZÁLEZ, Edgar, *Sentencias manipulativas e interpretativas y respeto a la democracia en Colombia*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2000.
- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE ESPAÑA, Sentencia 45/1989.
- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL FEDERAL DE ALEMANIA, Sentencia de la Sala Segunda de 21 de junio de 2016, 2 BvR 2728/13.
- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE PORTUGAL, Acórdao 353/2012.
- _____, Acórdao 187/2013.
- TUSHNET, Mark, *Weak Courts, Strong Rights. Judicial Review and Social Welfare Rights in Comparative Constitutional Law*, Princeton, Princeton University Press, 2008.
- _____, “Varieties of Constitutionalism”, *International Journal of Constitutional Law*, vol. 14, núm. 1, 2016.
- UPRIMNY, Rodrigo, “Legitimidad y conveniencia del control constitucional a la economía”, *Revista Precedente*, núm. 25, 2006, pp. 37-68.

VOLVER A LA TABLA DE CONTENIDO

Jânia Maria Lopes Saldanha* (Brasil)
Clara Rossatto Bohrz** (Brasil)

A vulnerabilidade nas decisões da Corte Interamericana de Diretos Humanos (Corte IDH): impacto nas políticas públicas e no modelo econômico dos Estados

“Estávamos todos à mercê, que o corpo era a casa inteira,
a única garantida, no tempo vulnerável que o atendia”.
A desumanização. VALTER HUGO MÃE.

RESUMO

O trabalho investiga acerca da elaboração do conceito de vulnerabilidade na jurisprudência da Corte IDH, relacionando-o com a violação dos direitos econômicos, sociais e culturais. Demonstra-se que a Corte Interamericana de Direitos Humanos tem enfrentado o tema da vulnerabilidade em inúmeros casos. Por isso tem condenado os Estados que, obrigados convencional e constitucionalmente, devem cumprir tais decisões e, por consequência, veem-se compelidos a adotar políticas públicas e assumir seu compromisso com a justiça social, malgrado adotem políticas econômicas neoliberais e assumam as feições de Estados “reguladores”.

Palavras-chave: vulnerabilidade, direitos sociais, Corte IDH, Estado social, modelo econômico.

* Pós-Doutora em Direito do IHEJ – Institut des Hautes Études sur la Justice, Paris. É coordenadora e professora do Departamento de Direito e do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Maria (UFSM), Rio Grande do Sul, Brasil. Foi professora visitante 2016/2017 no IHEAL – Institut des Hautes Études de l’Amérique Latine, Université Sorbonne Nouvelle, Paris. Advogada. jantiasaldanha@gmail.com

** Bolsista PIBIC – CNPQ – orientada por Jânia Maria Lopes Saldanha. Graduada do curso de Direito da UFSM. Membro do grupo de pesquisa Centro de Ciências Jurídicas Comparadas, Universalização do Direito e Sistemas de Justiça (CCULTIS). clararossatto96@gmail.com

ZUSAMMENFASSUNG

Der Beitrag untersucht die Herausarbeitung des Gefährdungskonzepts in der Rechtsprechung des Interamerikanischen Gerichtshofs für Menschenrechte (IAGMR) und setzt es in Beziehung zur Verletzung von wirtschaftlichen, sozialen und kulturellen Rechten. Es wird nachgewiesen, dass sich der Interamerikanische Gerichtshof für Menschenrechte in unzähligen Fällen mit der Frage der Gefährdung befasst hat. Dabei hat er Urteile gegen Staaten ausgesprochen, die aufgrund ihrer Verfassungen oder der von ihnen unterzeichneten Abkommen zur Umsetzung solcher Entscheidungen verpflichtet sind und daher in der Verantwortung stehen, öffentliche Politikmaßnahmen im Sinne der sozialen Gerechtigkeit zu ergreifen, obwohl sie eine neoliberale Wirtschaftspolitik betreiben und sich den Anschein von „regulierenden“ Staaten geben.

Schlagwörter: Gefährdung, soziale Rechte, IAGMR, Sozialstaat, Wirtschaftsmodell.

ABSTRACT

The work researches the unfolding of the concept of vulnerability in the Inter-American Court case-law, relating it to the violation of economic, social and cultural rights. It is demonstrated that the Inter-American Court of Human Rights has faced the issue of vulnerability in numerous cases. That is why it has condemned those states which, conventionally and constitutionally bound, must comply with such decisions and, consequently, are compelled to adopt public policies and assume their commitment to social justice, in spite of adopting neoliberal economic policies and assuming the features of “regulatory” States.

Key words: Vulnerability, social rights, IACHR, Social State, economic model.

Introdução

Este texto tem por finalidade analisar o contexto histórico, político e econômico dos casos analisados pela Corte IDH em que a vulnerabilidade ou vulnerabilidade extrema são consideradas no julgamento de violações causadas, quer pela omissão, quer pela má atuação dos Estados. Dada a amplitude do questionamento optou-se por fazer um recorte substancial, centrando-se a análise no fenômeno sócio-jurídico-político da vulnerabilidade que vitimiza e mantém milhões de seres humanos à margem das riquezas e dos serviços públicos estatais.

Os fatores que produzem essa lamentável condição são variados e multidimensionais. Considerando tal característica e tendo presente que os direitos econômicos, sociais e culturais (DESC), dentre o conjunto de direitos humanos previstos em textos internacionais e nas Constituições, são aqueles que mais tardiamente receberam atenção de instituições como os tribunais internos e as Cortes de direitos humanos, escolheu-se relacionar as situações de vulnerabilidade como efeito da violação desses direitos.

Ao longo dos anos, a chegada à Corte Interamericana de Direitos Humanos de demandas que denunciam a violação dos DESC tem exigido desse Tribunal a realização de uma atividade hermenêutica muito particular, tendo em vista que tais direitos estão previstos de forma muito ampla no artigo 26 da Convenção Americana de Direitos Humanos. Embora presentes nas razões de decidir dos juízes apenas por “ricochete” – isto é, como estando em um segundo plano em relação aos direitos civis e políticos (ainda que reconhecida a universalidade e indivisibilidade das duas categorias de direitos) –, essa situação conheceu gradativas mudanças nos últimos anos, passando a ser amiúde localizados no centro das razões de decidir e relacionados a inúmeras situações de vulnerabilidade.

As decisões da Corte IDH nesse sentido têm imposto um conjunto de medidas em termos de políticas públicas, de controle de convencionalidade e de respeito aos princípios de justiça social inscritos na Convenção Americana de Direitos Humanos, e também nas Constituições, as quais interferem nas matrizes clássicas do direito público interno, assim como no sistema econômico previsto nas Cartas Políticas.

Trata-se do efeito expansivo das decisões da Corte quanto às políticas públicas internas, e de uma recomendação, com força vinculante, para que os Estados cumpram com as promessas do Estado social presentes nas Constituições e nas Convenções, ainda que na prática a força dos interesses da economia e o padrão ultraliberal do capitalismo global reduza esses mesmos Estados a agentes reguladores das forças do mercado e, ao mesmo tempo, deixe a via aberta ao predomínio da lógica concorrencial. O caminho percorrido tem como ponto de partida a análise da vulnerabilidade sob uma dupla dimensão, qual seja: a do seu reconhecimento doutrinário e a da sua construção teórica na jurisprudência da Corte IDH (Parte 1).

Em complementação a essa primeira parte, foram observados alguns poucos casos em que a vulnerabilidade e a vulnerabilidade extrema foram aplicadas em decisões da Corte de direitos humanos. Alerta-se o leitor de que os casos não foram esgotados e sequer seria essa a pretensão. A dimensão do relato extrapolaria em muito os propósitos deste texto. Mas optou-se por dar atenção a quatro países da América Latina – de distintas dimensões geográficas e com níveis de desenvolvimento também variado. Ao final, intentou-se demonstrar que as decisões condenatórias dos Estados por violação de direitos humanos econômicos, sociais e culturais são incompatíveis com Estados cujas Constituições estabelecem tanto parâmetros de justiça social embasados no modelo de Estado intervencionista, quanto previsões dos direitos econômicos, sociais e culturais em seu conjunto de direitos fundamentais (Parte 2).

PARTE I

O reconhecimento da vulnerabilidade com relação aos direitos econômicos, sociais e culturais (DESC) na jurisprudência da Corte IDH

As políticas estatais de proteção social, que implicam em escalas de proteção por um lado, se veem confrontadas por políticas de austeridade por outro. As primeiras têm experimentado inúmeras reduções a partir do colapso do modelo de Estado social, enquanto que as segundas fazem parte das ações governamentais em vários quadrantes, dada a imposição global dos princípios neoliberais. Disso resulta a intensificação dos fatores de vulnerabilidade e também o surgimento de novos fatores.¹ Mas a vulnerabilidade expressa de igual modo uma situação estratégica, na medida em que evidencia uma diferença situacional que reivindica formas de compensação como contenção e estabelecimento de equilíbrio entre as diferenças.² Por isso é tema que tem ocupado tanto a doutrina quanto também inúmeras instâncias internacionais (Cap. 1).

A Corte IDH tem enfrentado inúmeras situações de vulnerabilidade. Assim, ao longo dos anos teve a habilidade e a sabedoria de criar uma tipologia da vulnerabilidade latino-americana (Cap. 2).

1. O reconhecimento da vulnerabilidade: geometria variável no tempo e no espaço

Desde as obras de Amartya Sen – esse autor tratou de pensar as causas da desigualdade –,³ o problema da vulnerabilidade humana tem sido alvo de estudos avançados por parte dos teóricos em ciências humanas. Mas foi no contexto das catástrofes naturais que o termo passou a ocupar a atenção dos especialistas em ciências aplicadas.⁴ Nesse campo em particular, a vulnerabilidade foi definida e interpretada em consideração aos riscos, aos envolvidos e à capacidade de reação humana às catástrofes. Seus elementos fundamentais podem ser identificados como: a) a situação ou condição das vítimas (individuais ou em grupos); b) a

¹ Veja-se os números assustadores de exclusão indicados pelos Médecins du Monde. Disponível em <http://www.medecinsdumonde.org/Nos-Combats/Priorites-d-action>

² Samantha Besson, *La vulnérabilité et la structure des droits de l'homme: l'exemple de la jurisprudence de la cour européenne des droits de l'homme*, em Laurence Burgorgue Larsen, *La vulnérabilité saisie par les juges en Europe*, Paris, Pedone, 2014.

³ Amartya Sen, *Repenser l'inégalité*, Paris, Seuil, 2000.

⁴ Andreas Lampis, *Vulnerabilidad y adaptación al cambio climático. Debates acerca del concepto de vulnerabilidad y su medición*. Disponível em <http://www.revistas.unal.edu.co/index.php/rcg/article/view/37017/43839>.

existência de uma ameaça subjacente; c) a capacidade de adaptação aos riscos e aos efeitos dos desastres.⁵

Mapear as situações de vulnerabilidade global – de várias origens – em que se encontram milhões de seres humanos é importante, do ponto de vista da sociologia, para entendê-las e nomeá-las, a fim de que sejam construídas respostas institucionais – para reduzi-las, se não eliminá-las. Para isso, do ponto de vista do direito é preciso criar condições de intervenção que amiúde são de responsabilidade dos Estados no campo específico das políticas públicas. Trata-se, assim, de um problema não apenas político, mas também, e sobretudo, normativo.

Encontrar as causas da vulnerabilidade humana pressupõe uma consideração de dupla face: observar o tempo e o espaço em que elas são produzidas. É o efeito do contexto temporal e espacial que permitirá que a vulnerabilidade seja entendida como um fenômeno que não escapa às transformações da sociedade e do próprio Estado. Essa consideração torna mais fácil compreender que os indivíduos em situação de vulnerabilidade especial, como as crianças, as mulheres, as pessoas com necessidades especiais, ou os grupos, como o dos desempregados, dos migrantes, das minorias étnicas, religiosas, sexuais, entre outros, podem encontrar-se em distintas condições de fragilidade e que exigem respostas também diferenciadas.

A condição de vulnerabilidade de pessoas ou de grupos, por reunir um caráter transversal e plástico,⁶ torna possível sua compreensão a partir de vários campos do conhecimento. É, assim, um estímulo e um desafio. Ela é de geometria variável e flutuante, porque se refere às experiências da vida e à vida em comum em relação ao campo político. Entretanto, a amplitude das situações não pode ser abordada no espaço limitado deste trabalho. Por isso, a atenção estará centrada na vulnerabilidade econômica que, como é sabido, se acentuou no quarto final do século XX em razão das transformações sofridas pelo modelo econômico mundial, que repercutiram de maneira importante nos padrões de produção, nas relações de trabalho e nos níveis avassaladores de desemprego no plano interno dos Estados.

A crise do petróleo da década de setenta daquele século modificou a dinâmica do Estado social e provocou o que pode ser denominado de vulnerabilidade econômica estrutural, a qual aportou ao século XXI, de maneira ainda mais perversa, na forma de vulnerabilidade extrema. O modelo econômico, que da feição neoliberal passa a ter a feição ultraliberal,⁷ definitivamente não oferece aos membros das sociedades a

⁵ Rosmerlin Estupiñan-Silva, La vulnerabilidad en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: esbozo de una tipología, em *Derechos humanos y políticas públicas*, p. 197. Disponível em https://www.upf.edu/dhes-alfa/materiales/res/dhpp_pdf/DHPP_Manual_v3.193-232.pdf.

⁶ Marc- Henry Soulet, La vulnerabilité, une ressource a manier avec prudence, em Laurence Burgorge-Larsen (dir.), *La vulnérabilité saisie par les juges en Europe*, Paris, Pedone, 2014, p. 11.

⁷ “No plano econômico ele envolve o neoliberalismo e seus intentos de desmantelamento do Welfare state e a consolidação da ordem espontânea do mercado. No plano

garantia de manutenção das condições minimamente dignas de vida, o que fragiliza, pouco a pouco, a existência individual e coletiva.

Por outro lado, é bom lembrar, os compromissos sociais dos Estados tiveram início na passagem do Século XIX para o Século XX com a adoção, por inúmeros países ocidentais, de um novo regime de responsabilidade por acidentes de trabalho. Foi o tempo do surgimento de um quadro normativo protetivo dos direitos dos trabalhadores no plano interno de muitos Estados, e que se destinava a reduzir as condições de vulnerabilidade dos trabalhadores, submetidos a extensas jornadas de trabalho, a condições precárias de atividades e ao gozo ínfimo de direitos.

No plano global, a constituição pioneira da OIT – Organização Internacional do Trabalho – em 1919 foi o resultado da intensa mobilização de inúmeros países para estabelecer um marco comum em matéria de proteção trabalhista. Mas o reconhecimento da justiça social como um valor – inserido no texto de inúmeras Constituições no século XX – foi expresso de maneira central no texto da Declaração da Philadelphia de 1944. A comunidade internacional, extraindo lições das tragédias produzidas pelas duas grandes guerras, afirmou solenemente que “não existiria paz durável sem justiça social”.⁸

É nessa perspectiva que a compreensão das situações de vulnerabilidade depende da consideração do contexto relacional, ou seja: os indivíduos e os grupos são vulneráveis apenas em certas condições existenciais no âmbito da vida em sociedade entre indivíduos e grupos reciprocamente, e entre esses últimos e as instituições públicas e privadas. Interessa sobremaneira a relação com o ente estatal, que é, em geral, por previsão constitucional, o responsável pela promoção do desenvolvimento econômico e pelo respeito à dignidade humana.⁹ Dessa maneira, a vulnerabilidade é, por essência, uma propriedade das relações sociais.

A geometria variável que caracteriza a vulnerabilidade econômica pode ser percebida com relação a indivíduos e grupos considerando-se os momentos e as distintas situações, como, por exemplo, o desemprego, a carência de moradia, a falta de alimentos, o reduzido e difícil acesso aos sistemas de saúde e educacional; enfim, a privação de acesso aos serviços básicos para uma vida digna e que fazem parte dos “mínimos existenciais”, como o acesso à água, à energia elétrica e ao uso do solo, entre outros.¹⁰

Evidentemente, tais situações estão relacionadas ao acesso e ao gozo dos direitos econômicos, sociais e culturais que integram o direito internacional dos direitos

internacional ele se traduz pelo novo conservadorismo, ou seja: um messianismo que visa estender a lógica neoliberal ao mundo inteiro”, em Alain Supiot, *L'esprit de Philadelphie*, Paris, Seuil, 2010, pp. 29-30.

⁸ Alain Supiot, *Grandeur et misère de l'État social*, Paris, Collège de France/Fayard, 2013, p. 20.

⁹ Previsão que está na Constituição do Brasil, por exemplo, nos artigos 1.º e 3.º.

¹⁰ Fabienne Brugère, *La politique de l'individu*, Paris, République des idées/Seuil, 2013, p. 90.

humanos e que, por isso, estabelecem a responsabilidade estatal de cumpri-los, sendo hoje, também, paulatinamente imposta aos particulares – como no caso das empresas no contexto da responsabilidade social das empresas (RSE).¹¹

Assim, diante das inúmeras possibilidades de violação desses direitos, as quais submetem os indivíduos e grupos à situação de vulnerabilidade, o problema concreto é identificar tal situação com a finalidade de construir respostas efetivas para debelá-la ou reduzir seus efeitos nocivos. Ora, para aferir uma situação concreta de vulnerabilidade é preciso levar em conta que à vulnerabilidade corresponde o desejo de igualdade substancial. Ou seja: para ameaças iguais, igual vulnerabilidade. Afinal, não é difícil perceber que existem ameaças *standard*, como, por exemplo, o desemprego estrutural, a falta de moradia, a carência de acesso à saúde e à escola que, por consequência, produzem vulnerabilidades *standard* carentes de respostas mais ou menos comuns por parte dos Estados.

Porém, é também possível se afirmar que, no mundo da vida, há pessoas que são mais vulneráveis às ameaças *standard* do que outras, seja em razão de suas distintas situações pessoais, seja em razão do tempo e do espaço onde vivem. Com efeito, as alternativas criadas comumente para dar conta das vulnerabilidades gerais não são suficientes para esses indivíduos e grupos. É preciso, segundo Samantha Besson,¹² criar condições de inteligibilidade jurídica para proteger sua esfera de interesses e salvaguardá-las da situação de vulnerabilidade especial diante de ameaças que lhes são dirigidas. É o que acontece com o direito à não-discriminação, porquanto protege a igualdade de pessoas e categorias de pessoas especialmente vulneráveis. Veja-se o caso do grupo dos imigrantes indocumentados, que amiúde são discriminados pela sua condição de “estrangeiros”, pela sua condição de “indocumentados”, e que por isso têm enormes, e às vezes intransponíveis, barreiras para terem acesso a direitos econômicos sociais e culturais como o direito ao trabalho, à seguridade social e à educação.

Percebe-se um déficit geral por parte dos Estados categorizados como “em desenvolvimento” para responder ao problema do incremento das situações de vulnerabilidade. O Informe da ONU sobre desenvolvimento humano de 2016¹³ indica quatro políticas que deverão ser adotadas pelos Estados para favorecer os excluídos: a) chegar aos excluídos por meio de políticas universais; b) aplicar medidas para os grupos com necessidades especiais; c) empoderar os excluídos; d) construir um

¹¹ Alain Supiot e Mireille Delmas-Marty, *Prendre la responsabilité au sérieux*, Paris, PUF, 2015.

¹² Samantha Besson, *La vulnérabilité et la structure des droits de l'homme: L'exemple de la jurisprudence de la cour européenne des droits de l'homme*

¹³ Segundo esse relatório, na América Latina apenas Chile e Argentina estão inseridos entre os 51 países considerados com índice de desenvolvimento humano muito alto. Em *Rapport sur le développement humain 2016. Droits humains pour tous*, pp. 11 e 21. Disponível em <http://www.undp.org/content/undp/fr/home/librarypage/hdr/2016-human-development-report.html>.

desenvolvimento resiliente. As desigualdades estruturais que marcam as populações de inúmeros países estão ao centro da agenda do Horizonte 30 da ONU, para quem a necessidade de avançar para um sistema mundial mais justo pressupõe que nela esteja a previsão de reformas institucionais, a regulamentação dos mercados globais, o controle da governança das instituições multilaterais e o fortalecimento da sociedade civil.

De fato, esses são ideais a perseguir e realizar. Como massivamente ocorre na América Latina, até mesmo os Estados regidos por Constituições democráticas e que, portanto, incorporaram em seus textos o amplo catálogo dos DESC previstos nos textos internacionais, apresentam dificuldades em viabilizar o acesso das pessoas em condições de vulnerabilidade aos direitos humanos básicos.

Por a vulnerabilidade poder decorrer da negação dos direitos humanos sociais, econômicos e culturais previstos nos textos internacionais protetivos dos direitos humanos, não tardou para que os tribunais regionais de direitos humanos fossem provocados para decidirem sobre tais questões, como é o caso da Corte Interamericana de Direitos Humanos, tribunal esse que tem desenvolvido uma jurisprudência muito particular nessa matéria.

2. A construção da tipologia da vulnerabilidade e os DESC na jurisprudência da Corte IDH

O termo vulnerabilidade não está presente nos textos das três Convenções de Direitos Humanos – europeia, americana e africana –, embora esta última faça referência no art. 22 ao direito dos povos ao pleno desenvolvimento econômico, social e cultural. Mas, como se pode constatar, a vulnerabilidade tem sido invocada perante a jurisdição da Corte Europeia de Direitos Humanos (CEDH), que, em face ao dever convencional e à motivação das decisões, tem sido levada a enfrentar e decidir sobre a matéria, que não só é complexa, mas polissêmica. Em boa parte dos casos julgados, quando a Corte Europeia se refere à vulnerabilidade o faz para destacar os deveres de prestações positivas dos Estados.¹⁴

A jurisprudência da CEDH demonstra que o tribunal não apenas protege os casos de vulnerabilidade geral frente à violação de direitos humanos, mas, acima de tudo, protege a vulnerabilidade especial de indivíduos e grupos com relação ao que ela identifica como obrigações especiais – a exemplo do caso dos demandantes de asilo.¹⁵ Talvez devido à omissão da vulnerabilidade nos textos normativos que orientam a atividade da Corte, assim como a de outros tribunais internacionais, ela

¹⁴ Cour EDH, Gr. Ch., 17 janvier 2012, *Stanev c. Bulgarie*, §§ 153-154. Disponível em hudoc.echr.coe.int/app/conversion/pdf/?library=ECHR.

¹⁵ Cour EDH, Gr. Ch., 21 janvier 2011, *M.S.S c. Belgique et Grèce*, § 251. Disponível em http://www.zidhp.eu/images/cedh--affaire-mss-c_150612.pdf.

é tímida em definir claramente o que entende por vulnerabilidade. Ora afirma ser um “estado de fato a observar”, ora entende ser um “estado de fato manifesto” que não depende de prova particular.¹⁶

No âmbito da aplicação da Convenção Americana de Direitos Humanos, para reconhecer a situação de vulnerabilidade das vítimas a Corte IDH pratica duas ações interpretativas importantes.¹⁷

Na primeira, ela analisa o “contexto da vulnerabilidade (CV)”. Na segunda, ela analisa o “sujeito vulnerável (SV)”. Para analisar o CV ela realiza: (a) um teste de vulnerabilidade destinado a verificar as limitações de acesso das pessoas aos direitos convencionais, e (b) ela analisa as dinâmicas estruturais dos Estados para respeitar os direitos convencionais, o que depende de cada realidade social.¹⁸

Por outro lado, para analisar o SV a Corte IDH considera: (a) a sensibilidade das pessoas e grupos frente às ameaças, especialmente em relação à fragilidade física e à fragilidade social. Esta última torna pessoas ou grupos sensíveis às ameaças, como os trabalhadores, os indígenas, os migrantes, os desempregados, os pobres, entre outros; (b) uma tipologia da vulnerabilidade que decorre (b1) da condição pessoal e, (b2) de uma situação específica, como a dos migrantes, dos desempregados, dos presos, etc.¹⁹

Tem relevância para responder aos propósitos deste trabalho investigar os casos levados à Corte IDH que, ao envolverem questões relacionadas à violação de direitos sociais, econômicos e culturais relacionados à situação de vulnerabilidade, repercutem nas políticas públicas dos Estados e também no modelo econômico previsto na Constituição.

Tratar do reconhecimento e previsão global dos direitos econômicos, políticos e sociais é, em primeiro lugar, afirmar a sua natureza interdependente e indivisível. No âmbito dos marcos normativos globais, a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 é a maior expressão dessa natureza. A Declaração de Viena de 1993, em seu parágrafo 5º reproduz normativamente a interpretação doutrinária feita da Declaração Universal, ou seja: que os direitos humanos detêm aquelas duas importantes características que definem seu núcleo essencial. Em harmonia com esses dois

¹⁶ Samantha Besson, *La vulnérabilité et la structure des droits de l'homme. L'exemple de la jurisprudence de la cour européenne des droits de l'homme*, em Burgorgue-Larsen, Laurence, *La vulnérabilité saisie par les juges en Europe*, Paris, Pedone, 2014, p. 67.

¹⁷ Essa tipologia foi criada por Rosmerlin Estupiñan-Silva. Todas as referências apresentadas neste texto são desta autora, em *La vulnérabilité dans la jurisprudence de la Cour interaméricaine des droits de l'homme. Esquisse d'une typologie*, em Laurence Bourgorgue-Larsen, *La vulnérabilité saisie par les juges en Europe*, Paris, Pedone, 2014, pp. 89-116.

¹⁸ Rosmerlin Estupiñan-Silva, *La vulnérabilité dans la jurisprudence de la Cour interaméricaine des droits de l'homme. Esquisse d'une typologie*, em Laurence Bourgorgue-Larsen, *La vulnérabilité saisie par les juges en Europe*, Paris, Pedone, 2014, pp. 89-116.

¹⁹ Rosmerlin Estupiñan-Silva, *La vulnérabilité dans la jurisprudence de la Cour interaméricaine des droits de l'homme. Esquisse d'une typologie*, em Laurence Bourgorgue-Larsen, *La vulnérabilité saisie par les juges en Europe*, Paris, Pedone, 2014, p. 89-116.

textos, o Pidesc – Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais de 1966 –alargou a previsão de direitos humanos já prevista na Declaração Universal.²⁰

Os direitos sociais do trabalho, à justa remuneração, o direito de associar-se a sindicatos, os direitos à moradia, à educação, à previdência social, à saúde, entre outros, foram contemplados nesse texto normativo – previsões essas que obrigam moral e juridicamente os Estados a cumpri-los. Além de serem autoaplicáveis, esses direitos carregam a marca da progressividade para a sua implementação. Com esse fim, os Estados devem utilizar todos os recursos disponíveis internamente, conforme prevê o art. 2º, § 1º do Pidesc.

Um texto especial global, o Protocolo de San Salvador²¹ estabelece um conjunto de direitos econômicos, sociais e culturais que complementa o Pidesc e reforça o dever dos Estados-partes de respeitar e efetivar os direitos sociais. Nesse rol de direitos está compreendido o direito à não discriminação, ao trabalho, à sindicalização, à previdência social, à saúde, à alimentação, à educação, aos benefícios da cultura, à proteção à família, às crianças, aos idosos e às pessoas deficientes.

Em nível internacional, os Objetivos do Milênio da ONU²² são uma indicação precisa do lugar ocupado pelos direitos econômicos, sociais e culturais, na medida em que apresentam orientações para a redução da miséria e da fome, para elevar os níveis de educação, para reduzir os problemas ambientais e para melhorar o acesso e as condições de trabalho, etc. As ações de monitoramento²³ do sistema onusiano têm nos Objetivos do Milênio mais uma motivação para verificar se os Estados, apesar da margem de apreciação²⁴ que possuem, adotam todas as medidas possíveis a fim de evitar ao máximo o retrocesso social.

De fato, ao longo dos anos a dificuldade de definir esses direitos no plano interno dificultou sua juridicidade. Daí a necessidade de construir um modelo próprio para os direitos econômicos, sociais e culturais. Parte da doutrina latino-americana defende essa posição no sentido de que devem ser identificadas obrigações fundamentais vinculadas aos direitos econômicos e sociais. Para isso devem ser reconhecidas: a) a obrigação de garantir um mínimo essencial relacionado às obrigações imediatas dos Estados e que estão relacionadas ao gozo de outros direitos e; b) uma obrigação

²⁰ O Pacto, atualmente, está ratificado por 153 Estados. Disponível em https://treaties.un.org/pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV3&chapter=4&lang=fr.

²¹ Com entrada em vigor em 1999. Disponível em http://www.cidh.org/Basicos/Portugues/e.Protocolo_de_San_Salvador.htm

²² Disponível em <http://www.un.org/millenniumgoals/>.

²³ Relatórios que os Estados devem encaminhar descrevendo as ações administrativas, legislativas e judiciais adotadas a fim de conferir observância aos direitos reconhecidos no PIBESC. Esta parte do trabalho relativa aos DESC foi construída juntamente com Márcio Moraes Brum, ex-aluno e pesquisador do PPG em Direito da UFSM.

²⁴ Jânia Saldanha e Márcio Brum, *A margem nacional de apreciação e sua (in)aplicação pela Corte Interamericana de Direitos Humanos em matéria de anistia: uma figura hermenêutica a serviço do pluralismo ordenado*. Disponível em <http://www.scielo.org.mx/pdf/amdi/v15/v15a6.pdf>.

de progressividade dos direitos econômicos, sociais e culturais, atentando-se para as realidades de cada Estado e ao máximo de recursos disponíveis.

Essa forte orientação interpretativa guarda um sensível contato com a substancialidade de outros direitos previstos na Convenção Americana. É justamente o que se pode perceber da jurisprudência da Corte IDH, que em sua prática jurisdicional tem feito do núcleo essencial dos direitos econômicos, sociais e culturais a luz para o reconhecimento do conteúdo mínimo essencial de outros direitos humanos, como o direito à vida. E tais decisões inevitavelmente responsabilizam os Estados, interferem em suas políticas públicas e reivindicam que seja aplicado o modelo econômico comprometido com a justiça social que as Constituições preveem.

PARTE II

A aplicação das decisões da Corte IDH pelos Estados: repercussão no direito público e no modelo econômico previsto constitucionalmente

A construção da tipologia da vulnerabilidade pode ser identificada em alguns dos casos julgados pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, a qual tem enfrentado tanto casos de vulnerabilidades gerais, quanto de especiais (Cap. 3). Essas decisões têm provocado impacto no direito público interno, nas políticas públicas e no sistema econômico (Cap. 4).

3. A aplicação da jurisprudência da Corte IDH e o reconhecimento de situações de vulnerabilidade

A análise da vulnerabilidade foi necessária para mostrar que os indivíduos e grupos violados em seus direitos econômicos, sociais e culturais se encontram, em geral, em tal situação. Então, o trato desses direitos em justiça é um problema que ainda deve ser enfrentado pelos tribunais de direitos do homem. Embora a chegada dos mesmos a Corte IDH ainda seja tímida – desde o ano de 2003 –, pode-se afirmar que esse tribunal tem enfrentado inúmeros casos que denunciam a omissão dos Estados em fornecer respostas efetivas aos quadros de violações dos DESC.

Tome-se como exemplo a OC - Opinião Consultiva n. 18 de 2003,²⁵ no julgamento da qual a Corte IDH reconheceu a categoria da fragilidade social a que estão expostos os imigrantes em situação ilegal. A Corte disse que os Estados têm o dever de respeitar os direitos trabalhistas de todos os trabalhadores independentemente de

²⁵ Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_18_esp.pdf, parágrafo 148 e 160.

sua condição de nacionais ou de estrangeiros, assim como também o de não tolerar as discriminações perpetradas contra esse grupo e tampouco a relação contratual de trabalho que desrespeite os *standards* mínimos internacionais. A Corte IDH acentua que os Estados devem garantir aos imigrantes a aplicação da normativa interna ou internacional que melhor proteja esses trabalhadores, considerados parte mais vulnerável na relação trabalhista – ainda mais vulneráveis do que os trabalhadores nacionais, embora se lhes deva assegurar os mesmos direitos que os atribuídos a esses últimos. Todas as medidas necessárias para que tal situação seja reconhecida e cumprida na prática devem ser adotadas pelos Estados.

A impunidade como decorrência de violências generalizadas acarretou ao grupo indígena Moiwana, do Suriname, uma condição generalizada de vulnerabilidade. Julgando o processo do mesmo nome – Moiwana vs. Suriname²⁶ –, de 2005, a Corte IDH, por meio do voto do juiz Cançado Trindade, disse que os membros dessa comunidade experimentaram um sentimento de indiferença pelo poder público e, por isso, uma perda de fé na razão e na consciência que governam o mundo. Eles sofreram pobreza e privações ante a impossibilidade de gozarem plenamente da possibilidade de se utilizarem de seus meios tradicionais e ancestrais de subsistência.

A vulnerabilidade derivada da pobreza e exclusão dos povos indígenas também foi reconhecida pela Corte IDH no caso – Yakye Axa vs. Paraguai²⁷ –, julgado em 2006. A consideração das características econômicas e sociais especiais em que se encontram os povos indígenas levou a Corte IDH a decidir que cabe aos Estados outorgar a proteção efetiva a tais grupos pela especial situação de vulnerabilidade oriunda do desrespeito ao seu direito consuetudinário, aos seus valores, usos e costumes. A Corte IDH destacou que a situação de risco e vulnerabilidade da Comunidade Indígena Yakye Axa foi provocada por negligência e debilidade em promover políticas públicas sociais apropriadas pelo próprio Estado do Paraguai. Por isso, a Corte condenou o Paraguai a disponibilizar de maneira imediata e periódica água potável, atendimento médico, alimentação, serviços sanitários e escolas.

O reconhecimento da condição de especial vulnerabilidade a que estão jogados determinados indivíduos ou grupos – seja por condição pessoal ou específica – exige dos Estados, com base nas determinações da Convenção Americana de Direitos Humanos, uma atenção particular sob pena de responsabilidade internacional. Este entendimento ficou marcado por ocasião do julgamento do caso – Comunidade Indígena de Sawhoyamaya vs. Paraguai²⁸ –, julgado em 2006, em cuja decisão foi reconhecida sua condição de extrema vulnerabilidade decorrente da pobreza extrema e inadequada satisfação dos direitos básicos, como saúde e educação.

²⁶ http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_124_esp1.pdf, parágrafos 79.

²⁷ Disponível em http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_125_esp.pdf, parágrafos 43 e 221.

²⁸ Disponível em http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_146_esp2.pdf, parágrafos 154 e 182.

Mais recentemente, a Corte IDH ao julgar o caso – Furlan y familia vs. Argentina²⁹ –, do ano de 2012, reitera seu entendimento acerca da vulnerabilidade, reafirmando que por se encontrar em situação de extrema vulnerabilidade uma pessoa deve receber do Estado uma proteção especial. Por isso, não basta que os Estados se abstenham de violar direitos. É preciso que sejam proativos. Assim, segundo a Corte IDH, é imperativo que adotem medidas positivas, determinadas em face das especiais condições de vulnerabilidade do sujeito de direito, seja por sua situação especial ou pela condição particular a que esteja submetido. Nesse caso concreto, a incapacidade derivava da idade jovem da vítima, agravada pela sua pobreza e exclusão social.

Decisões dessa natureza emitidas por um tribunal internacional contra os Estados pressupõem, para que sejam de direito e de fato efetivas, que os mesmos reconheçam e respeitem tal jurisdição – adotando no plano interno todas as medidas necessárias para cumpri-las. O exercício da soberania solidária³⁰ – a nova face desse clássico atributo estatal, provocada pela ampla circularidade de relações, pela permeabilidade entre o nacional e o internacional, e pela consciência de que há um destino comum da humanidade – produz como principal consequência a imposição da responsabilidade internacional estatal quando negligencia o respeito aos Direitos Humanos e, seja por ação ou omissão, produz vulnerabilidades extremas.

Por tais razões as sentenças da Corte IDH têm provocado um profundo impacto nas políticas públicas internas e, por consequência, no modelo econômico adotado nas Constituições.

4. As repercussões das decisões da Corte IDH em matéria de vulnerabilidade no direito público interno, nas políticas públicas e no modelo econômico

A referência à vulnerabilidade, ao reconhecimento dessa condição a indivíduos e grupos pela Corte IDH, bem como às condenações de inúmeros Estados da América Latina não apenas por omissão, mas, muitas vezes, por serem agentes provocadores da condição de vulnerabilidade de indivíduos, grupos e, até mesmo, de populações inteiras, foram todos antecedentes necessários para evidenciar que tais violações descumprem os compromissos constitucionais por eles assumidos e relacionados ao modelo econômico previsto nos textos constitucionais, e que descumprem, também, seu dever essencial de prestar justiça social. Esses compromissos assumidos pelos entes estatais são violados quando, do mesmo modo,

²⁹ http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_246_esp.pdf, parágrafos 134, 201.

³⁰ Sobre o tema, ver Alain Supiot (Dir.), *La solidarité. Enquête sur un principe juridique*, Paris, Odile Jacob, 2015, pp. 7-46.

descumprem total ou parcialmente os compromissos internacionais assumidos em matéria de respeito aos direitos humanos.

De fato, a Corte IDH tem desenvolvido nos últimos anos um importante papel em prol da implementação da cultura dos direitos humanos na América Latina. Seu protagonismo enquanto corte regional de direitos humanos é reconhecido pela doutrina jurídica latino-americana. O estímulo à cultura da convencionalidade na América Latina é atributo da Corte IDH. Assim, ela fomenta a emulação³¹ dos juízes nacionais – aplicadores natos da Convenção Americana de Direitos do Homem – que, por isso, agem com relativa independência em relação ao direito interno.

A constitucionalização do direito convencional pela Corte IDH tem sido acompanhada pela fiscalização que ela realiza sobre os atos dos Estados em cumprimento ao seu dever de convencionalidade. Com certeza, a correspondência estatal às previsões da Convenção se não produz o surgimento de um novo direito público, inevitavelmente leva à reconfiguração daquele que já existe. Nesse sentido, a relação de interdependência dos Estados produz como consequência o surgimento de um direito público “comum” na América Latina, que, segundo Armin Von Bogdandy,³² se destina a atingir três objetivos, quais sejam: a) avançar no respeito aos direitos humanos, ao estado de direito e à democracia; b) desenvolver o estado aberto e; c) construir instituições internacionais eficazes e legítimas.

Desse modo, o modelo econômico adotado pelo Estado³³ não pode estar dissociado desses outros compromissos assumidos internamente e do ponto de vista internacional para o desenvolvimento integral da pessoa humana. Nesse sentido, encontra-se na Constituição Argentina,³⁴ na alínea 19 do artigo 75, as atribuições do Congresso Nacional e a previsão explícita de que cabe a este poder prover o desenvolvimento humano e o progresso econômico com justiça social. Esse dispositivo deve ser interpretado de acordo com o texto do art. 14, que estabelece a proteção de um conjunto de direitos sociais como o trabalho, a seguridade social, o salário justo, o direito de sindicalizar-se, e a vida digna, entre outros.

Veja-se que a Constituição do Brasil, no mesmo sentido, estabelece no art. 3.º, como objetivos fundamentais da república: (a) a construção de uma sociedade livre, justa e solidária; (b) o desenvolvimento regional; (c) a erradicação da pobreza e a redução das desigualdades sociais; e: (d) a promoção do bem de todos e o fim

³¹ Mireille Delmas-Marty, *Les forces imaginantes du droit (II). Le pluralisme ordonné*, Paris, seuil, 2006, p. 39-53.

³² Armin Von Bogdandy, *Ius constitutionale commune latinoamericanum. Una aclaración conceptual*, em Armin Von Bogdandy, Hector Fix Fierro, Mariela Morales Antoniazzi (Coordenadores), *Construcción del ius constitutionale commune en America Latina. Rasgos, potencialidades y desafíos*, México, Unam/Maxplank Institut, 2014, p. 8.

³³ Drasticamente se limitou a análise apenas aos países envolvidos nos casos descritos no capítulo 3, aos quais foi acrescentado o Brasil como parte.

³⁴ Constituição Argentina. Disponível em <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/o-4999/804/norma.htm>.

de qualquer discriminação. A Constituição Brasileira possui um Título específico sobre a “Ordem econômica”, no qual estabelece que o Estado é o agente normativo e regulador da economia, e que nessa condição, entre outras atribuições, deverá zelar pela redução das desigualdades regionais e sociais. Da mesma maneira, tais previsões devem ser interpretadas em conjunto com os artigos 6.º e 7.º, que estabelecem e protegem os direitos sociais.

As previsões constitucionais do Paraguai alinham-se às anteriores. O artigo 176.º estabelece que a política econômica terá como fim fundamental a promoção do desenvolvimento econômico, social e cultural. Esta Constituição contém capítulos específicos³⁵ sobre saúde, educação e cultura, e trabalho.

Finalmente, a Constituição do Suriname³⁶ estabelece, no art. 6.º do Capítulo III, das Metas Sociais, os objetivos sociais do Estado e, dentre eles, a garantia de uma política nacional para aumentar o nível de vida, uma distribuição justa e equitativa da riqueza, o partilhamento das decisões em questões de produção, desenvolvimento econômico e planejamento. O artigo 41.º da Constituição prevê que as riquezas e recursos naturais são da Nação e devem ser utilizados para promover o desenvolvimento econômico, social e cultural.

Embora sejam conhecidos os recentes movimentos de resistência de alguns Estados latino-americanos, tanto às decisões da Corte IDH quanto da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, como Bolívia, Equador, Venezuela e Brasil – esse último por sua resistência às decisões da Comissão no caso “Belo Monte” –, há de ser considerado que no processo de interação entre a ordem regional de direitos humanos e as ordens nacionais o conceito vertebral por excelência dos Estados – a soberania – deve ser reconfigurado para que seja possível a sua convivência com instituições internacionais legítimas, eficazes e autônomas.

Esses traços são perfeitamente perceptíveis na atuação da Corte IDH, cujo trabalho está orientado a auxiliar na consolidação de um projeto de transformação democrática da América Latina na medida em que sua jurisprudência, que a coloca na condição de um autor *lawmaker*,³⁷ irradia efeitos tanto no plano interno quanto no plano internacional.

É por isso que as decisões que reconhecem aos trabalhadores migrantes os mesmos direitos que os dos trabalhadores nacionais têm provocado transformação das normas internas migratórias – como ocorre no Brasil,³⁸ país que recentemente aprovou sua nova Lei de Migração. De outro modo, o reconhecimento da extrema

³⁵ Capítulo VI, VII e VIII. Disponível em http://www.oas.org/juridico/spanish/par_res3.htm.

³⁶ Disponível em http://www.wipo.int/wipolex/es/text.jsp?file_id=209754.

³⁷ Armin Von Bogdandy, *Ius constitutionale commune latinoamericanum*. Una aclaración conceptual, em Armin Von Bogdandy, Hector Fix Fierro, Mariela Morales Antoniazzi (coords.), *Construcción del ius constitutionale commune en America Latina. Rasgos, potencialidades y desafíos*, México, Unam/Maxplank Institut, 2014., p. 12.

³⁸ Trata-se da Lei 13445 de 2017.

vulnerabilidade dos indígenas e o fato de terem o direito de ver respeitado o direito à seguridade, à permanência e ao trabalho em suas terras ancestrais, bem como o direito à saúde e à educação, levou os Estados condenados a adotar políticas públicas destinadas a reduzir a condição de extrema vulnerabilidade a que historicamente esses grupos foram submetidos. Essas são medidas que exigem do Estado atitude intervencionista e a adoção de políticas públicas compatíveis com as exigências de justiça social presentes no texto das Constituições e derivadas do modelo de Estado democrático de direito e inteiramente incompatíveis com o modelo de Estado “regulador” do mercado.

O sistema latino-americano também provoca em nível estatal uma releitura dos direitos civis e políticos em termos de efetivação de igualdade estrutural.³⁹ De fato, em relação a esses domínios, ele encontra correspondência nos direitos nacionais em face do constitucionalismo social de recente criação na América Latina, o qual provocou a expansão dos deveres estatais de proteção e garantia dos direitos fundamentais.

Para Ludovic Hennebel,⁴⁰ a atribuição de fiscalização da Corte IDH em processos contenciosos a fim de verificar o cumprimento efetivo de suas decisões pelos Estados, a coloca em condição similar à de uma verdadeira corte constitucional porque nenhuma lei interna ou ação estatal poderá estar em contradição com a Convenção Americana de Direitos Humanos. De fato, se a própria Corte tem decidido que os juízes nacionais são os primeiros com legitimidade para realizar o controle difuso de convencionalidade, será sua a última palavra nessa matéria – ainda que seu papel não seja o de uma “quarta instância jurisdicional” devido ao princípio da subsidiariedade.

Veja-se que no caso – *Bámaca Velásquez vs Guatemala*⁴¹ – a Corte afastou tratado bilateral sobre investimentos que autorizava o Estado a desapropriar terras para fins de utilidade pública, pois, segundo o direito convencional, tais acordos não justificam o desrespeito das obrigações resultantes da Convenção, reafirmando assim um conceito muito particular sobre o direito de posse e propriedade, porque neles reconhece o direito de permanência sobre o território, fundado na preservação das crenças e rituais vinculadas ao espaço ancestral. Esse é, de fato, um típico problema apresentado pelo pluralismo que afeta interesses comuns de Estados e de empresas privadas nacionais e transnacionais, e que chama a atenção acerca do modelo econômico previsto nas Constituições.

Ora, o dever de proteção previsto no sistema regional de direitos humanos obriga os primeiros a agir com cuidado para prevenir que os direitos não sejam violados

³⁹ Victor Abramovich, *Poderes regulatórios estatais no pluralismo jurídico no Brasil*. Disponível em <http://sur.conectas.org/edicao-21/poderes-regulatorios-estatais-no-pluralismo-juridico-global/>.

⁴⁰ Ludovic Hennebel, *Le cour interamericaine de droits de l'homme: entre particularisme et universalisme*, em Ludovic Hennebel e Hélène Tigroudja, *Le particularisme interamericaine des droits de l'homme*, Paris, Éditions A. Pedone, 2009, p. 95.

⁴¹ Disponível em http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_91_esp.pdf.

por atores não estatais, que invariavelmente impõem ou tentam impor seus “mandatos desregulamentadores”⁴² em nome dos interesses econômicos internacionais orientados à satisfação dos interesses e à proteção dos mercados. É nesse ponto que uma visão realista acerca dos influxos globais da economia sobre as políticas estatais deve ser direcionada à tensão entre a efetivação dos direitos humanos e os interesses econômicos.

Os milhões de seres humanos jogados à condição de exclusão comprovam que a causa dos déficits estatais para implementar os direitos fundamentais sociais, econômicos e culturais não decorre de uma simples resistência ao caráter vinculante dos tribunais de direitos humanos. Seria muito ingênuo acreditar, também, na ideia liberal falha de que a economia e a sociedade deveriam ser deixadas à sua conta própria, uma vez que as leis do mercado proporcionariam liberdade igual para todos e melhores condições de vida para todos. Há algo de mais sofisticado, mais profundo e mais invasivo.

Ora, se é verdade que o Estado Social teve vida apenas parcial ou incompleta na maioria dos países latino-americanos, e que foi decretada sua morte na Europa, como denunciou Joaquim José Gomes Canotilho,⁴³ deve-se ao modelo econômico neoliberal tal bancarota. Ela foi ocasionada pela emergência, desde a década de 70 do século passado, do fenômeno das privatizações de setores inteiros de serviços que tradicionalmente foram prestados pelos Estados e que trouxeram como principal consequência o esvaziamento do modelo de Estado Social. Mas era preciso travestir essas profundas mudanças na economia da vida pelo discurso associado à economia de mercado “regulada” pelo Estado, por trás do qual estava o anseio de promover a virtude cardeal neoliberal, ou seja: a concorrência. Seu pressuposto existencial sempre foi o esvaziamento do Estado Social e o fim de sua responsabilidade pela prestação de serviços públicos.

O modelo de “Estado regulador” frutificou na defesa da concorrência, agora controlada por agências reguladoras. A acerca desse fenômeno Avelãs Nunes⁴⁴ apresenta uma inteligente ironia ao dizer que o “Estado capitalista regulador”, envergonhado de ter traído seu antepassado recente, adotou o controle da atuação dos agentes econômicos, sob o argumento de salvaguardar o interesse público e, falsamente, disseminou a ilusão de que os serviços públicos ainda estariam na esfera da responsabilidade pública. Falsa ilusão porque, como se sabe, desde sua origem

⁴² Víctor Abramovich, *Poderes regulatórios estatais no pluralismo jurídico no Brasil*, Brasil, p.2. Disponível em <http://sur.conectas.org/edicao-21/poderes-regulatorios-estatais-no-pluralismojuridico-global/> p. 2.

⁴³ J.J. Gomes Canotilho, *Estudos sobre direitos fundamentais*, Coimbra, Editora Coimbra, 2008.

⁴⁴ Antônio José Avelãs Nunes, *As voltas que o mundo dá. Reflexões a propósito das aventuras e desventuras do Estado social*, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2011, pp. 149-150.

o modelo de “Estado capitalista regulador”,⁴⁵ criado pelos defensores das privatizações, visava, de um lado, interditar o exercício pelo Estado de sua responsabilidade pública, e, de outro, na plena potência de sua feição liberal, buscava consolidar a economia de mercado na qual a concorrência fosse livre, como, aliás, antevira Foucault na década de 70 do século passado.

Assim, se ao longo de décadas já não é mais o Estado-providência a única instância a decidir acerca da distribuição de recursos e de políticas públicas sobre os direitos fundamentais e, em particular, dos direitos econômicos, sociais e culturais, deve-se, malgrado as fragilidades daquele modelo de Estado, enfrentar fragorosamente as posições que indicam não haver saída para as vulnerabilidades extremas em que milhões de pessoas se encontram. As previsões constitucionais que elevaram os direitos econômicos, sociais e culturais como direitos fundamentais devem ser levadas a sério quanto a essa natureza constitucional e convencional, a fim de que não sejam reduzidas a “narrativas emancipadoras ilusórias”. Concorda-se em que o direito não oferece todas as respostas e tampouco pode ter tal pretensão; tampouco substitui as forças sociais e as interações plurais muito presentes na atualidade; mas mesmo assim, como refere Avelãs Nunes,⁴⁶ não é possível negar os direitos nelas consagrados, sua importância política, jurídica e civilizacional.

A própria ideia da universalização dos direitos humanos, tanto acolhida quanto combatida, deve ser levada em conta, se não pela força do direito, pela força dos fatos, os quais demonstram que, na mesma medida das violações globais de direitos humanos, existem ações para debelá-las e reivindicações dos movimentos sociais para, cada vez mais, afirmá-los. A maturidade da internacionalização/universalização dos direitos humanos, como refere Luca Mezzetti,⁴⁷ existe na razão direta da incapacidade de os Estados tutelarem os direitos fundamentais.

À medida em que os Estados passarem a usar o valor dos impostos para responder às necessidades básicas das populações, como a melhoria dos serviços de saúde e dos serviços de educação, e reduzir os níveis de desemprego, como prevêm as Constituições, seguramente a expressão “soberania solidária” será o resultado da real mudança paradigmática do direito público interno, irrenunciável e inevitavelmente reconfigurado em face do estado de interdependência entre Estados e outros atores globalizados que, em conjunto, são chamados a fazer frente a inúmeros problemas globais.

Desse ponto de vista, o mundo não pode ser visto como um “pavimento de Estados soberanos”⁴⁸ desprovidos de compromissos internacionais. Nenhum Estado

⁴⁵ Antônio José Avelãs Nunes, *As voltas que o mundo dá. Reflexões a propósito das aventuras e desventuras do Estado social*, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2011, p. 150.

⁴⁶ Antônio José Avelãs Nunes, *As voltas que o mundo dá. Reflexões a propósito das aventuras e desventuras do Estado social*, Brasília, Lumen Iuris, 2011, p. 161.

⁴⁷ Luca Mezzetti, *Teoria costituzionale*, Torino: G. Giappichelli, 2015, p. 372.

⁴⁸ Alain Supiot, *La solidarité*, Paris, Odile Jacob, 2015, p. 32.

pode ver-se hoje livre dos riscos das epidemias, da miséria, das catástrofes ecológicas, dos fanatismos, e no plano interno deve saber resolver as questões sociais, monetárias e orçamentárias, as pertinentes à segurança e à proteção dos direitos humanos, etc.. Tal percepção é decorrente da aceitação de que (a) há um destino comum; (b) existem problemas comuns; e (c) foram assumidos compromissos internacionais para dar a maior proteção aos direitos humanos.

Assim, os particularismos da jurisprudência da Corte IDH a que se fez referência chamam a atenção para a possibilidade de conformação do denominado *jus constitutionale commune* latino-americano que decorre, segundo Bogdandy⁴⁹, de um projeto em construção que segue uma linha evolutiva e provoca a transformação do direito público em nosso continente. Tal transformação não implica evidentemente em simplesmente romper com o que foi construído, mas em aproveitar o *aquis* da tradição jurídica para adequá-lo e atualizá-lo na perspectiva dos desafios contemporâneos.

Em outras palavras: se os Estados alargam o exercício e a afirmação de sua soberania assumindo compromissos no plano internacional, evidentemente a aplicação do direito público, limitada tradicionalmente aos espaços nacionais, experimenta os efeitos do alargamento dessas fronteiras. A intensa permeabilidade entre o local e o global, entre o interno e o internacional, e que é notadamente resultado da atuação das instituições e instâncias decisórias internacionais, modifica não apenas a paisagem da convivência social, mas também o exercício do poder público por parte dos Estados – os quais se veem compelidos a fazer ajustes internos e reformas legislativas para atender minimamente dois campos em geral em oposição e não excludentes reciprocamente: o dos direitos humanos e o da economia.

A realização de ações alinhadas a essa capacidade pressupõe, no entanto, o reconhecimento de que o espaço estatal e a atuação de suas clássicas instituições, se voltados a si próprios são, todavia, insuficientes.⁵⁰ Então, a contínua afirmação da importância dos Estados, como diz Jacques Chevallier, não elimina a sua condição de ator essencial no contexto das relações globais, mas os leva a conviver com outros atores, às vezes, tão ou mais proeminentes que inúmeros Estados.

A indevassável interdependência entre esses atores marca a necessidade de abertura dos Estados à cooperação, não apenas como resposta interna do Estado constitucional “livre e democrático” à mudança do direito internacional,⁵¹ mas, antes e sobretudo, porque a cooperação não se apresenta como uma força inteiramente

⁴⁹ Armin Von Bogdandy, *Ius constitutionale commune latinoamericanum*, Una aclaración conceptual, em Armin Von Bogdandy, Héctor Fix Fierro, Mariela Morales Antoniazzi (coords.), *Construcción del ius constitutionale commune en América Latina. Rasgos, potencialidades y desafíos*, México, Unam/Maxplank Institut, 2014, p. 2.

⁵⁰ Armin Von Bogdandy, *Ius constitutionale commune latinoamericanum*, Una aclaración conceptual, em Armin Von Bogdandy, Héctor Fix Fierro, Mariela Morales Antoniazzi (coords.), *Construcción del ius constitutionale commune en América Latina. Rasgos, potencialidades y desafíos*, México, Unam/Maxplank Institut, 2014, p. 7

⁵¹ Peter Haberle, *Estado constitucional cooperativo*, Rio de Janeiro, Renovar, 2007, p. 11.

nova, dados os exemplos europeus da cooperação leal prevista no art. 4.º do Tratado da União Europeia, ou da cooperação reforçada para acelerar o processo de integração europeu. Avança-se para uma cooperação econômica ancorada na lógica cooperativa que deve zelar para não recair em uma cooperação “sem espírito”⁵² e desumanizante absorvida pela governança global.

A cooperação pressupõe a abertura à conversão e ao reconhecimento de que normas e instituições internacionais balizam políticas públicas internas, criação de novos textos legislativos e uma hermenêutica judicial convencional, ainda que deva ser assegurada, em muitos domínios, como não poderia ser diferente, a margem nacional de apreciação. É que a cultura, as tradições e as realidades locais muitas vezes são os melhores indicativos para determinar as políticas internas dos Estados.

5. Considerações finais

As construções jurisprudenciais da Corte IDH em matéria de vulnerabilidade por consequência da violação dos DESC impactam o direito público interno e o modelo econômico previsto constitucionalmente porque inevitavelmente provocam uma reconfiguração da soberania que, de solitária passa a ser uma soberania “solidária”, em face do compromisso internacional em efetivar os direitos humanos, malgrado, invariavelmente, o modelo econômico assumido pelo Estado, na prática.

Essa transformação não pode mesmo causar estranheza, pois no plano interno desde já há algum tempo a conhecida “solidariedade contratual”, com origem no direito privado, mudou de sentido quando passou ao campo dos direitos sociais no contexto dos ‘Estados providência’, e também quanto às ações da sociedade civil. Claro, não se pode ignorar os desafios ao exercício dessa soberania, devido à crise aguda que se vivencia na atualidade acerca dessa “solidariedade nacional”⁵³ seja em razão das crises financeiras, seja mais amplamente pela abertura das fronteiras à concorrência dos mercados, que é o alfa e o ômega do comércio mundial.

Preocupado em propor alternativa para o modelo de Estado social e evitar seu desmantelamento, Thomas Piketty, ao reconhecê-lo como um imenso progresso histórico europeu, afirma ser necessário imaginar o desenvolvimento de novos modos de organização descentralizados e participativos, permitindo-se também a organização do setor público de maneira mais eficaz do que atualmente, sobretudo criando-se formas inovadoras de governança.⁵⁴

⁵² Mireille Delmas-Marty, *Aux quatre vents du monde. Petit guide de navigation sur l’océan de la mondialisation*, Paris, Seuil, 2016, p. 59.

⁵³ Alain Supiot, *La solidarité*, Alain Supiot (dir.), La solidarité. Enquête sur un principe juridique, Paris, Odile Jacob, 2015, p. 17.

⁵⁴ Thomas Piketty, *Le capital au XXI siècle*, Paris, Odile Jacob, 2013, p. 772.

Assim, a globalização e a existência de instituições internacionais – como é o caso da Corte IDH – provocaram uma significativa reconfiguração da soberania em sua dupla versão – estatal e popular – para agasalhar uma terceira expressão, que é a soberania transnacional. Se as duas primeiras versões expressam ainda, em parte, o modelo de Estado westphaliano, essa última indica que, sem qualquer pretensão de exclusão do Estado, o que se percebe é a sua inclusão em um complexo cenário de interdependência que faz com que a soberania seja reafirmada na forma de compromissos internacionais humanitários assumidos em tratados e convenções, e que se assumem como resistência ao modelo do Estado regulador ultraliberal “transnacional”.

Contudo, os efeitos dessa resistência (que parte de um esforço de constitucionalização comum na América Latina) no âmbito das políticas internas dos estados e, sobretudo, no direito – pelo caráter “*lawmaker*” da Corte IDH e pelo incentivo à emulação dos juízes nacionais – são assuntos ainda a serem tratados em outro trabalho. Por fim, entendemos que a atuação da Corte IDH é fundamental para que os poucos documentos que tratam dos DESC sejam evocados na defesa dos vulnerabilizados pela pobreza frente a ilegalidades oriundas da omissão ou atuação dos Estados.

Referências

- BESSON, Samantha, La vulnérabilité et la structure des droits de l’homme ; l’exemple de la jurisprudence de la cour européenne des droits de l’homme, em BURGORGUE-LARSEN, Laurence, *La vulnérabilité saisie par les juges en Europe*, Paris, Pedone, 2014.
- BOGDANDY, Armin von, *Ius constitutionale commune latinoamericanum*. Una aclaración conceptual, em BOGDANDY, Armin Von, Héctor FIX FIERRO, Mariela Morales ANTONIAZZI (coords.), *Construcción del ius constitutionale commune en América Latina. Rasgos, potencialidades y desafíos*, México, Unam/Maxplank Institut, 2014.
- BURGORGUE-LARSEN, Laurence, *La vulnérabilité saisie par les juges en Europe*, Paris, Pedone, 2014.
- ESTUPIÑAN-SILVA, Rosmerlin, La vulnerabilidad en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: esbozo de una tipología, em *Derechos humanos y políticas públicas*, p. 197. Disponível em https://www.upf.edu/dhes-alfa/materiales/res/dhpp_pdf/DHPP_Manual_v3.193-232.pdf.
- HABERLE, Peter, *Estado constitucional cooperativo*, Rio de Janeiro, Renovar, 2007.
- LAMPIS, Andreas, *Vulnerabilidad y adaptación al cambio climático. Debates acerca del concepto de vulnerabilidad y su medición*, 2012. Disponível em <http://www.revistas.unal.edu.co/index.php/rcg/article/view/37017/43839>.
- NUNES, Antônio José Avelãs, *As voltas que o mundo dá. Reflexões a propósito das aventuras e desventuras do Estado social*, Brasília, Lumen Iuris, 2011, p. 161.

- PIKETTY, Thomas, *Le capital au XXI siècle*, Paris, Odile Jacob, 2013.
- SALDANHA, Jânia e Márcio M. BRUM, *A margem nacional de apreciação e sua (in) aplicação pela Corte Interamericana de Derechos Humanos em matéria de anistia: uma figura hermenêutica a serviço do pluralismo ordenado?* Disponível em <http://www.scielo.org.mx/pdf/amdi/v15/v15a6.pdf>.
- SEN, Amartya, *Repenser l'inégalité*, Paris, Seuil, 2000.
- SOULET, Marc-Henry, *La vulnérabilité, une ressource à manier avec prudence*, em BURGORGUE-LARSEN, Laurence (dir.), *La vulnérabilité saisie par les juges en Europe*, Paris, Pedone, 2014.
- SUPIOT, Alain, *L'esprit de Philadelphie*, Paris, Seuil, 2010.
- _____, *Grandeur et misère de l'État social*, Paris, Collège de France/Fayard, 2013.
- _____, (dir.), *La solidarité. Enquête sur un principe juridique*, Paris, Odile Jacob, 2015.

VOLVER A LA TABLA DE CONTENIDO

Adán Maldonado Sánchez* (México)

El capítulo económico de la Constitución y el bloque de constitucionalidad en México

RESUMEN

La Constitución mexicana de 1917 aportó a la estructura de las cartas magnas de las naciones el "capítulo económico" y, concomitantemente, una serie de derechos económicos, sociales y culturales (DESC). El vínculo indisoluble entre los DESC y el modelo económico previsto en la Constitución mexicana son el objeto central del presente estudio que se desarrolla, en primera instancia, sobre la base de los antecedentes del constitucionalismo social (y económico), para enseguida hablar de la evolución de los contenidos constitucionales relativos, agrupándolos en seis ejes: 1) laboral, 2) agrario, 3) fiscal, 4) bienes del dominio público, 5) derecho fiscal y 6) ejecución de los programas de política social-económica a través del Plan Nacional de Desarrollo. Asimismo, se revisan las vías (ejecutiva, legislativa y judicial, y los órganos constitucionales autónomos) en las que interactúa el binomio DESC-modelo económico. Finalmente, se analiza un caso emblemático (consulta popular 2/2014) llevado ante la Suprema Corte de Justicia de la Nación, que tenía por objeto reformular el *parámetro de regularidad constitucional (bloque de constitucionalidad) en materia de salario mínimo*.

Palabras clave: derechos fundamentales, bloque de constitucionalidad, capítulo económico de la Constitución.

ZUSAMMENFASSUNG

Die mexikanische Verfassung von 1917 hat die Struktur der nationalen Verfassungen um ein „Wirtschaftskapitel“ und zugleich um eine Reihe wirtschaftlicher, sozialer und kultureller Rechte erweitert. Die unauflösbare Verknüpfung zwischen diesen Rechten und dem in der mexikanischen Verfassung vorgesehenen Wirtschaftsmodell bildet

* Candidato a magíster en Derecho Procesal Constitucional por la Universidad Panamericana (Sede Ciudad de México) con la tesis: "La sentencia constitucional en México. El sistema de efectos", que dirige José Ramón Cossío Díaz. Miembro de la Asociación Mundial de Justicia Constitucional. adan.maldonado@hotmail.com; Twitter: @adanmaldonado

den Hauptgegenstand dieser Untersuchung, die sich zunächst auf den sozialen (und wirtschaftlichen) Konstitutionalismus stützt. Daran anschließend wird auf die Entwicklung der Verfassungsinhalte im Verhältnis zueinander eingegangen, wobei diese sechs Themengruppen zugeordnet werden: Arbeit, Landwirtschaft, Haushalt, öffentliches Eigentum, Haushaltsrecht und Umsetzung von wirtschaftlichen und sozialen Programmen mit Hilfe des Nationalen Entwicklungsplans. Daneben werden die Kanäle (Exekutive, Legislative, Judikative und autonome Verfassungsorgane) betrachtet, über die die Interaktion im Gesamtbereich Wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte - Wirtschaftsmodell stattfindet. Abschließend wird ein emblematischer Fall (öffentliche Anhörung 2/2014) vor dem Obersten Gerichtshof der Nation untersucht, dessen Ziel die Neufassung des Regulierungsmechanismus der Verfassung (der Verfassungsblock) auf dem Gebiet des gesetzlichen Mindestlohns war.

Schlagwörter: Grundrechte, Verfassungsblock, Wirtschaftskapitel der Verfassung.

SUMMARY

The Mexican Constitution of 1917 contributed to the structure of national constitutions the “economic chapter” and, concomitantly, a series of economic, social and cultural rights (ESCRs). The indissoluble link between ESCRs and the economic model set forth in the Mexican Constitution is the central subject of this study, which is developed, in the first instance, on the basis of the history of social (and economic) constitutionalism. The study then examines the evolution of the relevant constitutional contents, grouping them into six categories: labor, agrarian, fiscal, public domain assets, tax law, and execution of socio-economic policy programs through the National Development Plan. The study also reviews the routes (executive, legislative, judicial and the autonomous constitutional bodies) in which the binomial ESCR-economic model interacts. Finally, it analyzes an emblematic case (2/2014 Referendum) brought before the Supreme Court of Justice of the Nation, for the purpose of reformulating the parameter of constitutional regularity (constitutional block) with regard to the minimum wage.

Key words: Fundamental right, constitutional block, economic chapter of the Constitution.

Introducción

Desde su redacción original (1917) a la fecha (2017), el capítulo económico de la Constitución mexicana ha mutado sus cláusulas, transformando el carácter de los derechos económicos, sociales y culturales (DESC) de “normas programáticas” a “normas operativas” a través de la creación de los medios y las condiciones para su aplicación, lo que ha producido un “efecto reflejo” en el modelo económico con el objetivo de lograr una mejor distribución de los bienes básicos como garantía de un mínimo vital, y, en el mejor de los casos, para el desarrollo integral del proyecto de vida de las personas, en los ámbitos individual y colectivo.

Este objetivo constitucional pasa por cuatro vías en las que interactúan los DESC con el modelo económico, las cuales no se excluyen sino, por el contrario, se complementan, a saber: 1) la vía ejecutiva a través del Plan Nacional de Desarrollo y los planes equivalentes de las entidades federativas, a los que deben sujetarse la administración pública –tanto federal como de la Ciudad de México–, los Estados y los municipios que integran los niveles de Gobierno; 2) la vía legislativa a través del desarrollo normativo a nivel subconstitucional, básicamente mediante leyes marco también denominadas leyes generales, y el diseño de normas infraconstitucionales (leyes ordinarias) que regulan DESC, cuya estructura normativa tiene por objeto equilibrar la distribución de la riqueza por medio de mecanismos de compensación o protección especial que generen igualdad formal y material; 3) la “vía de la incorporación institucional de órganos constitucionales autónomos”, como el Consejo Nacional de Evaluación de la Política de Desarrollo Social (Coneval), Instituto Nacional de Estadística y Geografía (Inegi), Instituto Nacional para la Evaluación de la Educación (INEE), Banco de México (Banxico), Instituto Federal de Telecomunicaciones (Ifetel), Comisión Federal de Competencia Económica (Cofece), Instituto Nacional Electoral (INE), Comisión Nacional de Derechos Humanos (CNDH) e Instituto Nacional de Transparencia, Acceso a la Información y Protección de Datos Personales (INAI); y 4) la vía judicial a través del Poder Judicial Federal encabezado por la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) y el Tribunal Electoral, así como por los poderes judiciales locales, que a partir del expediente Varios 912/2010¹ ejercen control difuso de la Constitución y, *ex officio*, de convencionalidad a través del bloque de constitucionalidad como parámetro de regularidad.

1. El nacimiento de las constituciones modernas y del constitucionalismo social²

Los primeros documentos precursores de la constitución moderna y grandes textos históricos son: la *Magna Charta Libertatum* inglesa (1215), la Petición de derechos o *Petition of Rights* (1628), el *Habeas Corpus* (1679), el fragmento de Constitución escrita denominada *Bill of Rights* (1689) y el Acta de Establecimiento (1701), documentos que *salvaguardan la existencia humana bajo la perspectiva de libertad y justicia*. De otro lado, la primera Constitución contemporánea fue emitida por el Constituyente de Virginia en 1776,³ posteriormente vendría

¹ Resuelto por el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación el 14 de julio de 2011 y publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 4 de octubre del mismo año. Ponente: Margarita Beatriz Luna Ramos. Encargado del engrose: José Ramón Cossío Díaz.

² Extracto tomado de la obra: Adán Maldonado Sánchez, *El bloque de constitucionalidad en México. Hacia su integración y aplicación*, México, 2017 (trabajo de próxima publicación).

³ Cfr. Luis Grau, *El constitucionalismo americano. Materiales para un curso de historia de las constituciones*, Madrid, Dykinson, Universidad Carlos III de Madrid, 2011, pp. 43-45;

la Constitución Federal de Estados Unidos de América de 1787,⁴ mientras que en Europa el planteamiento de la necesidad de codificación constitucionalista se produjo en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, así como en la Asamblea Constituyente francesa de 1790 y, finalmente, en la Constitución de Francia de 1793.

A dichos textos fundamentales se debe sumar la Constitución de Cádiz de 1812, que constituye la base de las constituciones mexicanas y de otras de América Latina, hasta llegar al *constitucionalismo social* con la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de 1917,⁵ y la Constitución de Weimar de 1919;⁶ vendrían enseguida a incorporar DESC: España (1931), Perú (1933), Uruguay (1934), Cuba (1940), Brasil (1946), Argentina (1949) y la Unión Soviética (de 1977).

El constitucionalismo social se define por dos elementos: uno sustantivo y otro adjetivo.⁷ La parte sustantiva se refiere al conjunto de cláusulas constitucionales y convencionales (bloque de constitucionalidad/convencionalidad) que componen el capítulo económico de la Constitución, cuyo bloque de normas esencialmente persigue evitar la desigualdad económica entre las personas, combatir la pobreza, asegurar el acceso a los servicios públicos de salud, educación, seguridad social y vivienda, con el objetivo de alcanzar el desarrollo humano;⁸ mientras que la parte adjetiva se integra por los mecanismos institucionales y garantías para lograr el

Richard L. Perry y John C. Cooper, *Sources of our Liberties*, 3 ed., Chicago, American Bar Foundation, 1962, p. 302.

⁴ Luis Grau, *Los orígenes del constitucionalismo norteamericano*, Madrid, Dykinson, Universidad Carlos III de Madrid, t. II, 2009.

⁵ A pesar de ser México pionero en incorporar elementos del capítulo económico en la Constitución, no cuenta, como la Constitución española de 1978, con un capítulo económico (capítulo tercero), denominado “De los principios rectores de la política social y económica” (Héctor Fix-Zamudio, “Estado social de derecho y cambio constitucional”, en Jorge Carpizo y Jorge Madrazo (coords.), *Memoria del III Congreso Nacional de Derecho Constitucional*, México, 1984, pp. 338-339).

⁶ María del Rosario Huerta Lara, “Los conceptos de Estado social de derecho, bienestar social e interés colectivo”, *Revista Letras Jurídicas*, núm. 18, Veracruz, Centro de Estudios sobre Derecho, Globalización y Seguridad de la Universidad Veracruzana, 2008, p. 1-3.

⁷ Francisco Suárez Dávila, *El proyecto económico de nuestra Constitución. Economía y Constitución*, Memoria del IV Congreso Nacional de Derecho Constitucional, t. IV, Diego Valadés, Rodrigo Gutiérrez Rivas (coords.), Instituto de Investigaciones Jurídicas, Serie Doctrina Jurídica, núm. 65, pp. 214-215. Citado en Carlos Norberto Valero Flores, *El capítulo económico de la constitución y el desarrollo de México*, México, Cámara de Diputados LX Legislatura, Cedip, 2008, pp. 22.

⁸ El Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD) ha señalado que: “El desarrollo humano tiene por objeto las libertades humanas: la libertad de desarrollar todo el potencial de cada vida humana –no solo el de unas pocas ni tampoco el de la mayoría, sino el de todas las vidas de cada rincón del planeta– ahora y en el futuro. Esta dimensión universal es lo que confiere al enfoque del desarrollo humano su singularidad” (PNUD, “Prólogo”, Informe sobre Desarrollo Humano 2016, Washington, D.C., 2016, p. iii).

equilibrio entre los derechos civiles y políticos (teoría individualista), y los derechos económicos, sociales y culturales (teoría social y colectiva).

La *teoría individualista* obliga al Estado a “no hacer”, que significa dejar plena libertad a las personas en el ejercicio de sus derechos con sus naturales límites frente a terceros. Por su parte, la *teoría social y colectiva* conmina al Estado “a hacer”, lo que se traduce en una intervención estatal en primera instancia, y, en un segundo momento, en la participación del sector social y privado en diversos ámbitos en el ejercicio de los derechos, esencialmente en el rubro económico.

2. La Constitución mexicana: las reformas constitucionales a su capítulo económico (1917-2017)

Los cambios sociales y políticos, las revoluciones tecnológicas, la interacción intercultural de las naciones y los pueblos, y los fenómenos económicos hacen visible lo evidente: *la historicidad de los derechos*, lo que significa que historia y derecho requieren estudiarse en conjunto para entender mejor el contenido, los alcances y límites del ejercicio de los derechos. Sin embargo, las reformas realizadas tanto al núcleo duro del capítulo económico de la Constitución como a sus normas complementarias que integran el bloque de constitucionalidad en materia económica, se analizan desde una perspectiva general dada su densidad y complejidad.

Derivado de lo anterior es importante analizar la evolución de los artículos constitucionales que integran el capítulo económico de la Norma Fundamental mexicana, mismo que se ha ampliado con el devenir de los años con el afán de lograr no solo la igualdad formal ante la ley, sino también la igualdad material con miras al desarrollo humano que garantice un “mínimo vital” para la satisfacción del proyecto de vida de las personas, lo que sin duda tiene un efecto reflejo en el modelo económico constitucionalizado.

La Constitución de los Estados Unidos Mexicanos, en su redacción original (1917), estableció en su seno el “constitucionalismo social”, derivado de la Revolución (1910-1917), esencialmente producto de dos grandes sectores sociales: el agrario (art. 27) y el laboral (art. 123), diseñando un nuevo modelo de distribución de la riqueza (modelo económico) que dio paso a nuevos derechos pilares del desarrollo humano, como el derecho a la educación (art. 3), al trabajo (arts. 5 y 123) y sus garantías de derecho al paro de labores y huelga (art. 123, f. XVII y XVIII), derecho a la propiedad privada, social y ejidal (art. 27), prohibición de monopolios (art. 28), derecho a la libre competencia (art. 28). Asimismo, se otorgaron facultades extraordinarias para legislar al Ejecutivo como la facultad privativa de la federación para gravar las mercancías *que se importen o exporten o que pasen de tránsito por el territorio nacional, así como reglamentar en todo tiempo y aun prohibir, por motivos de seguridad o de policía, la circulación en el interior* de la República, básicamente de productos y servicios (arts. 49 y 131).

Este diseño constitucional (*constitucionalización de la política social redistributiva*), incluía la propiedad originaria y el dominio directo de todos los bienes naturales en favor de la nación (art. 27), aunque con la facultad de establecer concesiones otorgadas por el Gobierno federal (art. 27, párrafo sexto) y declaración de nulidad de contratos y concesiones de 1857 a 1917 *que hayan traído por consecuencia el acaparamiento de tierras, aguas y riquezas naturales de la nación, por una sola persona o sociedad, si implicaban perjuicios graves para el interés público* (art. 27 último párrafo). Asimismo, se estableció un Banco Central (art. 28, primer párrafo).

Por otro lado, originalmente el Congreso tenía las siguientes facultades: a) diseñar las bases y aprobar los empréstitos celebrados por el Ejecutivo para mandar pagar la deuda pública (art. 73, fracción VIII); b) expedir aranceles sobre el comercio exterior (art. 73, f. IX); c) legislar en toda la República sobre minería, comercio, instituciones de crédito, y establecer el Banco de Emisión Único, en los términos del artículo 28 de la Constitución (art. 73, fracción X). Destaca como facultad exclusiva de la Cámara de Diputados la aprobación del presupuesto anual de gastos (art. 74, fracción IV).

Como puede advertirse, dicha estructura constitucional regulaba los aspectos básicos del régimen económico-social posrevolucionario.

En la medida que el país se industrializó y generó relaciones bilaterales y multilaterales a nivel internacional en materia comercial, arancelaria e impositiva, aquel *germen del constitucionalismo social* tuvo que evolucionar a través del perfeccionamiento de las disposiciones constitucionales que son consideradas como el *núcleo duro del capítulo económico de la Constitución*, inicialmente compuesto en 1917 por los artículos 3, 5, 27, 28, 49, 73, 74, 123 y 131, cuyo núcleo se reformó⁹ y amplió con el tiempo¹⁰ para quedar integrado por los artículos 3, 4, 5, 25, párrafos tercero y quinto, 26, 27, 28 y 123, A, fracciones VI, IX, XII, XXIX, B, fracción XII, y sumando como *normas complementarias que conforman el bloque de regularidad en materia económica* los artículos 31, fracción IV, 49, 73, fracciones VIII, XXIX-D, XXIX-E, XXIX-F y XXIX-W, 74, fracciones IV, VI y VII, 79, 89, 115, fracción IV, 117, 118, 131 y 134, cuyo conjunto de normas podemos agrupar en cinco grandes rubros: 1) régimen laboral, 2) régimen agrario y ejidal, 3) régimen de los bienes públicos propiedad de la nación y su concesión, permiso o licencia, 4) régimen fiscal, financiero y presupuestario, y 5) ejecución de planes y programas a través del Plan Nacional de Desarrollo y los Planes de Desarrollo de los Estados y de la Ciudad de México. Veamos enseguida, cómo se conforma cada sector:

⁹ Se destaca la reforma constitucional de 3 de febrero de 1983.

¹⁰ En la línea del tiempo podríamos considerar las siguientes etapas: de 1917 a 1933; de 1934 a 1970; de 1970 a 1982; 1983 a 1988; y 1988 a la fecha (2017). Etapas tomadas de: Francisco Suárez Dávila, "La evolución del proyecto económico de la Constitución de 1917 y los cambios en el modelo de desarrollo del país: ¿congruencia, vigencia o utopía?", en Francisco Alberto Ibarra Palafox *et al.* (coords.), *Cien ensayos para el centenario. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*, t. 3: *Estudios económicos y sociales*, México, UNAM-IIIJ, 2017, pp. 389-397.

2.1. Régimen laboral y derecho empresarial/derecho económico

El constitucionalismo social, en la redacción original de 1917, requería de mayores elementos institucionales para salvar los obstáculos ejecutivos-operativos a fin de hacer eficaz el nuevo catálogo de derechos sociales, produciendo su primer reforma constitucional en 1921, en la que se dieron facultades a la Federación para *establecer en toda la República escuelas rurales, elementales, secundarias, superiores y profesionales*.¹¹ Posteriormente, se produjo la reforma de 1933, que dio la facultad al Congreso de emitir las leyes del trabajo reglamentarias del artículo 123 de la propia Constitución.¹² En ese mismo año se reformó la fracción IX del artículo 123 constitucional, para *permitir a las juntas centrales de conciliación y arbitraje de los estados, fijar el salario mínimo cuando este no fuera fijado por las comisiones especiales municipales*.¹³ Hasta aquí estas tres reformas a la Constitución comenzaban a delinear el desarrollo institucional y legislativo de los derechos laborales.

Ante el establecimiento de escuelas urbanas y rurales en todo el país (reforma de 1921), en 1934 la reforma constitucional al artículo 3 y a la fracción XXV del 73 de la Carta Magna estableció como perfil ideológico de la educación su *carácter socialista*, modificando los principios de la función educativa.¹⁴ Sin embargo, dicha ideología se suprimió por reforma de 1946¹⁵ y se reestructuraron sus principios. Ahora bien, en 1962 se reformó el artículo 123 con el objeto de establecer la jornada máxima de trabajo nocturno, regular el trabajo de los menores, los salarios mínimos, la *participación en las utilidades de las empresas* y el arbitraje e indemnización laboral.¹⁶

En este mismo sentido, atendiendo al “principio de interdependencia” de los DESC, en 1972 se reforma la fracción XII del apartado A del artículo 123 de la Constitución, que estableció las bases de la seguridad social a través del Instituto del Fondo Nacional de la Vivienda para los Trabajadores (Infonavit) y, en consecuencia, considerando de utilidad pública la expedición de la Ley del Infonavit que regularía la creación del organismo que administra los recursos de dicho fondo.¹⁷ Esta reforma de 1972 se robusteció con la de 1983, que reformó el artículo 4, consagrando en la Constitución *el derecho de toda familia a disfrutar de vivienda digna y decorosa*, y precisó que la Ley del Infonavit establecería los instrumentos y apoyos necesarios para alcanzar este objetivo.¹⁸

¹¹ Publicada en el *Diario Oficial de la Federación*, 8 de julio de 1921.

¹² *Ibid.*, 27 de abril de 1933.

¹³ *Ibid.*, 4 de noviembre de 1933.

¹⁴ *Ibid.*, 13 de diciembre de 1934.

¹⁵ *Ibid.*, 30 de diciembre de 1946.

¹⁶ *Ibid.*, 21 de noviembre de 1962.

¹⁷ *Ibid.*, 14 de febrero de 1972.

¹⁸ *Ibid.*, 7 de febrero de 1983.

Por su parte, en 1978 se adiciona la fracción XII y se reforma la fracción XIII, ambas del apartado “A” del artículo 123 de la Constitución, para incorporar la obligación de las empresas de proporcionar a sus trabajadores capacitación o adiestramiento para el trabajo con base en los sistemas y procedimientos que determine la ley reglamentaria (Ley Federal del Trabajo).¹⁹ En este mismo año se adicionó un párrafo inicial al artículo 123 *que reconoció a nivel constitucional que toda persona tiene derecho al trabajo digno y socialmente útil*, y establece que, para este propósito, se promoverán la creación de empleos y la organización social para el trabajo, conforme a la Ley Secundaria (LFT).²⁰

Sin embargo, una de las reformas más trascendentes para el régimen económico y de los “derechos humanos básicos” fue la de 1986, por la que se modificó la fracción VI del inciso A) del artículo 123 constitucional que otorgó a la Comisión Nacional de Salarios Mínimos la función de fijar los salarios mínimos que deben regir en todo el país,²¹ que por cierto, es una facultad que se pone en tela de juicio para su reconfiguración por fórmulas del Consejo Nacional de Evaluación de la Política de Desarrollo Social (Coneval) para combatir la pobreza, en la última sección de este trabajo (consulta popular 2/2014). Finalmente, debe señalarse que por reforma constitucional de 24 de febrero de 2017, la justicia laboral se judicializa formal y materialmente, es decir, las Juntas de Conciliación y Arbitraje desaparecen para crear órganos judiciales (juzgados) que resuelvan controversias laborales;²² si a ello sumamos que la Ley de Amparo de 2013 permite el amparo colectivo a través del interés legítimo (defensa de constitucionalidad o legalidad) y la incorporación en 2011 de las acciones colectivas al Código Federal de Procedimientos Civiles (defensa de legalidad o constitucionalidad), caeremos en la cuenta de la creación de condiciones para la conversión de normas programáticas a normas operativas de aspectos que inciden con el capítulo económico de la Constitución.

En este tenor, estas reformas constitucionales en materia obrero-patronal sin duda impactan en el modelo económico de nuestro país debido a que permiten, por vía del derecho laboral, introducir instrumentos de compensación y protección hacia la clase trabajadora y su convivencia con el capital (con las fuentes de empleo, reparto de utilidades, sistemas de seguridad social).

2.2. Régimen agrario/ejidal/campesino/indígena y sus relaciones con la economía a pequeña, mediana y gran escala

Por cuanto hace a la materia agraria, vendría la primer gran reforma al artículo 27 constitucional en 1934, para el efecto de establecer, por una parte, *el derecho de los*

¹⁹ *Ibid.*, 9 de enero de 1978.

²⁰ *Ibid.*, 19 de diciembre de 1978.

²¹ *Ibid.*, 23 de diciembre de 1986.

²² *Ibid.*, 24 de febrero de 2017.

centros de población a recibir tierras suficientes, así como la restitución y dotación de tierras, y por otra, conceder facultades extraordinarias al Ejecutivo Federal (presidente de la República) para expedir: 1) la Ley Reglamentaria del artículo 27 constitucional, denominada Ley Agraria, que fija las bases para una nueva “codificación agraria”, y 2) una nueva Ley de Secretarías de Estado y Departamentos, que más adelante se convertiría en la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal.²³

Ya para 1947 se reformarían las fracciones X, XIV y XV del artículo 27 constitucional, por las que *se aumenta el tamaño de la superficie de dotación que se concede a los núcleos de población ejidal, y otorga a los pequeños propietarios agrícolas o ganaderos en explotación, que posean certificados de inafectabilidad, y se les dota del derecho a promover el juicio de amparo contra la privación o afectación agraria de sus tierras o aguas.*²⁴

Atendiendo a la industrialización del campo, para 1992 se prepara a la propiedad ejidal para mercantilizarla mediante la reforma al artículo 27, por el que cambia el concepto de “pequeña propiedad agrícola en explotación”, por el de “pequeña propiedad rural”; asimismo, se establecen las bases para facilitar la inversión y nuevas formas de asociación en el campo y se regula el establecimiento de tribunales agrarios de plena jurisdicción, así como la definición de la pequeña propiedad forestal. Bajo este diseño, la citada reforma permitió la constitución de sociedades mercantiles en el campo y, en general, en los temas de la tierra, y reconoció la capacidad de los ejidatarios para decidir las formas que deben adoptar y los vínculos que deseen establecer entre ellos para aprovechar su territorio.²⁵

Es oportuno reiterar que tales aspectos constitucionales para la vigencia de los DESC se acompañan institucionalmente de una serie de programas de apoyo al campo,²⁶ y de la inclusión de figuras procesales para la defensa de la tierra en la Ley de Amparo de 2013, entre las que destacan el amparo colectivo a través del interés legítimo (defensa de constitucionalidad o legalidad), así como el plazo de siete años para interponer juicio de amparo, pruebas para mejor proveer y suplencia de la queja. No menos importante es la incorporación, en 2011, de las acciones colectivas al Código Federal de Procedimientos Civiles (defensa de legalidad o constitucionalidad).

Por tanto, las reformas constitucionales en materia agraria aquí reseñadas, sin duda inciden en el modelo económico constitucional, vía derecho agrario, para

²³ *Ibid.*, 10 de enero de 1934.

²⁴ *Ibid.*, 12 de febrero de 1947.

²⁵ *Ibid.*, 6 de enero de 1992.

²⁶ Los programas que a la fecha implementa el Gobierno federal a través de la Secretaría de Agricultura, Ganadería, Desarrollo Rural, Pesca y Alimentación (Sagarpa) son: 1) Fomento a la Agricultura, de productividad rural, 2) Productividad y Competitividad Agroalimentaria, 3) Fomento Ganadero, 4) Fomento a la Productividad Pesquera y Acuícola, 5) Sanidad e Inocuidad Agroalimentaria, 6) Comercialización y Desarrollo de Mercados, 7) Concurrencia con las Entidades Federativas, 8) Apoyos a Pequeños Productores.

introducir instrumentos de compensación y protección hacia la clase campesina e indígena, y su convivencia con la globalización y mercantilización de los recursos naturales que constitucionalmente les pertenecen.

2.3. Régimen de los bienes públicos propiedad de la nación y su concesión, permiso o licencia a la iniciativa privada, y su desarrollo vía empresa pública o explotación directa por parte del Estado

Ahora bien, respecto a la propiedad originaria y dominio de los bienes naturales en favor de la nación, se emitiría la reforma en materia energética de 1934 a fin de dar facultad al Congreso de la Unión para legislar sobre energía eléctrica y para fijar los rendimientos de los impuestos que correspondan.²⁷ Por su parte, la reforma constitucional de diciembre de 1960 adicionó un párrafo sexto al artículo 27, que *determinó que corresponde exclusivamente a la nación, conducir, transformar, distribuir y abastecer energía eléctrica que tenga por objeto la prestación de servicio público*, prohibiendo en esta materia el otorgamiento concesiones a los particulares.²⁸

Asimismo, esta reforma estableció la facultad al Congreso para legislar en toda la República sobre industria cinematográfica,²⁹ un rubro que tiene especial protección en materia de derechos de autor y propiedad intelectual para el desarrollo de la economía en el sector de bienes culturales y artísticos.

Por otra parte, en 1940 se adicionó el párrafo sexto al artículo 27 constitucional para regular que, *tratándose del petróleo y de los carburos de hidrógeno sólidos, líquidos o gaseosos, no se expedirán concesiones en la materia* y, consecuentemente, la Ley Reglamentaria determinaría la forma en que la nación llevaría a cabo las explotaciones de esos productos.³⁰ Esta disposición constitucional se volvió a reformar en 1960 en los párrafos cuarto, quinto, sexto y séptimo fracción I, así como los artículos 42 y 48, *prohibiendo expresamente las concesiones y los contratos tratándose de petróleo y de los carburos de hidrógeno sólido, líquidos o gaseosos, y suprimió cualquier concesión o contrato que se haya otorgado sobre esta materia*. Asimismo, se declaró el *dominio directo de la Nación de todos los recursos naturales de la plataforma continental y los zócalos submarinos de las islas*, y se detallaron los elementos territoriales que dependen directamente del Gobierno de la Federación.³¹ Por su parte, la reforma

²⁷ Publicada en el *Diario Oficial de la Federación*, 18 de enero de 1934.

²⁸ *Ibid.*, 29 de diciembre de 1960.

²⁹ *Ibid.*, 18 de enero de 1935.

³⁰ *Ibid.*, 9 de noviembre de 1940. A la fecha, además del marco constitucional, en la materia se cuenta con la siguiente legislación: Ley de Hidrocarburos, Ley de Ingresos sobre Hidrocarburos, Ley de la Agencia Nacional de Seguridad Industrial y de Protección al Medio Ambiente del Sector Hidrocarburos y la Ley Federal para Prevenir y Sancionar los Delitos Cometidos en Materia de Hidrocarburos.

³¹ Publicada en el *Diario Oficial de la Federación*, 20 de enero de 1960.

de 1976 adicionó al texto del artículo 27 de la Constitución *el establecimiento de una zona económica exclusiva situada fuera del mar territorial* en la cual la nación ejerce derechos de soberanía.³²

En materia de aguas, la reforma de 1945 estableció en favor del Ejecutivo la facultad de reglamentar la extracción, utilización y aprovechamiento de aguas del subsuelo y otras aguas propiedad de la nación.³³ Hoy, por cierto, la Constitución contempla el derecho humano al agua.

En 1995 se reformó el artículo 28, cuarto párrafo, para *otorgar a la comunicación vía satélite y a los ferrocarriles el carácter de "áreas prioritarias" para el desarrollo nacional*, y permite al Estado otorgar concesiones o permisos en estos rubros.³⁴ Aquí es oportuno recordar la distinción entre áreas prioritarias y áreas estratégicas. En las primeras se permite la participación del sector privado, mientras que las segundas son de explotación y manejo exclusivo de la nación.

En 1971 se adiciona la base 4 de la fracción XVI del artículo 73 de la Constitución, que faculta al Consejo de Salubridad General para adoptar medidas encaminadas a prevenir la contaminación ambiental,³⁵ hoy un tema de enorme relevancia en materia de derecho ambiental que conforma los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales (Desca).

Ante la constante demanda y explotación de los recursos naturales, a efecto de mantener una "economía sustentable" basada en tales recursos, en 1987 se reformó el párrafo tercero del artículo 27 y se adicionó una fracción XXIX-G al artículo 73 de la Constitución que *elevó a rango constitucional el derecho de la nación para preservar y restaurar el equilibrio ecológico*. Asimismo, facultó al Congreso para expedir leyes en materia de protección al ambiente y de preservación y restauración del equilibrio ecológico, que establezcan la concurrencia de los tres niveles de Gobierno (federal, estatal y municipal).³⁶ Lo anterior hace que, mediante reforma de 1999, se adicione un párrafo quinto al artículo 4 y se reforme el párrafo primero del artículo 25, *elevando a rango constitucional el derecho de toda persona a un medio ambiente adecuado para su desarrollo y bienestar*. Además de incluir el término "sustentable" entre los principios de observancia constitucional para la rectoría del desarrollo nacional.³⁷

Por reforma constitucional de 2003 se adicionó una fracción XXIX-K al artículo 73 que faculta al Congreso de la Unión *para expedir leyes en materia de turismo*, establece la concurrencia de los tres niveles de Gobierno, así como la *participación de los sectores social y privado en el sector*.³⁸ Esta misma concurrencia se estableció en

³² *Ibid.*, 6 de febrero de 1976.

³³ *Ibid.*, 21 de abril de 1945.

³⁴ *Ibid.*, 2 de marzo de 1995.

³⁵ *Ibid.*, 6 de julio de 1971.

³⁶ *Ibid.*, 10 de agosto de 1987.

³⁷ *Ibid.*, 26 de junio de 1999.

³⁸ *Ibid.*, 29 de septiembre de 2003.

materia de pesca y acuicultura mediante reforma de 2004, a través de la *participación de los sectores social y privado en concierto con los diversos niveles de gobierno*.³⁹

Para complementar la evolución en materia de desarrollo sustentable, y mantener cierto control sobre las personas jurídicas, mediante reforma de 2007 se adicionó una fracción XXIX-N al artículo 73, que faculta al Congreso para expedir leyes en materia de constitución, organización, funcionamiento y extinción de sociedades cooperativas.⁴⁰ Esta regulación de carácter federal ha permitido mantener un estándar y control de datos a nivel nacional de las sociedades que operan bajo el esquema cooperativo, lo que abona a su control, sobre todo, si se busca *sustentabilidad económica*.

Para el año 2013 se reformaron y adicionaron los artículos 25, 26 y 27 de la Constitución en materia de energía, *permitiendo al Estado llevar a cabo las actividades de exploración y extracción del petróleo y demás hidrocarburos mediante asignaciones a empresas productivas del Estado o a través de contratos con estas o con particulares*, y dando la posibilidad de celebrar *contratos con particulares en materia de servicio público de transmisión y distribución de energía eléctrica*.⁴¹ Asimismo, se crea el Fondo Mexicano del Petróleo para la Estabilización y el Desarrollo.⁴²

Al analizar el contexto de reformas constitucionales en materia de bienes públicos propiedad de la nación y su concesión, permiso o licencia a la iniciativa privada, y su desarrollo vía empresa pública o explotación directa por parte del Estado para generar un modelo económico compartido entre el sector privado y social, y la participación y rectoría en las áreas estratégicas por parte del Gobierno que decanten en un mejor aprovechamiento de los recursos naturales con base en el principio de sustentabilidad, pero sobre todo, como medios para lograr una mejor redistribución de la riqueza generada por los bienes naturales del país, se sostiene que los DESC han migrado de normas programáticas a normas operativas.

En 2013 se reforman los párrafos primero y último del artículo 25, así como el párrafo primero y tercero del apartado A del artículo 26 de la Constitución para incluir la competitividad económica como elemento del desarrollo nacional.⁴³ En ese mismo año se reformaron y adicionaron diversas disposiciones de los artículos 60, 70, 27, 28, 73, 78, 94 y 105 constitucionales, en materia de telecomunicaciones, para establecer una Comisión Federal de Competencia Económica (Cofece) y el Instituto Federal de Telecomunicaciones (Ifetel) como órganos públicos autónomos.⁴⁴

³⁹ *Ibid.*, 27 de septiembre de 2004.

⁴⁰ *Ibid.*, 15 de agosto de 2007.

⁴¹ Institucionalmente, el Gobierno federal cuenta con dos grandes dependencias del Poder Ejecutivo Federal para atender y regular este sector: la Comisión Nacional de Hidrocarburos, y la Comisión Reguladora de Energía, reguladas por la Ley de Órganos Reguladores Coordinados en Materia Energética.

⁴² Publicada en el *Diario Oficial de la Federación*, 20 de diciembre de 2013.

⁴³ *Ibid.*, 5 de junio de 2013.

⁴⁴ *Ibid.*, 11 de junio de 2013.

2.4. Régimen fiscal, financiero y presupuestario

Por otra parte, no se podría entender el capítulo económico de la Constitución, y la satisfacción y vigencia de los DESC sin analizar la arquitectura del régimen fiscal, financiero y presupuestario del Estado, pues de ello depende la correcta recaudación de los ingresos, el manejo y la aplicación de los recursos a efecto de planear los egresos de manera eficiente y eficaz.

Bajo dicha premisa, por reforma constitucional de 1942 se modificaron los artículos 73 y 117 a fin de regular las contribuciones sobre producción y consumo de tabacos labrados –actualmente se le conoce como Impuesto Especial sobre Producción y Servicios (IEPS)–.⁴⁵ Asimismo, mediante diversa reforma de 1947, se adicionó la fracción XXIX del artículo 73 de la Norma Fundamental, que otorgó al Congreso de la Unión la facultad para *establecer contribuciones especiales sobre producción y consumo de cerveza*.⁴⁶ Por ser relevante para el sector, en 1951 se adicionó el artículo 131 y se reformó el artículo 49 de la Constitución para establecer que el Ejecutivo Federal podrá ser facultado por el Congreso para: 1) aumentar, disminuir o suprimir las cuotas de las tarifas de exportación e importación que expida el propio Congreso, así como para crear otras, restringir, y 2) para prohibir las importaciones, las exportaciones y el tránsito de productos y artículos, cuando lo estime urgente, a fin de regular el comercio exterior, la economía del país, la estabilidad de la producción nacional, o con otro propósito en beneficio del país.⁴⁷

En 1946 se reformó la fracción VIII del artículo 73 y se adicionó la fracción VIII del artículo 117 de la Constitución, para establecer las condiciones en materia de “deuda pública”, precisando que *los empréstitos que celebre el Ejecutivo deberán destinarse a la ejecución de obras que directamente produzcan un incremento en los ingresos públicos*, salvo aquellos que se realicen con propósitos de regulación monetaria, operaciones de conversión y los que se contraten durante alguna emergencia.⁴⁸

Dicha reforma constitucional de 1946 se complementaría con la diversa de 1981, por la que se reformó la fracción VIII del artículo 117 de la Constitución, que *autoriza a los Estados y municipios contraer obligaciones o empréstitos cuando se destinen a “inversiones públicas productivas”*, conforme a las bases y los montos que establezcan las legislaturas locales en la ley y en los respectivos presupuestos (de egresos).⁴⁹

Una reforma notable es la relativa a la nacionalización de la banca, en 1982, que modificó el artículo 73 en sus fracciones X y XVIII, y adicionó los artículos 28 y 123, apartado B de la Constitución para *establecer que el servicio público de banca y crédito sería prestado exclusivamente por el Estado y no sería objeto de concesión*

⁴⁵ *Ibid.*, 24 de octubre de 1942.

⁴⁶ *Ibid.*, 10 de febrero de 1949.

⁴⁷ *Ibid.*, 28 de marzo de 1951.

⁴⁸ *Ibid.*, 30 de diciembre de 1946.

⁴⁹ *Ibid.*, 21 de abril de 1981.

a particulares,⁵⁰ cuya disposición constitucional se suprimió (deroga el párr. quinto del art. 28) por reforma de 1990 a efecto de “privatizar la banca múltiple”.⁵¹ Por cuanto hace a la banca central (Banxico), por reforma de 1993 a los artículos 28, 73 y 123 de la Carta Magna se otorgó autonomía constitucional al banco central y se establecieron las bases para su conformación y atribuciones.⁵²

Asimismo, es relevante señalar que la reforma de 1983 modificó y adicionó los artículos 16, 25, 26, 27, fracciones XIX y XX; 28, 73, fracciones XXIX-D, XXIX-E y XXIX-F, para incorporar las bases constitucionales para la rectoría del Estado en la organización de un sistema de planeación democrática del desarrollo nacional. Así también, define las áreas de interés público reservadas al Estado, y amplía las facultades del Congreso relacionadas con la planeación del desarrollo económico y la inversión.⁵³

Una institución muy importante surgió a partir de la reforma de 2006, por la que se declaran reformados los artículos 26 y 73 fracción XXIX-D, que otorgó al Inegi el carácter de órgano constitucional autónomo (OCA). Asimismo, estableció las bases del Sistema Nacional de Información Estadística y Geográfica, y facultó al Congreso para expedir leyes en materia de información estadística y geografía.⁵⁴

De la misma manera, la trascendente reforma constitucional de 2008 a los artículos 73, 74, 79, 116, 122 y 134 en 2008, facultó al Congreso para expedir leyes en materia de contabilidad gubernamental aplicables a los tres niveles de Gobierno. Al modificar los plazos para la presentación y revisión de la Cuenta Pública, fortalece concomitantemente las facultades de la Auditoría Superior de la Federación en la materia.⁵⁵

En este mismo sentido, en 2015 se reformaron y adicionaron los artículos 25, 73, 79, 108, 116 y 117 de la Constitución, en materia de disciplina financiera de las entidades federativas y los municipios,⁵⁶ que se complementó al día siguiente con la reforma, adición y derogación de diversas disposiciones de los artículos 22, 28, 41, 73, 74, 76, 79, 104, 108, 109, 113, 114, 116 y 122 en materia de combate a la corrupción, creándose el sistema nacional anticorrupción,⁵⁷ el cual dota de mayores herramientas a las auditorías estatales para la revisión de las cuentas públicas. Se dio también un evento de la mayor trascendencia jurídica: la homologación y el establecimiento de los plazos de caducidad y prescripción en materia de responsabilidades administrativas de los servidores públicos a través del desarrollo legislativo de dicha reforma por la que se expidió la Ley General Responsabilidades Administrativas.

⁵⁰ *Ibid.*, 17 de noviembre de 1982.

⁵¹ *Ibid.*, 17 de noviembre de 1990.

⁵² *Ibid.*, 20 de agosto de 1993.

⁵³ *Ibid.*, 3 de febrero de 1983.

⁵⁴ *Ibid.*, 7 de abril de 2006.

⁵⁵ *Ibid.*, 7 de mayo de 2008.

⁵⁶ *Ibid.*, 26 de mayo de 2015.

⁵⁷ *Ibid.*, 27 de mayo de 2015.

2.5. Ejecución de planes y programas: Plan Nacional de Desarrollo y creación de órganos constitucionalmente autónomos (OCA)

Un tema de la mayor importancia para volver operativo el capítulo económico de la Constitución se da a través de la “vía ejecutiva” mediante el Plan Nacional de Desarrollo y los planes equivalentes de las entidades federativas, a los que debe sujetarse la administración pública tanto federal como de la Ciudad de México, los estados y los municipios que integran los niveles de Gobierno; tan es así, que existen ordenamientos que establecen la obligatoriedad de dichos planes. A nivel federal podemos mencionar la Ley de Planeación, cuyo ordenamiento local se reproduce por los congresos de las entidades federativas. Es a través de dicha planeación administrativa que se materializa, revisa y supervisa el apego a los presupuestos de egresos, y que permite la focalización de la contabilidad gubernamental y la revisión de las cuentas públicas (véanse las reformas constitucionales en la materia).

A su vez, las cláusulas constitucionales que integran el capítulo económico, *per se*, no garantizan la fidelidad de los fines y objetivos del constitucionalismo social (economía mixta), sino que requieren de instituciones que hagan realidad la letra de la Constitución. Así, el constitucionalismo moderno, en su división tradicional de poderes, ha realizado *la incorporación institucional de “órganos constitucionales autónomos”* que constituyen la maquinaria de los DESC. En el caso de México se cuenta con el Coneval, Inegi, INEE, Banxico, Ifetel, Cofece, INE, CNDH e INAI.

3. Los derechos fundamentales y las garantías institucionales inmersas en el capítulo económico de la Constitución

Ha quedado patente que la esencia del constitucionalismo social (capítulo económico de la Constitución) permite la participación de los sectores público, social y privado en las actividades económicas (economía mixta),⁵⁸ y que la rectoría del Estado en el ámbito económico, así como la planeación nacional, constituyen la

⁵⁸ Los principios de la economía mixta los podemos encontrar en diversos artículos de la Ley Suprema; por ejemplo, en el párrafo tercero del artículo 25, que menciona como actores del desarrollo económico nacional a los sectores público, privado y social. Aparte de las áreas estratégicas, la Constitución menciona también a las áreas prioritarias, aunque deja su desarrollo a la ley ordinaria (art. 25, párr. quinto), refiriéndose en concreto solamente a la comunicación vía satélite y a los ferrocarriles (art. 28, párr. cuarto). En el párrafo quinto precisa también que el Estado contará con los organismos y las empresas que requiera para el eficaz manejo de las áreas estratégicas a su cargo, y las actividades de carácter prioritario donde, de acuerdo con las leyes, participe por sí o con los sectores social y privado (Carlos Norberto Valero Flores, *El capítulo económico de la constitución y el desarrollo de México*, México, Cámara de Diputados LX Legislatura, Cedip, 2008, pp. 66).

garantía⁵⁹ de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales (Desca) a efecto de armonizarlos con los derechos civiles y políticos cuyo “objetivo constitucional” es el desarrollo humano.⁶⁰

El *núcleo duro* del *capítulo económico de la Constitución* se integra por los artículos: 3 (derecho a la educación básica y media superior y su gratuidad);⁶¹ 4 (derecho a la salud, al ambiente sano, derecho al agua, a la alimentación suficiente y de calidad; derecho a la vivienda);⁶² 5º y 123 (derecho al trabajo y sistema de seguridad social); 25 (rectoría del Estado en el desarrollo nacional, economía mixta, justa distribución del ingreso y la riqueza, estabilidad de las finanzas públicas y del sistema financiero, exclusividad del sector público en las “áreas estratégicas”⁶³ y concurrencia del sector privado y social en las “áreas prioritarias”,⁶⁴ y mejora regulatoria),⁶⁵ 26, apartado A (Sistema Nacional de Planeación y derecho a la consulta popular para el desarrollo

⁵⁹ Jorge Moreno Collado, “El capítulo económico de la Constitución”, en Jorge Carpizo Madrazo (coord.), *Memoria del III Congreso Nacional de Derecho Constitucional*, México, UNAM-IIJ, 1984, p. 513.

⁶⁰ En términos del artículo 25 constitucional, el desarrollo humano lo podríamos entender con el siguiente extracto de dicha norma fundamental: “que, mediante la competitividad, el fomento del crecimiento económico y el empleo y una más justa distribución del ingreso y la riqueza, permita el pleno ejercicio de la libertad y la dignidad de los individuos, grupos y clases sociales, cuya seguridad protege esta Constitución”.

⁶¹ Por reforma constitucional publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 9 de febrero de 2012 se incorporó como obligatoria la educación media superior, al reformarse el párrafo primero, el inciso c) de la fracción II y la fracción V del artículo 3, y la fracción I del artículo 31 de la Constitución.

⁶² Reforma constitucional publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 13 de noviembre de 2011.

⁶³ El artículo 28 constitucional, párrafo 4, señala: “No constituirán monopolios las funciones que el Estado ejerza de manera exclusiva en las siguientes áreas estratégicas: correos, telégrafos y radiotelegrafía; minerales radiactivos y generación de energía nuclear; la planeación y el control del sistema eléctrico nacional, así como el servicio público de transmisión y distribución de energía eléctrica, y la exploración y extracción del petróleo y de los demás hidrocarburos, en los términos de los párrafos sexto y séptimo del artículo 27 de esta Constitución, respectivamente; así como las actividades que expresamente señalen las leyes que expida el Congreso de la Unión”. Recientemente, la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación emitió la siguiente tesis al respecto: 2a. XLIV/2017 (10a.), “Áreas estratégicas. Su concepto”, *SJF*, viernes 17 de marzo de 2017 [IUS 2 013 961].

⁶⁴ Al respecto indica el artículo 28, párrafo 4 de la Constitución: “La comunicación vía satélite y los ferrocarriles son áreas prioritarias para el desarrollo nacional en los términos del artículo 25 de esta Constitución; el Estado al ejercer en ellas su rectoría, protegerá la seguridad y la soberanía de la Nación, y al otorgar concesiones o permisos mantendrá o establecerá el dominio de las respectivas vías de comunicación de acuerdo con las leyes de la materia”. Asimismo, su párrafo decimotercero indica que: “Se podrán otorgar subsidios a actividades prioritarias, cuando sean generales, de carácter temporal y no afecten sustancialmente las finanzas de la Nación. El Estado vigilará su aplicación y evaluará los resultados de esta”.

⁶⁵ Añade el artículo 25 constitucional, párrafo séptimo, que, en todo ello, “bajo criterios de equidad social, productividad y sustentabilidad se apoyará e impulsará a las empresas de los sectores social y privado de la economía, sujetándolos a las modalidades que dicte el interés

económico), 26, apartado B (carácter obligatorio para todos los niveles de gobierno del Sistema Nacional de Información Estadística y Geográfica, el establecimiento y sustitución del salario mínimo vigente por la Unidad de Medida y Actualización para el pago de obligaciones y transacciones),⁶⁶ 26, apartado C (el establecimiento del Coneval para la medición de la pobreza y evaluación de los programas, objetivos, metas y acciones de la política de desarrollo social), 27 (propiedad y dominio directo de los recursos naturales en favor de la nación, con posibilidad de concesión por el Ejecutivo Federal, salvo en radiodifusión y telecomunicaciones, que serán otorgadas por el Instituto Federal de Telecomunicaciones, y exclusividad de la nación en la planeación y el control del “sistema eléctrico nacional”,⁶⁷ así como el servicio público de transmisión y distribución de energía eléctrica, por lo que no es materia de concesión, como tampoco lo son el petróleo⁶⁸ y los hidrocarburos sólidos, líquidos o gaseosos, en el subsuelo, la propiedad de la nación y el aprovechamiento de los combustibles nucleares para la generación de energía nuclear y la regulación de sus aplicaciones,⁶⁹ el establecimiento de una zona económica exclusiva marítima, la regulación de la cláusula Calvo;⁷⁰ de la misma manera, se reglamenta el instrumento de la expropiación, el derecho a la protección de la tierra ejidal, comunal e indígena; el derecho a la restitución de tierras, bosques y aguas a los núcleos de población; prohibición de latifundios y definición constitucional de pequeña propiedad ganadera y agrícola; el establecimiento de la Procuraduría Agraria; derecho al desarrollo rural integral y sustentable), 28 (prohibición de monopolios y prácticas

público y al uso, en beneficio general, de los recursos productivos, cuidando su conservación y el medio ambiente”.

⁶⁶ Dicho sistema operado por un órgano constitucionalmente autónomo denominado Instituto Nacional de Estadística y Geografía (Inegi).

⁶⁷ Señala el artículo 28, párrafo octavo constitucional que: “El Poder Ejecutivo contará con los órganos reguladores coordinados en materia energética denominados Comisión Nacional de Hidrocarburos y Comisión Reguladora de Energía, en los términos que determine la ley”.

⁶⁸ En materia del área estrategia de petróleos la Segunda Sala, al resolver el Amparo en Revisión 415/2015, el 25 de enero de 2017, indicó que “el transporte de combustibles de la terminal de almacenamiento y reparto a las estaciones de servicio, *forma parte del área estratégica de la industria petrolera* y, por ende, la autoridad responsable Comisión Federal de Competencia, no podía ejercer sus facultades respecto de esos actos [...] esta Sala ya concluyó que el transporte de combustible de la terminal de almacenamiento y reparto a las estaciones de servicio forma parte del área estratégica de la industria petrolera, lo que implica que los actos llevados a cabo por las quejas forman parte de un monopolio constitucionalmente autorizado y, por ende, la autoridad responsable no podía desplegar sus facultades respecto de esos actos” (ver páginas 185 y 187 de la ejecutoria).

⁶⁹ Añade el artículo 27 constitucional en materia de energía eléctrica: “sin perjuicio de que el Estado pueda celebrar contratos con particulares en los términos que establezcan las leyes, mismas que determinarán la forma en que los particulares podrán participar en las demás actividades de la industria eléctrica”.

⁷⁰ Referente a personas extranjeras (jurídicas o naturales) que adquieran dominio de las tierras, aguas y sus accesiones, o para obtener concesiones de explotación de minas o aguas para que se consideren mexicanos respecto de tal dominio.

monopólicas, establecimiento de la libre competencia; remisión constitucional a ley ordinaria *para establecer los precios máximos a los artículos, materias o productos* que se consideren necesarios para la economía nacional o el consumo popular, así como para imponer modalidades a la organización de la distribución de esos artículos, materias o productos; derecho de protección al consumidor; establecimiento de la banca central – Banxico, y de un fideicomiso público denominado Fondo Mexicano del Petróleo para la Estabilización y el Desarrollo, cuya institución fiduciaria será el banco central; el establecimiento de la Comisión Federal de Competencia Económica – Cofece, y el Instituto Federal de Telecomunicaciones - Ifetel).

Asimismo, para finalizar el “contenido base del capítulo económico de la Constitución”, es importante mencionar el artículo 123 en su apartado A, fracciones VI (establecimiento de los parámetros del salario mínimo), IX (derecho del trabajador a las utilidades de la empresa), XII (derecho al crédito a la vivienda), XXIX (derecho a la seguridad social) y su apartado B, fracciones XI (derecho a la seguridad social) y XII (establecimiento de un Tribunal Federal de Conciliación y Arbitraje).

Por su parte, las normas complementarias que conforman, en conjunto con el núcleo duro, el bloque de regularidad del capítulo económico de la Constitución son los artículos: 31, fracción IV (proporcionalidad y equidad en materia tributaria),⁷¹ 49 (facultades extraordinarias para aumentar, disminuir o suprimir las cuotas de las tarifas de exportación e importación expedidas por el propio Congreso y para crear otras; así como para restringir y para prohibir las importaciones, las exportaciones y el tránsito de productos, artículos y efectos, cuando lo estime urgente, a fin de regular el comercio exterior, la economía del país, la estabilidad de la producción nacional, o de realizar cualquiera otro propósito, en beneficio del país), 73, fracciones VIII (bases y parámetros para contratar y administrar la deuda pública), XXIV (sistema nacional anticorrupción y Autoría Superior de la Federación), XXVIII (bases de la contabilidad gubernamental), XXIX-D (regulación de la planeación nacional del desarrollo económico y social), XXIX-E (programación, promoción, concertación y ejecución de acciones de orden económico, especialmente referentes al abasto y la producción suficiente y oportuna de bienes y servicios, social y nacionalmente necesarios), XXIX-F (regulación de la inversión mexicana y extranjera) y XXIX-W (responsabilidad hacendaria para el manejo sostenible de las finanzas públicas); como facultades exclusivas de la Cámara de Diputados las previstas en el artículo 74, fracciones IV (aprobación anual del Presupuesto de Egresos enviado por el Ejecutivo Federal y discusión/aprobación de la Ley de Ingresos), VI (revisión

⁷¹ Al respecto existen jurisprudencias de interés sobre el capítulo económico de la Constitución y el régimen fiscal: 1a./J 105/2011 (9ª), “Estímulos fiscales. Facultades del Congreso de la Unión para determinarlos conforme a los artículos 25, 26 y 28 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos”, *SJFG*, t. xxxiv, septiembre de 2011 [IUS 161 085], y la diversa: 1a./J 28/2007, “Fines extrafiscales. Las facultades del Estado en materia de rectoría económica y desarrollo nacional constituyen uno de sus fundamentos”, *SJFG*, t. XXV, marzo de 2007 [IUS 173 020].

anual de la cuenta pública a través de la Auditoría Superior de la Federación) y VII (aprobación del Plan Nacional de Desarrollo), 79 (deber de fiscalización de los recursos públicos y sus principios), 113 (sistema nacional anticorrupción), 115, fracción IV (libertad hacendaria municipal), 117 (prohibiciones a los Estados, especialmente en materia impositiva que afecte la coordinación fiscal o que incida en la doble tributación), destaca la fracción VIII (deuda pública estatal destinada a inversiones públicas productivas y a su refinanciamiento o reestructuración), 118 (prohibición a cargo de los Estados de gravar las importaciones y exportaciones), 131 (la facultad del Congreso de regular el comercio exterior y prohibir, por motivos de seguridad o de policía, la circulación en el interior de la República) y 134 (uso de recursos públicos y los principios que rigen su uso y administración).⁷²

Sobre este diseño constitucional no debe olvidarse la influencia que ejercen instituciones y órganos internacionales y regionales, como el caso del Fondo Monetario Internacional (FMI); la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE), que ha recomendado a México mayor inversión extranjera directa en bancos y transporte; la Organización Internacional del Trabajo (OIT); los tratados de libre comercio que México ha celebrado;⁷³ la Organización Mundial de Comercio (OMC); el Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD), y toda la normativa internacional, regional y universal en materia de derechos humanos.

Todo este catálogo de derechos fundamentales y garantías institucionales se reconoce como bloque de regularidad constitucional en materia económica, entendido como el conjunto de normas, valores y principios que deben observar como parámetro para la revisión (judicial, administrativa o legislativa) de normas, omisiones y actos todas las autoridades en el ámbito de sus competencias en atención a la reforma constitucional de junio de 2011 en materia de derechos humanos.

Por otro lado, es evidente que la interacción entre los DESC y el modelo económico se desdobra en las vías ejecutiva, legislativa, judicial y a través de la actuación de los órganos constitucionalmente autónomos. Así, en la vía ejecutiva, a través del Plan Nacional de Desarrollo que constituye una directriz obligatoria para todos los niveles de gobierno del Estado mexicano y que se ejecuta por la administración pública, esencialmente en dos frentes: las áreas estratégicas⁷⁴ mediante organismos

⁷² Al respecto, la Corte ha expresado que los principios contenidos en el artículo 134 constitucional son aplicables al sistema radioeléctrico: P/J 72/2007, "Espectro radioeléctrico. A las concesiones relativas son aplicables los principios contenidos en el artículo 134 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, conjuntamente con los establecidos en los numerales que conforman el capítulo económico de esta, y preferentemente los relativos a los derechos fundamentales de los gobernados", *SJFG*, t. XXVI, diciembre de 2007 [IUS 170 758].

⁷³ En materia del TLCAN, Joseph Stiglitz, Premio Nobel de Economía, ha sugerido la renegociación del capítulo agropecuario y una reforma petrolera para nuestro país. Propuestas citadas en: Valero Flores, *op. cit.*, pp. 75.

⁷⁴ Las áreas estratégicas son: a) Servicio Postal Mexicano; b) Telecomunicaciones de México; c) Petróleos Mexicanos y sus cuatro subsidiarias (Refinación, Gas, Petroquímica Básica, Petroquímica y Exploración-Producción); d) Instituto Nacional de Investigaciones Nucleares;

descentralizados y órganos constitucionalmente autónomos, y las áreas prioritarias⁷⁵ mediante fideicomisos públicos, empresas de participación estatal en donde concurren los sectores público, social y privado.

Ahora bien, respecto a la vía legislativa su desdoblamiento se da a través del diseño y la implementación de los ordenamientos legales, a efecto de contar con el fundamento normativo que otorgue seguridad jurídica a los actores de la cadena productiva e inversionistas en todos los sectores de la economía (excepto las consideradas como áreas estratégicas), promoviendo la sana competencia y la creación de empleos formales.⁷⁶

Igualmente, a través de los órganos constitucionales autónomos es que se cuenta con herramientas institucionales para la operatividad y vigencia de las normas que contienen DESC. En el caso mexicano se cuenta con el Coneval, encargado de medir la pobreza en el país y emitir las recomendaciones respectivas para el diseño de programas y políticas públicas para su combate; el Inegi, que es el encargado de la elaboración y el diseño de censos e información vinculantes para todos los niveles de gobierno que sirvan para el diseño de programas sociales; Banxico, que tiene a su cargo la emisión de moneda y billetes así como fungir como fiduciario de las utilidades del sector petrolero; Ifetel, encargado de ser la máxima autoridad en materia de telecomunicaciones para la libre competencia y la neutralidad tecnológica; Cofece, encargada de garantizar la competencia entre los agentes económicos que eleve el poder adquisitivo de las personas.

Finalmente, la vía judicial (SCJN, TCC, TUC, JD y TSJ de los estados) a través del control concentrado o difuso de constitucionalidad y *ex officio* de convencionalidad vía directa, o mediante la vía incidental en la aplicación del bloque de constitucionalidad en materia económica (bloque de regularidad constitucional) ejerce uno de los papeles de mayor dinamismo en materia de protección y resguardo de los DESC. Para muestra, enseguida se analizará la resolución que emitió al conocer de la revisión de constitucionalidad de la consulta popular 2/2014, relativa a los parámetros para fijar el salario mínimo.

e) Comisión Federal de Electricidad; f) Banco de México; y) Casa de Moneda de México (Sergio Monserrit Ortiz Soltero, *Las entidades paraestatales. Aspectos jurídicos*, México, Porrúa, 2008, pp. 16-17).

⁷⁵ Las áreas prioritarias previstas constitucionalmente en el artículo 28 son: a) ferrocarriles y b) telecomunicaciones. Otras consideradas como prioritarias en ordenamientos secundarios son: a) prevención de la discriminación; b) talleres gráficos; c) seguridad social; d) protección al ahorro bancario; e) protección y defensa a los usuarios de servicios financieros, apoyo crediticio al campo; f) administración y enajenación de bienes nacionales; g) asistencia pública; h) desarrollo técnico de las haciendas públicas; i) regularización de la tenencia de la tierra; j) evaluación de la política de desarrollo social; k) materia forestal, agrícola, pecuaria y geológica; l) zonas áridas; m) producción de biológicos veterinarios y de semillas; n) caminos y puentes federales; ñ) enseñanza técnica industrial; o) libros de texto gratuitos, entre otras (Ortiz Soltero, *op. cit.*, p. 45).

⁷⁶ Valero Flores, *op. cit.*, pp. 22.

4. La Suprema Corte de Justicia de la Nación, el bloque de constitucionalidad y el capítulo económico de la Constitución: un caso emblemático⁷⁷

La Suprema Corte de Justicia de la Nación, como máximo intérprete del bloque de constitucionalidad (bloque de regularidad constitucional),⁷⁸ cuenta con diversos mecanismos para interpretar, extender, armonizar, complementar las disposiciones de dicho “bloque normativo”, entre las que destacan: el juicio de amparo (también a través de los recursos establecidos en la Ley de Amparo); las controversias constitucionales; las acciones de inconstitucionalidad; la declaratoria general de inconstitucionalidad; el sistema jurisprudencial previsto por la Ley de Amparo y la Ley Reglamentaria del artículo 105 constitucional, fracciones I y II; la revisión de oficio de constitucionalidad de los decretos expedidos por el Ejecutivo durante la restricción o suspensión de derechos (art. 29 Cpeum); y, la revisión de constitucionalidad de las materias que pueden ser objeto de consulta popular (art. 35, fracción VIII Cpeum).

En este sentido, resulta oportuno hablar de la revisión de constitucionalidad de la materia de la consulta popular 2/2014⁷⁹ que tuvo por objeto establecer el parámetro de regularidad constitucional en materia de salario mínimo, tema central para el desarrollo económico del país y para la justa redistribución de la riqueza y el logro del desarrollo humano.

Dicha revisión de constitucionalidad tuvo como origen la recepción por parte de la Mesa Directiva de la Cámara de Diputados, en julio de 2014, de un formato de aviso de intención de consulta popular relativa al tema de “ingreso digno para los trabajadores”, realizada por el presidente del Partido Acción Nacional en turno, formato que después de autorizado se remitió al solicitante para la obtención de las firmas de apoyo. Recabadas las firmas, la citada Mesa Directiva remitió al Instituto Nacional Electoral (INE) la documentación relativa para su trámite correspondiente, relativo a la verificación de los requisitos establecidos en el artículo 33 de la Ley Federal de Consulta Popular. Cumplidos tales requisitos, el INE remitió para el estudio de constitucionalidad de la consulta a la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN).

La pregunta materia de la consulta popular que revisaría la SCJN fue la siguiente: ¿Estás de acuerdo en que la Ley Federal del Trabajo establezca que la Comisión Nacional de los Salarios Mínimos fije un nuevo salario mínimo que cubra todas las

⁷⁷ Tomado de: Maldonado Sánchez, *op. cit.*

⁷⁸ Llamado en nuestro país como bloque de regularidad constitucional en términos de la Contradicción de Tesis 293/2011 resuelta por el Pleno de la SCJN, el 3 de septiembre de 2013.

⁷⁹ Resuelta por el Pleno de la SCJN, el 29 de octubre de 2014. Ponente: José Ramón Cossío Díaz.

necesidades de una familia para garantizar al menos la línea de bienestar determinada por el Coneval?⁸⁰

Así, en términos del artículo 5° de la Ley Federal de Consulta Popular, la participación de la Suprema Corte de Justicia consistió en: a) la calificación de trascendencia nacional;⁸¹ y b) la calificación de la materia objeto de la consulta en términos de los artículos 35, fracción VIII, numeral 3° constitucional y 11 de la Ley Federal de Consulta Popular.⁸²

Para efectos de la tesis del bloque de constitucionalidad, interesa la calificación de la materia objeto de la consulta popular, misma que fue declarada inconstitucional con una votación dividida en dos grupos, respecto de las consideraciones, no así del resultado de la inconstitucionalidad:

⁸⁰ El camino institucional (trámite) que siguió la *intención de consulta popular* en términos de la Ley Federal de Consulta Popular fue el siguiente: a) el 25 de julio de 2014, la Mesa Directiva de la Cámara de Diputados recibió el *formato de aviso de intención de consulta popular*; b) el 28 de julio de 2014, la Mesa Directiva de la Cámara de Diputados *emitió la constancia que acredita la presentación* del aviso de intención de solicitud de consulta popular relativa al tema de “ingreso digno para los trabajadores” y le remitió al solicitante el formato para la obtención de firmas de apoyo; c) el 10 de septiembre de 2014, Gustavo Enrique Madero Muñoz presentó en la Mesa Directiva de la Cámara de Diputados “Petición de consulta popular: ingreso digno para los trabajadores” con sus anexos correspondientes; d) el 22 de septiembre de 2014, el Instituto Nacional Electoral, mediante oficio INE/SE/0658/2014, acusó recibo de la documentación correspondiente a la Mesa Directiva de la Cámara de Diputados e informó que comenzaría a realizar las actividades relativas a la verificación de los requisitos establecidos en el artículo 33 de la Ley Federal de Consulta Popular; e) el 17 de octubre de 2014, mediante oficio INE/SE/0990/2014, el Instituto Nacional Electoral remitió a la Mesa Directiva de la Cámara de Diputados “el Informe detallado y desagregado que presenta la Dirección Ejecutiva del Registro Federal de Electores a la Secretaría Ejecutiva, respecto de la solicitud de Consulta Popular presentada por el C. Gustavo Enrique Madero Muñoz”; y f) el 21 de octubre de 2014 se recibió en la Oficina de Certificación Judicial y Correspondencia de esta Suprema Corte de Justicia de la Nación el oficio LXII-II/PMD-ST/0022/14 del presidente de la Mesa Directiva de la Cámara de Diputados, por el que remite a esta Corte la citada solicitud de consulta popular con sus anexos, y se ordenó su registro con el expediente 2/2014.

⁸¹ En cuanto a la trascendencia nacional de la consulta popular la Corte dijo: “*De conformidad con los artículos 5 y 6 de la Ley Federal de Consulta Popular, el tema [...] es de trascendencia nacional, toda vez que versa con el salario mínimo que toda persona tiene derecho a recibir por el desarrollo de su trabajo, lo que impacta necesariamente a la clase trabajadora a nivel nacional, pues se pretende involucrar a la ciudadanía en el debate acerca de la fijación de un nuevo salario mínimo que satisfaga las necesidades normales de una familia, acorde con el orden nacional e internacional*” (Resolución, párr. 9).

⁸² En este sentido Cossío Díaz, en su voto particular, sintetiza la intervención de los diversos poderes en el trámite de la consulta popular, en los siguientes términos: “El Congreso de la Unión, el INE, el Tribunal Electoral y esta Corte cumplen funciones detalladas y específicas dentro del procedimiento de consulta popular. Al Congreso de la Unión le compete la convocatoria, al INE le corresponde verificar el porcentaje requerido y la organización, desarrollo, cómputo y declaración de resultados de la consulta, al Tribunal Electoral le corresponde la resolución de los medios de impugnación, y a esta Corte le corresponde el análisis de los temas a los refiere la consulta y la revisión de la pregunta bajo los criterios establecidos en la Constitución y la Ley” (voto particular, p. 14).

- a) Inconstitucional porque la consulta afecta los ingresos y gastos del Estado (modificación de pensiones, jubilaciones, ingresos fiscales/deducciones).⁸³
- b) Inconstitucional por implicar una restricción al derecho humano al salario mínimo reconocido en el artículo 123 fracción VI de la Constitución General, pues la base para determinarlo vía Comisión Nacional de los Salarios Mínimos es más garantista que la propuesta en la consulta popular vía Coneval.

Asimismo, puede identificarse una postura minoritaria que votó en contra y en favor de la constitucionalidad de la materia de la consulta popular, a través de los votos particulares de Silva Meza y Cossío Díaz, los cuales se pronunciaron sobre la complementariedad (perfeccionamiento) de los factores considerados por la Comisión Nacional de los Salarios Mínimos, por un lado, y el Coneval, por el otro; sus argumentos quedaron expresados en los términos siguientes:

- c) Es constitucional porque los parámetros, uno de carácter social (basado en las necesidades de la familia), previsto en el artículo 123, apartado A, fracción VI, párrafo segundo de la Constitución y determinado por la Comisión Nacional de los Salarios Mínimos; y otro de carácter individual (basado en el umbral de la pobreza de las personas), derivado de las recomendaciones que emite el Coneval (art. 26, apartado C), no se contraponen, ni se restringe el derecho humano al salario mínimo, antes bien, son parámetros que se pueden sumar/complementar para determinar un nuevo salario.

Ahora bien, para determinar que la materia objeto de la consulta popular resultaba inconstitucional, la Corte primero definió la materia⁸⁴ así:

El salario mínimo es un concepto ubicado en la fracción VI del apartado A del artículo 123 de la Constitución; la Comisión Nacional de Salarios Mínimos es el órgano encargado de fijar los salarios mínimos conforme a la misma fracción del artículo 123; el Consejo Nacional de Evaluación de la Política de Desarrollo Social (Coneval) es un órgano autónomo, establecido en el inciso C del artículo 26 de la Constitución Federal encargado de “la medición de la

⁸³ Ortiz Mena, en su voto concurrente, se pronunció en contra de esta posición expresando: “No coincido con la posición que afirma que la presente consulta verse sobre la materia de ingresos y gastos del Estado por las siguientes razones [...] *No participo de la opinión que un derecho humano reconocido en la Constitución se defina por referencia a una función asignada de manera contingente por el legislador secundario*, como podría ser un referente de indexación para operaciones tributarias y financieras. Que ello sea así no debe impedir a esta Suprema Corte perder de vista la naturaleza de las entidades constitucionales”.

⁸⁴ Ver párrafo 13 de la resolución.

pobreza y de la evaluación de los programas, objetivos, metas y acciones de la política de desarrollo social”.

Enseguida dijo que el Coneval, como organismo constitucional autónomo en términos del artículo 81 de la Ley General de Desarrollo Social, emite lineamientos y criterios para la medición de la pobreza, cuyo lineamiento segundo, fracción X,⁸⁵ identifica dos indicadores de ingreso: 1) línea de bienestar, y 2) línea de bienestar mínimo, conceptos que son definidos en el lineamiento décimo primero.⁸⁶ En este orden de ideas, la Suprema Corte determina que la materia específica de la consulta es:

modificar la Ley Federal del Trabajo para que la Comisión Nacional de los Salarios Mínimos tenga claramente reglamentada su atribución de fijar un nuevo salario mínimo, ajustando a la línea de bienestar que establece el Coneval y con ello garantizar las necesidades de un trabajador y su familia, y si se encuentra acorde tanto con los instrumentos internacionales de los que México forma parte, como con la propia Constitución Federal.⁸⁷

Así, ante la acotación de la materia objeto de la consulta popular, la Corte resuelve que es inconstitucional, por las siguientes razones:

- a) *La materia tiene que ver con los ingresos y gastos del Estado*, materia vedada por el artículo 35, fracción VIII, numeral 3º de la Constitución Federal, y el artículo 11, fracción IV de la Ley Federal de Consulta Popular, puesto que el salario mínimo no puede desvincularse de aquellos aspectos, elementos y ordenamientos (tributarios y financieros) que hacen referencia a dicho concepto ya sea de manera directa o indirecta.⁸⁸
- b) La materia de consulta también encuadra en la prohibición relativa al tema de la restricción de los derechos humanos reconocidos por la Constitución, prevista en el artículo 35, fracción VIII, numeral 3º de la Constitución

⁸⁵ Lineamientos derivados del documento: “Metodología para la medición multidimensional de la pobreza en México”, publicado en el *Diario Oficial de la Federación*, 16 de junio de 2010.

⁸⁶ “Décimo Primero. Para la identificación de las personas o grupos de personas en situación de pobreza de acuerdo con los criterios asociados al bienestar económico se utilizará alguna de las siguientes líneas:

I. Línea de bienestar: permite identificar a la población que no cuenta con los recursos suficientes para adquirir los bienes y servicios que requiere para satisfacer sus necesidades (alimentarias y no alimentarias).

II. Línea de bienestar mínimo: permite identificar a la población que, aun al hacer uso de todo su ingreso en la compra de alimentos, no podría adquirir lo indispensable para tener una nutrición adecuada”.

⁸⁷ Ver párrafo 16 de la resolución.

⁸⁸ Ver párrafos 19-20 de la resolución.

- Federal, y el artículo 11, fracción I de la Ley Federal de Consulta Popular, dado que se pretende sustituir una base constitucional (para satisfacer las necesidades normales de un jefe familia, en el orden material, social y cultural, y para proveer a la educación obligatoria de los hijos) por una base de legalidad (línea de bienestar), dejando de lado el derecho humano social de los trabajadores al salario contenido en el artículo 123 constitucional.⁸⁹
- c) La línea de bienestar establecida por el Coneval es definida en los lineamientos y criterios generales para la definición, justificación y medición de la pobreza, como parámetro que permite identificar a la población que no cuenta con los recursos suficientes para adquirir los bienes y servicios que requiere a fin de satisfacer sus necesidades alimentarias y no alimentarias (umbral de pobreza). Parámetro que no se adecua al contenido normativo contenido en el artículo 123, apartado A, fracción VI, párrafo 2º de la Constitución (necesidades integrales del trabajador y su familia); por ello, la materia de la consulta resulta restrictiva del derecho humano al salario mínimo, vulnerando adicionalmente la libertad que el artículo constitucional otorga a los representantes de los trabajadores como integrantes de la Comisión Nacional de los Salarios Mínimos, porque se le impone tomar como parámetro dicha línea de bienestar, siendo más protectora la que otorga el artículo 123 de la Constitución Federal que la que se pretende en la consulta a través del Coneval.⁹⁰
- d) La sustitución de la base constitucional (necesidades integrales del trabajador y su familia) por la base legal (línea de bienestar: umbral de pobreza), degrada el contenido constitucional del derecho humano al salario mínimo, al establecerse en una fuente infraconstitucional (lineamientos del Coneval), que se integra por un parámetro individual y no plural como se establece en el artículo 123 constitucional.

Ortiz Mena precisa un elemento importante en su voto concurrente, en relación con las determinaciones que tome la Comisión Nacional de los Salarios Mínimos para fijar el salario, las cuales deben ajustarse al parámetro de control con base en el

⁸⁹ Ver párrafo 21 de la resolución.

⁹⁰ Ver párrafos 24-27 de la resolución. Sobre este aspecto se pronuncia Zaldívar Lelo de Larrea en su voto concurrente, en los siguientes términos: "Así, la pregunta que propone la consulta no especifica a qué línea de bienestar se refiere, si a la de bienestar mínimo o la línea de bienestar. Interpretando la petición de consulta de la manera más favorable, podría suponerse que se trata de la línea de bienestar. Sin embargo, aún en dicho supuesto, la consulta restringe el concepto y alcance del salario mínimo contenido en el artículo 123, ya que dicho precepto habla del ingreso necesario para una familia, mientras que el Coneval determina el ingreso que requiere una persona para sobrevivir. Sin duda, la protección que otorga el artículo 123 constitucional es mucho más amplia que aquella que se pretende a través de incorporar las mediciones del Coneval" (ver voto concurrente, p. 5).

contenido del artículo 123, apartado A, fracción VI,⁹¹ en virtud de que esa facultad no es de carácter discrecional.

Esta decisión de inconstitucionalidad sobre la materia (objeto) de la consulta popular hubiera tenido otro resultado ante la aplicación judicial del bloque de constitucionalidad para resolver de manera armónica entre la visión plural (art. 123) y la postura individual (art. 26, apartado C), que permitiera a ambas cláusulas de la Norma Fundamental coordinar/complementar/sumar⁹² los instrumentos institucionales (productos de investigación) emitidos por la Comisión Nacional de los Salarios Mínimos y el Coneval, a efecto de establecer un salario mínimo con carácter multidisciplinario (desde la perspectiva plural e individual).

Destacan sobre la constitucionalidad de la materia de la consulta los votos particulares de Cossío Díaz y Silva Meza, de los cuales es conveniente rescatar lo siguiente:

Voto particular Cossío Díaz

- a) La materia de la consulta no incide en los ingresos y gastos del Estado, salvo que se interprete de manera amplia que impida el ejercicio efectivo de la democracia directa a través de la consulta popular, y ante las restricciones al ejercicio de los derechos, la interpretación de las mismas debe ser restringida.⁹³
- b) El Coneval, al ser encargado de la medición de la pobreza también se encuentra en condiciones de fijar el parámetro mínimo para un nuevo salario mínimo, satisfaciendo los elementos establecidos en el artículo 123, lo que de ninguna manera degrada el contenido del derecho humano social establecido en el artículo 123, pues ante la suma de la línea de bienestar para su fijación no menoscaba tal derecho.⁹⁴

⁹¹ Ver voto concurrente, pp. 4-5.

⁹² Sobre esta posibilidad interpretativa se pronunció en contra Ortiz Mena, expresando literalmente: “Ahora bien, *tampoco encuentro persuasivo el argumento de que la anterior conclusión es inexacta por la aducida razón de que la consulta no pretende preguntar si se desea cambiar la base de fijación constitucional del salario mínimo, sino si desea complementarlo con un elemento adicional*, a saber: la línea de bienestar determinada por el Coneval.

No coincido con esta posición porque igualmente [...] supondría reducir la función que el artículo 123, apartado A, fracción VI, segundo párrafo constitucional está llamada a desempeñar: *establecer una base universal de fijación del salario mínimo de una perspectiva incluyente de todos los órdenes de la vida*.

Los términos amplios del Constituyente originario no admiten una lectura como la mencionada: ‘Los salarios mínimos generales deberán ser suficientes para satisfacer las necesidades normales de un jefe de familia, en el orden material, social y cultural, y para proveer a la educación obligatoria de los hijos. Los salarios mínimos profesionales se fijarán considerando, además, las condiciones de las distintas actividades económicas’ (voto concurrente, p. 4).

⁹³ Ver voto particular, p. 11.

⁹⁴ *Ibid.*, p. 12.

- c) Una confrontación entre la “línea de bienestar” y los “elementos del artículo 123, apartado A, fracción VI constitucional” para establecer un nuevo salario mínimo produciría el efecto de segmentar la interpretación de la Constitución.⁹⁵

Voto particular Silva Meza

- a) No se restringe el derecho humano al salario mínimo, pues únicamente se pretende cuestionar la manera de regularlo y calcularlo.⁹⁶
- b) En mi concepto, por “ingresos y gastos del Estado” deben entenderse únicamente aquellas materias que se relacionen directamente con los elementos del sistema financiero que regula la percepción del ingreso y el gasto en el Estado; esto es, la Ley de Ingresos y el Presupuesto de Egresos. Por consiguiente, el tema en cuestión no incide en ninguno de los aspectos antes mencionados, por lo que no afecta la función financiera del Estado.⁹⁷
- c) En los términos en los que se formula la pregunta, no se sometería a consulta popular la posibilidad de sustituir los parámetros que fija el texto constitucional para la cuantificación del salario mínimo, sino que, en todo caso, se propone la inclusión de un nuevo parámetro, el de la línea de bienestar fijada por el Coneval, que sirva como mínimo, y no como tope.⁹⁸
- d) El artículo 35, fracción VIII, numeral 3 es un derecho humano (a la consulta popular) que debe interpretarse conforme al artículo 1º de la Norma Fundamental y, por ende, sus restricciones deben ser las menos intensas posibles (principio *pro homine*).⁹⁹
- e) La redacción de la pregunta objeto de la consulta popular era constitucional en sus términos atendiendo a que según los artículos 40 y 41 de la Ley Federal de Consulta Popular –que disponen que el Instituto Nacional Electoral realizará una campaña de información respecto de las consultas– consideró que, entre otras cosas, para someter esta pregunta a la consulta popular tendría que informarse a los consultados acerca de la modificación que sufriría el salario mínimo, o al menos el parámetro concreto para cuantificarlo, al tomarse como base la línea de bienestar del Coneval en un periodo de tiempo determinado.¹⁰⁰

⁹⁵ *Ibid.*, p. 13.

⁹⁶ *Ibid.*, p. 11.

⁹⁷ *Ibid.*, p. 13.

⁹⁸ *Ibid.*, p. 15.

⁹⁹ *Ibid.*, pp. 20-21.

¹⁰⁰ *Ibid.*, p. 22.

5. Conclusiones

Primera. El constitucionalismo social se define por dos elementos: el sustantivo y el adjetivo. La parte sustantiva se refiere al conjunto de cláusulas constitucionales o convencionales (bloque de constitucionalidad) que componen el capítulo económico de la Constitución, cuyo bloque de normas esencialmente persigue evitar la desigualdad económica entre las personas, con el objetivo de alcanzar el desarrollo humano;¹⁰¹ mientras que la parte adjetiva se integra por los mecanismos institucionales y las garantías para lograr el equilibrio entre los derechos civiles y políticos (teoría individualista); y los derechos económicos, sociales y culturales (teoría social y colectiva).

Segunda. El núcleo duro del capítulo económico de la Constitución está integrado por los artículos 3º, 4º, 5º, 25, 26, 27, 28 y 123, y sus normas complementarias son los artículos 31 (fracción IV), 49, 73 (fracciones VIII, XXIV, XXVIII, XXIX-D, XXIX-E, XXIX-F y XXIX-W), 74 (fracciones IV, VI y VII), 79, 113 y 117 (se destaca la fracción VIII); 118, 131 y 134.

Tercera. Es necesaria la participación/intervención y promoción del Estado en las actividades del sector económico, así como plenamente justificada la exclusividad del Estado en la planeación, operación y explotación de los sectores estratégicos y la concurrencia con el sector social y privado en las áreas prioritarias.¹⁰²

Cuarta. Es necesaria la aplicación del bloque de constitucionalidad a través de las vías ejecutiva (Plan Nacional de Desarrollo); legislativa (normas); órganos constitucionales autónomos (Coneval, Inegi, Banxico, Ifetel, Cofece); y judicial (SCJN, TCC, TUC, JD y TSJ de los estados), a efecto de equilibrar los factores económicos para una armónica cohabitación entre los derechos civiles y políticos, y los derechos económicos, sociales y culturales.

Bibliografía

FAYA VIESCA, Jacinto, *Teoría constitucional*, 2 ed., México, Porrúa, 2008.

¹⁰¹ El Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD) ha señalado al respecto que: “El desarrollo humano tiene por objeto las libertades humanas: la libertad de desarrollar todo el potencial de cada vida humana —no solo el de unas pocas ni tampoco el de la mayoría, sino el de todas las vidas de cada rincón del planeta— ahora y en el futuro. Esta dimensión universal es lo que confiere al enfoque del desarrollo humano su singularidad” (Informe sobre Desarrollo Humano 2016, PNUD, Washington, 2016, prólogo, p. iii).

¹⁰² En este sentido: el Estado debe intervenir en la vida económica nacional, tanto de forma directa, como de manera indirecta, pero siempre con el propósito de corregir desigualdades económicas a través del gasto público en programas sociales y a través de mecanismos que produzcan realmente un reparto más justo de la riqueza nacional (Jacinto Faya Viesca, *Teoría constitucional*, 2 ed., México, Porrúa, 2008, p. 63).

- FIX-ZAMUDIO, Héctor, “Estado social de derecho y cambio constitucional”, en Jorge CARPIZO y Jorge MADRAZO (coords.), *Memoria del III Congreso Nacional de Derecho Constitucional*, México, UNAM-IIJ, 1984.
- GRAU, Luis, *El constitucionalismo americano. Materiales para un curso de historia de las constituciones*, Madrid, Dykinson, Universidad Carlos III de Madrid, 2011.
- _____, *Los orígenes del constitucionalismo norteamericano*, Madrid, Dykinson, Universidad Carlos III de Madrid, t. II, 2009.
- MALDONADO SÁNCHEZ, Adán, *El bloque de constitucionalidad en México. Hacia su integración y aplicación*, México, 2017 (en proceso de edición).
- MORENO COLLADO, Jorge, “El capítulo económico de la Constitución”, en Jorge CARPIZO y Jorge MADRAZO (coords.), *Memoria del III Congreso Nacional de Derecho Constitucional*, México, UNAM-IIJ, 1984.
- ORTIZ SOLTERO, Sergio Monserrit, *Las entidades paraestatales. Aspectos jurídicos*, México, Porrúa, 2008.
- PERRY, Richard L. y John C. COOPER, *Sources of our Liberties*, 3 ed., Chicago, American Bar Foundation, 1962.
- PROGRAMA DE LAS NACIONES UNIDAS PARA EL DESARROLLO (PNUD), *Informe sobre Desarrollo Humano 2016*, Washington, PNUD, 2016.
- SUÁREZ DÁVILA, Francisco, “La evolución del proyecto económico de la Constitución de 1917 y los cambios en el modelo de desarrollo del país: ¿congruencia, vigencia o utopía?”, en Francisco Alberto IBARRA PALAFOX, et al. (coords.), *Cien ensayos para el centenario. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*, t. 3, *Estudios económicos y sociales*, México, UNAM-IIJ, 2017.
- VALERO FLORES, Carlos Norberto, *El capítulo económico de la constitución y el desarrollo de México*, México, Cámara de Diputados LX Legislatura, Cedip, 2008.
- HUERTA LARA, María del Rosario, “Los conceptos de Estado social de derecho, bienestar social e interés colectivo”, *Revista Letras Jurídicas*, núm. 18, julio-diciembre, 2008.

Criterios jurisdiccionales

- 1a./J 105/2011 (9ª), “Estímulos fiscales. Facultades del Congreso de la Unión para determinarlos conforme a los artículos 25, 26 y 28 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos”, *Semanario Judicial de la Federación* y su *Gaceta*, t. XXXIV, septiembre de 2011 [IUS 161 085].
- 1a./J 28/2007, “Fines extrafiscales. Las facultades del Estado en materia de rectoría económica y desarrollo nacional constituyen uno de sus fundamentos”, *Semanario Judicial de la Federación* y su *Gaceta*, t. XXV, marzo de 2007 [IUS 173 020].
- 2a. XLIV/2017 (10a.), “Áreas estratégicas. Su concepto”, *Semanario Judicial de la Federación*, viernes 17 de marzo de 2017 [IUS 2 013 961].
- P/J 72/2007, “Espectro radioeléctrico. A las concesiones relativas son aplicables los principios contenidos en el artículo 134 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, conjuntamente con los establecidos en los numerales que

conforman el capítulo económico de esta, y preferentemente los relativos a los derechos fundamentales de los gobernados”, *Semanario Judicial de la Federación*, t. XXVI, diciembre de 2007 [IUS 170 758].

Sentencias o resoluciones

Ejecutoria del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en la revisión de constitucionalidad de la materia que será objeto de consulta popular 2/2014.

Ejecutoria de la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, al resolver el 25 de enero de 2017, el Amparo en revisión 415/2015.

VOLVER A LA TABLA DE CONTENIDO

Marcela Rita Ortiz Torricos* (Bolivia)

El derecho a la libertad de expresión e información en Perú, Bolivia y Colombia desde la perspectiva de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos**

RESUMEN

El texto analiza el derecho a la libertad de pensamiento-expresión, como la libertad de información, a partir de las interpretaciones realizadas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, cuyos criterios han sido acogidos de manera expresa e implícita por la jurisprudencia de tribunales estatales de la región andina: Perú, Colombia y Bolivia. El trabajo comienza con una introducción relativa a la comunicación entre tribunales (internacional y estatales), seguida por cuatro secciones: la primera referida a la base normativa (internacional y estatal); la segunda, a la noción del derecho y sus dimensiones; la tercera, a la libertad de pensamiento-expresión (libertad de opinión), y la cuarta, a la libertad de información (acceso a la información). Finalmente, se presentan las conclusiones.

Palabras clave: Corte Interamericana de Derechos Humanos, libertad de expresión, libertad de información.

ZUSAMMENFASSUNG

Der Beitrag befasst sich mit dem Recht auf freie Meinungsäußerung und mit der Informationsfreiheit. Dabei geht er von den Auslegungen des Interamerikanischen

* Doctora de la Universidad de Valencia (España) y magíster en Derecho Constitucional de la Universidad Andina Simón Bolívar. Docente de posgrado de la Universidad Andina y de la Universidad Mayor, Real y Pontificia de San Francisco Xavier de Chuquisaca. marcelaortiz@hotmail.com

** Este texto recoge parte de la jurisprudencia internacional y estatal que la autora mencionó en su tesis doctoral “El diálogo entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos, los tribunales constitucionales de la región andina y el Tribunal Europeo de los Derechos Humanos. Hacia un derecho americano y global de los derechos humanos”.

Gerichtshofs für Menschenrechte aus, dessen Kriterien ausdrücklich oder implizit von der Rechtsprechung der staatlichen Gerichte im Andenraum - Peru, Kolumbien und Bolivien - übernommen wurden. Der Artikel beginnt mit einer Einleitung über die Kommunikation der (internationalen und einzelstaatlichen) Gerichte untereinander, auf die vier weitere Kapitel folgen: das erste über die (internationale und einzelstaatliche) normative Grundlage; das zweite über das Konzept des Rechts und seiner Dimensionen; das dritte über die freie Meinungsäußerung (Meinungsfreiheit); und das vierte über die Informationsfreiheit (Zugang zur Information). Am Ende stehen einige Schlussfolgerungen.

Schlagwörter: Interamerikanischer Gerichtshof für Menschenrechte, freie Meinungsäußerung, Informationsfreiheit.

SUMMARY

This text analyzes the right to freedom of thought-expression, such as the freedom of information, based on the interpretations made by the Inter-American Court of Human Rights, whose criteria have been expressly and implicitly accepted by the jurisprudence of state courts in the Andean region: Peru, Colombia and Bolivia. The work begins with an introduction to communication between courts (international and state), followed by four sections: the first discusses the normative basis (international and state); the second, the notion of law and dimensions; the third, the freedom of thought-expression (freedom of opinion); and the fourth, the freedom of information (access to information). Finally, it presents conclusions.

Key words: Inter-American Court of Human Rights, freedom of expression, freedom of information.

Introducción

La Organización de los Estados Americanos (OEA),¹ como entidad intergubernamental, es responsable del respeto de los derechos humanos en el ámbito de los territorios de los Estados ante el sistema interamericano de derechos humanos (SIDH), constituido por dos organismos independientes e internacionales: la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) y la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), que como instituciones de carácter no jurisdiccional y jurisdiccional del sistema, respectivamente, son responsables de cuidar que los derechos sean cumplidos y respetados por los Estados americanos.

¹ Creada en 1948, en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, Serie sobre Tratados, OEA No. 1-C y 61; entró en vigencia el 13 de diciembre de 1951; reformada por los protocolos de Buenos Aires, Cartagena, Washington y Managua. Disponible en: http://www.oas.org/dil/esp/tratados_A-41_Carta_de_la_Organizacion_de_los_Estados_Americanos.htm.

La Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH)² y otros instrumentos internacionales impuestos por el SIDH consagran derechos específicos a favor de los individuos que forman parte de los Estados americanos, como el derecho a la libertad de pensamiento y de expresión, consagrado en el artículo 13 de la señalada CADH. En aquellos casos en los que un Estado ha ratificado la Convención, se abre la competencia contenciosa (función jurisdiccional) de la Corte IDH, la cual “determina si un Estado ha incurrido en responsabilidad internacional por haber violado alguno de los derechos consagrados o estipulados en la Convención Americana”.³ De esta manera, los Estados van cediendo paso a la internacionalización de los derechos humanos, que se expresa “en el proceso que llevan a cabo los Estados con miras a procurar la protección de los derechos humanos fuera de los mismos Estados”.⁴

Todos los Estados americanos que han reconocido la jurisdicción contenciosa de la Corte IDH tienen la obligación convencional de cumplir con el fallo y la decisión interamericana que adquiere la calidad de “cosa juzgada” (*res judicata*) porque pone fin a la controversia entre la persona y el Estado o entre Estados. Esa decisión adquiere vinculación directa y goza de efectos interpartes en la medida en que alcanza solo a las partes del proceso, y el Estado queda obligado a acatar el fallo internacional.

Si la cosa juzgada implica la obligatoriedad directa de una sentencia de la Corte IDH por el Estado demandado, la cosa interpretada (*res interpretata*) significa la vinculación objetiva e indirecta que con carácter *erga omnes* tienen los Estados partes de la OEA y, por tanto, las autoridades nacionales, con relación al razonamiento o criterio interpretativo que en algún caso dio la Corte IDH, máxime si se trata de Estados que han ratificado la CADH y han reconocido la jurisdicción contenciosa de la Corte.

En el presente trabajo se intenta determinar cómo los Estados estudiados (Colombia, Perú y Bolivia), a través de sus órganos internos de protección, acogen o no el razonamiento o criterio interpretativo que sobre el derecho en estudio dio la Corte IDH. En otras palabras, “el Tribunal (internacional) establece pautas de interpretación del Convenio, cuya aplicación futura, en nuevos casos, corresponde, entre otras autoridades, a los tribunales nacionales. Esta aplicación se justifica en virtud del concepto de cosa interpretada”.⁵

² Suscrita en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos, San José de Costa Rica, 22 de noviembre de 1969; entró en vigencia el 18 de julio de 1978 (Lisa J. Reinsberg, *Defensa ante el sistema interamericano. Manual para abogados y defensores de derechos humanos*, San Francisco, IJRC, 2014, p. 78. Disponible en: www.ijrcenter.org).

³ Manuel E. Ventura Robles, “La Corte Interamericana de Derechos Humanos: camino hacia un tribunal permanente”, en Antônio Augusto Cançado Trindade y Manuel E. Ventura Robles, *El futuro de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, San José, UNHCR, 2003, p. 113.

⁴ Juan Antonio Travieso, *Historia de los derechos humanos*, Buenos Aires, Heliasta S.R.L., 1993, p. 235.

⁵ Luis López Guerra, “El diálogo entre el Tribunal Europeo de los Derechos Humanos y los tribunales españoles. Coincidencias y divergencias”, *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 32, 2013, p. 140.

Desde esa perspectiva surge un nuevo entendimiento de la soberanía estatal actual, en la que los Estados se encuentran autolimitados al marco de los entendimientos jurisprudenciales internacionales realizados por autoridades supraestatales con competencia jurisdiccional internacional, revisando actos de autoridades públicas de los diversos Estados. Todo ello en busca de un común entendimiento y respeto de los derechos humanos.

1. Marco normativo internacional y estatal

El derecho a la libertad de expresión y pensamiento, como la libertad de información, es un derecho humano fundamental,⁶ consagrado en los diferentes instrumentos jurídicos, unos internacionales como la CADH, otros estatales como las constituciones políticas de los distintos Estados. Ambas regulaciones, internacional e internas, no son una construcción improvisada, sino producto de “una conquista de la era moderna, que, palmo a palmo, se ha ido ganando con el progreso de la humanidad”⁷

En los Estados Unidos, en la Declaración de Virginia del 12 de junio de 1776, entre los derechos (XII) se reconoce que “la libertad de prensa es uno de los grandes baluartes de la libertad y no puede ser restringida jamás, a no ser por gobiernos despóticos”; a su vez, a la primera enmienda que se realizó a su Constitución en 1791 se ordenó: “el Congreso no hará ley alguna por la que [...] se limite la libertad de palabra, o la de prensa”.

En el continente europeo, en el plano normativo, el derecho a la libertad de expresión fue regulado por primera vez en Francia, en el artículo 11 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, cuando se manifestó: “La libre comunicación de pensamientos y de opiniones es uno de los derechos más preciosos del hombre; en consecuencia, todo ciudadano puede hablar, escribir e imprimir libremente, a trueque de responder del abuso de esta libertad en los casos determinados por la ley”. Este documento influenció la Declaración de Virginia, la

⁶ Desde el punto de vista de las fuentes de producción se entiende que *derechos humanos* son los que se sustentan en la dignidad humana, libertad e igualdad, y que en su más amplia gama se encuentran positivizados en ordenamientos jurídicos mayores, que abarcan los del contexto internacional; a su vez, son *derechos fundamentales* los que, al formar parte de las normas internacionales, son específicamente positivizados en el ordenamiento jurídico de cada uno de los Estados y se encuentran consagrados en sus constituciones políticas, las que a su vez se nutren y se complementan con otras normas del contexto internacional. Este razonamiento se encuentra en la línea doctrinal expresada por Antonio Enrique Pérez Luño, *Derechos humanos, Estado de derecho y constitución*, Madrid, Tecnos, 2010, pp. 44 y 46; Willman Ruperto Durán Ribera, *Las líneas jurisprudenciales básicas del Tribunal Constitucional*, Santa Cruz, El País, 2003, p. 30, entre otros.

⁷ José Augusto de Vega Ruiz, *Libertad de expresión, información veraz, juicios paralelos, medios de comunicación*, Madrid, Universitas, 1998, p. 25.

cual constituye el origen de siguientes declaraciones internacionales de protección de los derechos humanos.

Posteriormente, el artículo 19 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos (DUDH) de 1948 amplió esa regulación cuando expresó: “Todo individuo tiene derecho a la libertad de opinión y de expresión; este derecho incluye el de no ser molestado a causa de sus opiniones, el de investigar y recibir informaciones y opiniones, y el de difundirlas, sin limitación de fronteras, por cualquier medio de expresión”.

En el mismo año (1948) se pronunció la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, cuyo artículo IV establece: “Toda persona tiene derecho a la libertad de investigación, de opinión y de expresión y difusión del pensamiento por cualquier medio”.⁸

El 16 de diciembre de 1966 se emitió el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP), que en su artículo 19.2 prevé: “Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión; este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección”.

Sobre la base normativa anterior, el 22 de noviembre de 1969, la CADH, en su artículo 13.1, señaló que el derecho a la libertad de pensamiento y expresión radica en que “[t]oda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento y de expresión. Este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección”.

Finalmente, la Carta Democrática Interamericana, del 11 de septiembre de 2001, en su artículo 4.º manifiesta: “Son componentes fundamentales del ejercicio de la democracia la transparencia de las actividades gubernamentales, la probidad, la responsabilidad de los gobiernos en la gestión pública, el respeto por los derechos sociales y la libertad de expresión y de prensa”.

La última regulación (Carta Democrática) es producto de la necesidad de una aplicación real y efectiva de la democracia, como institución indispensable para la paz, la estabilidad y el desarrollo de la región americana, pues solo “cuando las democracias han ido implantándose, es cuando la libertad de expresión se ha consolidado como derecho fundamental. Así, la democracia, progresismo y civilización, van, unidas de la mano, a propulsar la ratificación del concepto”.⁹

Es así como el derecho a la libertad de expresión, consagrado en diversos instrumentos internacionales universales y de América a través de un proceso de internacionalización de los derechos humanos, ha sido recogido por las distintas

⁸ Declaración que es la base jurídica generalmente utilizada por los países que no han ratificado la Convención Americana, como por ejemplo los Estados Unidos.

⁹ De Vega Ruiz, *op. cit.*, p. 25.

constituciones políticas de los Estados de la región andina, que lo consagran como derecho fundamental o constitucional.

La Constitución Política del Perú de 1993, en su artículo 2.4 señala como derechos fundamentales de toda persona “las libertades de información, opinión, expresión y difusión del pensamiento mediante la palabra oral o escrita o la imagen, por cualquier medio de comunicación social, sin previa autorización ni censura ni impedimento algunos, bajo las responsabilidades de ley”.

La Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia de 2009, como parte de derechos civiles y políticos, en su artículo 21.5 reconoce el derecho que tiene toda persona “[a] expresar y difundir libremente pensamientos u opiniones por cualquier medio de comunicación, de forma oral, escrita o visual, individual o colectiva”; ese entendimiento se amplía con un derecho de comunicación consagrado en el artículo 106-II que manifiesta: “El Estado garantiza a las bolivianas y los bolivianos el derecho a la libertad de expresión, de opinión y de información, a la rectificación y a la réplica, y el derecho a emitir libremente las ideas por cualquier medio de difusión, sin censura previa”.

Asimismo, la Constitución Política de Colombia (actualizada con los actos legislativos a 2015), en su artículo 20 señala como parte de los derechos fundamentales: “Se garantiza a toda persona la libertad de expresar y difundir su pensamiento y opiniones, la de informar y recibir información veraz e imparcial, y la de fundar medios masivos de comunicación”.

Las anteriores regulaciones internas, con las particularidades del lugar en el que han sido pronunciadas, recogen en general el contenido de la normativa internacional que se pronunció acerca de la libertad de expresión e información, sobre cuya base la Corte IDH viene otorgando protección jurisdiccional y desarrollando una encomiable jurisprudencia que ha sido acogida por los tribunales constitucionales de la región andina.

Ese derecho que tienen las personas de expresar libremente su pensamiento y difundir sus ideas –obviamente con base normativa internacional y estatal señalada– permite “contribuir a la creación de una verdad social y política útil para la racionalidad de la organización social, que favorezca a la humanidad”;¹⁰ por eso es necesario intentar que “el poder, fundamentalmente entonces el poder político, no pueda neutralizar esa libertad, que esa libertad sea el límite del poder”.¹¹

En esa virtud se tiene que dentro de un sistema democrático, el derecho a la libertad de expresión e información se constituye en un instrumento decisivo para fiscalizar las acciones de gobierno o en un “mecanismo que permite controlar la

¹⁰ Gregorio Peces-Barba, “Ética, poder y derecho”, *Cuadernos y Debates*, núm. 54, 1995, p. 123.

¹¹ *Idem*.

actuación de los poderes públicos”;¹² derechos que no pueden estar arbitrariamente lesionados por el Estado y que tampoco son absolutos, en la medida en que su límite es el que sea necesario para proteger otros derechos o para garantizar otros intereses que afecten a la colectividad.

2. Noción y dimensiones

En el sistema interamericano de protección de los derechos humanos, para asumir una posición y poder definir el derecho a la libertad de pensamiento y expresión, así como el derecho a la información, consagrados en el artículo 13.1 de la CADH –en jurisprudencia que se señalará en el presente trabajo–, la Corte IDH realiza un análisis de ese contenido jurídico que, por una parte, hace referencia a que “[t]oda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento y de expresión”. Por otra parte, se complementa la idea cuando (después de un punto seguido) señala: “Este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole [...] sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección”.

La libertad de pensamiento y de expresión, así como la libertad de información, “podría definirse como el derecho de toda persona a mantener en libertad sus ideas y convicciones y a manifestarlas externamente mediante la palabra o sus propios actos”, como considera Espín.¹³ El ser humano tiene sus propias percepciones, sentimientos, ideas y apreciaciones de todo lo que lo rodea (libertad de pensamiento). A su vez, todas esas apreciaciones no se quedan en su interior, sino que surge la necesidad de expresarlas exteriormente (libertad de expresión), a través de los diferentes medios de comunicación que permitan transmitir esos pensamientos y expresiones hacia los demás (libertad de información).

La Corte IDH, en la Opinión Consultiva OC-5/85 del 13 de noviembre de 1985, entendió que “la libertad de expresión no se agota en el reconocimiento teórico del derecho a hablar o escribir, sino que comprende además, inseparablemente, el derecho a utilizar cualquier medio apropiado para difundir el pensamiento y hacerlo llegar al mayor número de destinatarios”.¹⁴ Es decir, este tribunal internacional considera que el derecho a la libertad de expresión alcanza a la libertad de pensamiento (que se materializa en hablar y escribir) y comprende el derecho a la información (relacionado con cualquier medio que permita difundir ese pensamiento). En el

¹² Alexandre H. Català i Bas, “Libertad de expresión e información. La jurisprudencia del TEDH y su recepción por el Tribunal Constitucional”, *Revista General de Derecho*, 2001, p. 69.

¹³ Francisco Javier Ríos Revorio, *Estudios sobre los derechos y las garantías en el sistema constitucional español y en Europa*, México, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 2015, p. 132.

¹⁴ Al referirse a la dimensión individual del derecho a la libertad de expresión (Corte IDH, Opinión Consultiva OC-5/85 del 13 de noviembre de 1985, párrafo 31).

mismo sentido, la doctrina desarrollada por González Ballesteros¹⁵ vislumbra la libertad de información como una concreción de la libertad de expresión.

También la Corte IDH señaló: “Cuando la Convención proclama que la libertad de pensamiento y expresión comprende el derecho de difundir informaciones e ideas –por cualquier [...] procedimiento–, está subrayando que la expresión y la difusión del pensamiento y de la información son indivisibles”.¹⁶ En consecuencia, la Corte IDH, por un lado, entiende que los derechos al pensamiento, expresión e información son indivisibles, o inseparables, o son como un solo derecho; por otro lado, concibe que el derecho a la libertad de pensamiento-expresión es más amplio y comprende el derecho a la información.

Pese a la indivisibilidad entre el pensamiento-expresión e información es necesario establecer el objeto y el bien jurídico de cada uno. Tratándose del derecho a la libertad de pensamiento-expresión, el objeto de este derecho está “situado en el plano subjetivo, y se concreta en la expresión de los propios pensamientos, ideas y opiniones, concepto amplio dentro del que deben incluirse (las creencias religiosas o no) y los juicios de valor”.¹⁷

El *objeto* del derecho a la libertad de pensamiento-expresión es básicamente la *opinión*; a su vez, este derecho “supone la facultad del individuo para exteriorizar su personalidad, su yo, difundiendo aquello que su libre albedrío le sugiere”,¹⁸ de donde el bien jurídico protegido es la comunicación particular o pública de las ideas, juicios u opinión.

Sin embargo, el derecho a la libertad de pensamiento-expresión no se agota en una simple manifestación de lo pensado, sino que además incluye la libertad de información, que implica el derecho de toda persona a comunicar (difusión de esa manifestación de lo pensado, dando a conocer las propias ideas a los demás), así como a recibir información veraz por cualquier medio de difusión.

El *objeto* del derecho a la información se encuentra situado en un plano objetivo, que no es otro que el de los *hechos noticiables*, pues “[l]a información debe recaer, por tanto, en hechos o datos de la realidad”,¹⁹ es decir que la noticia, o los hechos noticiables, o los que puedan encerrar una trascendencia pública se constituyen en el objeto del derecho a la información.

El derecho a la libertad de pensamiento-expresión e información surge de la necesidad de organizar y normativizar el ejercicio de ese derecho subjetivo del ser

¹⁵ Teodoro González Ballesteros, “La genérica libertad de expresión y la específica libertad de información”, *Cuenta y Razón*, núms. 44-45, 1989, pp. 41-48, cit. en María Cruz Llamazares Calzadilla, *Las libertades de expresión e información como garantía del pluralismo democrático*, Madrid, Civitas, 1999, p. 41.

¹⁶ Corte IDH, *op. cit.*, párrafo 31.

¹⁷ Cruz Llamazares Calzadilla, *op. cit.* p. 42.

¹⁸ De Vega Ruiz, *op. cit.* p. 24.

¹⁹ Antonio Vallés Copeiro del Villar, *Curso de derecho de la comunicación social*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2005, p. 92.

humano de expresar sus ideas, pero también de recibir las de otros, de buscar y recibir información, de informar y estar informado, sin límites y por cualquier medio. Al tratarse de un derecho de libertades de carácter público, el Estado juega un rol trascendental, al regularlo e imponer límites, no solo frente a eventuales actuaciones arbitrarias de quienes ejercen el poder público del Estado, sino también con miras a lograr su tutela o protección respecto a todos; únicamente así tendrá pleno desarrollo y eficacia en la práctica.

En el contexto mundial, las normas que regulan el derecho han ido evolucionando con el tiempo, pues con “[e]l proceso de internacionalización ve en sí mismo realizados[...] procesos de positivación y de generalización”,²⁰ lo que implica que los derechos humanos consagrados por esas normas internacionales han sido asumidos y positivados de manera general en las normas internas de cada Estado, encabezadas por la Constitución y demás leyes. Esta positivación del derecho a la libertad de pensamiento-expresión e información se ha dado en una doble faceta o en una dimensión dual del derecho que protegen: por un lado, la individual y, por otro, la social o colectiva.

Con relación a esta doble dimensión del derecho que protegen, la Corte IDH señaló que “cuando se restringe ilegalmente la libertad de expresión de un individuo, no solo es el derecho de ese individuo el que está siendo violado, sino también el derecho de todos a ‘recibir’ informaciones e ideas”,²¹ lo que implica que el derecho que protege es el del individuo, pero no única y exclusivamente, sino el de todos, el de la colectividad. Este razonamiento es ampliado cuando se señala: “En su dimensión individual [...] no se agota en el reconocimiento [...] hablar o escribir [...] comprende [...] el derecho a utilizar cualquier medio apropiado para difundir el pensamiento y hacerlo llegar al mayor número de destinatarios”;²² entonces, este derecho abarca a todos los individuos, como sujetos activos y pasivos, lo que le da un carácter general y universal.

La Corte IDH concretiza esta doble dimensión cuando señala:

Se ponen así de manifiesto las dos dimensiones de la libertad de expresión [...] por un lado, que nadie sea arbitrariamente menoscabado o impedido de manifestar su propio pensamiento y representa, por tanto, un derecho de cada individuo; pero implica también, por otro lado, un derecho colectivo a recibir cualquier información y a conocer la expresión del pensamiento ajeno.²³

Nada más cierto que aquello, pues cuando las autoridades del poder público no permiten a un individuo expresar su pensamiento, lesionan no solo el derecho a la

²⁰ Rafael de Asís, *Las paradojas de los derechos fundamentales como límites al poder*, Madrid, Dykinson, 2000, p. 24.

²¹ Corte IDH, *op. cit.*, párrafo 30.

²² *Ibid.*, párrafo 31.

²³ *Ibid.*, párrafo 30.

libertad de pensamiento-expresión de dicha persona, sino que también agravan el derecho a la libertad de información de todos los ciudadanos que tienen el derecho de conocer el pensamiento ajeno y formar sus propios juicios de valor.

De ahí que al referirse a la dimensión social, la Corte IDH ha expresado: “La libertad de expresión es un medio para el intercambio de ideas e informaciones y para la comunicación masiva entre los seres humanos”,²⁴ lo que contribuye a la libre formación de una opinión pública plural, que es sobre la que se sustenta un Estado democrático, por tanto un Estado de derecho.²⁵ Dicha dimensión social es conocida en la doctrina como la dimensión institucional-objetiva, que es la función social que “trata de explicar el significado específico de los derechos fundamentales para la comunidad”.²⁶

Con relación al derecho a la información, que se encuentra protegido por la libertad de pensamiento-expresión, garantizadas por el Estado en forma simultánea, la Corte IDH entiende que “también contiene de manera clara las dos dimensiones, individual y social”.²⁷

De lo manifestado se tiene que los derechos a la libertad de pensamiento-expresión e información cuentan con dos dimensiones: una de naturaleza individual o relativa al ser humano, quien puede hacer conocer a otros su propio pensamiento por medio de cualquier tipo de manifestación; la otra de naturaleza social o de la colectividad, que permite a todos recibir información y conocer lo que piensan otros por cualquier medio de comunicación.

Las dimensiones individual y colectiva del derecho a la libertad de expresión han sido asumidas por la Corte Constitucional de Colombia, que de manera expresa se refirió al razonamiento que al respecto realizó la Corte IDH, señalando además que la libertad de expresión *stricto sensu* encierra una dimensión individual que “consiste en la facultad que tienen todas las personas de comunicar sus concepciones e ideas sin temor a ser constreñidos por ello en manera alguna”;²⁸ por otra parte, la libertad de expresión *stricto sensu* tiene una dimensión colectiva “consistente en el derecho de todas las personas a recibir tales pensamientos, ideas, opiniones e informaciones de parte de quien las expresa”.²⁹ El entendimiento de esta última

²⁴ *Ibid.*, párrafo 32.

²⁵ Las dimensiones individual y colectiva del derecho a la libertad de expresión e información, en la forma como entendió la Corte, han sido reiteradas en numerosas decisiones, tales como la Sentencia del 5 de febrero de 2001 en el Caso Olmedo Bustos y otros vs. Chile, en el Caso La Última Tentación de Cristo, párrafos 64-67; Sentencia del 2 de julio de 2004, emitida en el Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica, párrafos 107-111; Sentencia del 31 de agosto de 2004, en el Caso Ricardo Canese vs. Paraguay, párrafos 78-80; Sentencia del 19 de septiembre de 2006, en el Caso Claude Reyes y otros c. Chile, párrafo 77, entre otros.

²⁶ Antonio Magdaleno Alegría, *Los límites de las libertades de expresión e información en el Estado social y democrático de derecho*, Madrid, Congreso de los Diputados, 2006, p. 77.

²⁷ Caso Claude Reyes y otros c. Chile, cit., párrafo 77.

²⁸ Sentencia T-391/07, punto IV.1.2.

²⁹ Sentencia T-391/07, punto IV.1.4; Sentencia T-022/17, punto 5.1.4.

dimensión de la libertad ha sido completado con el interés del receptor de un acto comunicativo, caracterizado como parte de la “dimensión colectiva de la libertad de expresión, consistente en el derecho de toda persona a recibir o conocer informaciones, opiniones, ideas y pensamientos”,³⁰ derecho que obviamente tiene que ser garantizado en forma simultánea con la dimensión individual.

A su vez, el Tribunal Constitucional del Perú expresó:

como ha señalado la Corte Interamericana de Derechos Humanos, tiene una doble vertiente. En primer lugar, una dimensión individual, pues se trata de un derecho que protege de que [...] nadie sea arbitrariamente menoscabado o impedido de [...] difundir hechos informativos [...] pero, al mismo tiempo, ambas presentan una inevitable dimensión colectiva, ya que garantiza el derecho de todas las personas de [...] recibir cualquier información y conocer la expresión del pensamiento ajeno [...], a fin de formarse una opinión propia.³¹

En este punto se ha remitido de manera expresa a la jurisprudencia que desarrolló la Corte IDH.³² En todo caso, tanto desde el punto de vista de la persona como de la colectividad, con estas dimensiones se protege el proceso de formación de la opinión pública y todo el proceso de información (búsqueda, selección, etc.).

En similar sentido, el Tribunal Constitucional de Bolivia se remite al Caso de la Colegiación Obligatoria (OC-5/85) que desarrolla las dimensiones del derecho, señalando que por “la dimensión individual, nadie puede ser arbitrariamente impedido de manifestar su pensamiento, comprendiendo además, el derecho a utilizar cualquier medio apropiado para difundirlo; en la social, un derecho colectivo a recibir cualquier información y a conocer la expresión del pensamiento ajeno”.³³

3. Libertad de pensamiento-expresión

La libertad de expresión “nace indisolublemente unida a las libertades de conciencia o de opinión pues para su real efectividad es condición *sine qua non* [la existencia] de opiniones, ideas, pensamientos, o informaciones [que] puedan ser exteriorizados”,³⁴ como sostiene Català i Bas; es que solo cuando existe opinión pública libre los ciudadanos podrán exteriorizar sin temor sus pensamientos y

³⁰ Sentencia T-391/07, punto 2.1.2.2.

³¹ Exp. 0905-2001-AA/TC, punto 11.

³² Exp. 01797-2002-PHD/TC, punto 9; Exp. 01797-2002-PHD/TC, punto 10; Exp. 0905-2001-AA/TC, punto 12.

³³ SC 0188/2006-R, punto III.2; SC 1491/2010-R; SCP 0614/2014; SCP 1850/2013; SCP 1303/2013.

³⁴ Català i Bas, *op. cit.*, p. 75.

criterios personales, con relación a aquellos asuntos particulares e incluso los de relevancia e interés público.

Por ello, la opinión pública implica la existencia de “opiniones en el público, [que] tienen que ser también opiniones del público, opiniones que en alguna forma o medida el público se forma por sí solo”;³⁵ opinión pública que se constituye en una exigencia imprescindible en un Estado de derecho democrático, que es aquel que vive en democracia, porque no solo cuenta con un ordenamiento jurídico sino que primordialmente lo respeta.

En la OC-5/85, la Corte IDH entendió que

[l]a libertad de expresión es una piedra angular en la existencia misma de una sociedad democrática. Es indispensable para la formación de la opinión pública. Es también *conditio sine qua non* para que los partidos políticos, los sindicatos, las sociedades científicas y culturales, y en general, quienes deseen influir sobre la colectividad puedan desarrollarse plenamente.³⁶

En la misma lógica de la jurisprudencia interamericana, en la doctrina se ha expresado que en democracia es posible la existencia de “una opinión pública libre [...] si se respetan los derechos de comunicación social, no solo en el ámbito de lo político, sino también de los restantes ámbitos de la comunicación de ideas, sean estas de carácter artístico, científico, educativo, filosófico, moral, promocional o de cualquier otra naturaleza”.³⁷

Solo cuando hay una opinión pública libre, cualquier persona y en cualquier ámbito de la vida en sociedad puede expresar libremente sus ideas y pensamientos; esa libertad es uno de los límites al poder del Estado, sujeto al respeto de los derechos fundamentales, que no deben ser contrariados por el poder político.

La Corte Constitucional de Colombia ha asumido de manera expresa la jurisprudencia de la Corte IDH contenida en la OC-5/85, cuando señala: “La libertad de expresión es una piedra angular en la existencia misma de una sociedad democrática”.³⁸ Asimismo, ese tribunal estatal alude de manera concreta a la recepción de la jurisprudencia de la Corte IDH y completa el razonamiento cuando hace referencia al “papel clave de la libertad de expresión en el buen desempeño de una democracia pluralista, respetuosa de los derechos humanos e incluyente”.³⁹

Asimismo, la Corte Constitucional colombiana señaló que la libertad de expresión tiene una “posición prevalente en nuestro ordenamiento constitucional [por] su

³⁵ Giovanni Sartori, *La democracia en 30 lecciones*, Madrid, Santillana S. L., 2009, p. 31.

³⁶ Corte IDH, *op. cit.*, párrafo 70; en igual sentido a lo manifestado en la sentencia emitida en el Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica, párrafo 112.

³⁷ Vallés Copeiro del Villar, *op. cit.*, p. 23.

³⁸ Sentencia T-391/07, punto 1.2.4.

³⁹ Sentencia T-679/05, punto 4.1.8.

importancia para [el] funcionamiento adecuado de la democracia constitucional, en la medida en que constituye una garantía para la existencia de una opinión pública libre”.⁴⁰ Esa opinión libre es entonces un “presupuesto estructural del Estado de derecho y de la participación democrática, puesto que permite controlar los abusos de los gobernantes y posibilita la deliberación ciudadana sobre los asuntos colectivos”.⁴¹ Son diversos los razonamientos que ha expresado la indicada Corte estatal sobre el alcance de la libertad de expresión, la opinión pública y la democracia.⁴²

A su vez, el Tribunal Constitucional del Perú, refiriéndose de manera expresa a la jurisprudencia de la Corte IDH, señala que la libertad de expresión constituye una piedra angular de la democracia y, remitiéndose a estudios doctrinarios, manifiesta que las libertades de expresión e información “tienen el carácter de derechos constitutivos por antonomasia para la democracia”.⁴³

De igual manera, el Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia no ha estado ajeno a la jurisprudencia de la Corte IDH respecto a la libertad de expresión y democracia, asumiéndola de manera expresa cuando manifiesta que “la libertad de expresión sea la piedra angular en la existencia misma de una sociedad democrática”,⁴⁴ siendo un criterio plenamente aceptado por ese tribunal estatal.

4. Libertad de información (acceso a la información)

Estrechamente relacionada con el derecho a la libertad de expresión está la libertad de información, que puede ser activa cuando un comunicador difunde hechos y sucesos noticiables a través de los medios. A su vez, la libertad de información puede implicar una actitud pasiva de las personas cuando son receptoras de la información que reciben de aquellos; sin embargo sobre esa base pueden ir construyendo sus opiniones y apreciaciones acerca de los hechos informados que los hacen conocer a través de comunicaciones directas o por los medios de comunicación.

En todo caso, ambos tipos de libertad juegan un rol esencial como garantía institucional al principio democrático que sustenta el Estado de derecho, pues solo una sociedad informada es plenamente libre.

La Corte IDH manifestó que “el derecho a la libertad de pensamiento y de expresión contempla la protección del derecho de acceso a la información bajo el control

⁴⁰ Sentencia C-010/00, consideración III, punto 29.

⁴¹ *Idem*.

⁴² Sentencia T-213/2004, punto 17; Sentencia T-679/05, punto 4.1.6; Sentencia T-391/07, punto 1.2.2; Sentencia T-098/17, punto 4.

⁴³ Exp. 0905-2001-AA/TC, punto 13; Exp. 01797-2002-PHD/TC, punto 9.

⁴⁴ SCP 0614/2014, punto III.9.1.

del Estado”,⁴⁵ lo que implica que “[e]l contenido esencial de la libertad de expresión, que comprende el derecho de acceso a la información de interés individual, particular o familiar, pero también comprende el derecho de acceso a la información de interés colectivo o social”;⁴⁶ vale decir que el derecho de acceso a la información en su doble dimensión, individual y colectiva, forma parte del derecho a la libertad de expresión.

Desde una perspectiva amplia o social, la Corte IDH se refirió en 1985 al derecho de acceso a la información, cuando mencionó la necesidad de que en una democracia exista un “amplio acceso a la información por parte de la sociedad en su conjunto”.⁴⁷ En este sentido, la CIDH ha indicado: “El acceso a la información es una herramienta que se ajusta perfectamente a lo que se espera de los miembros de una sociedad democrática”,⁴⁸ ya que a través del ejercicio del derecho de acceso a la información pública se logra la protección de los derechos y se previenen las actitudes abusivas de quienes ostentan el poder público, lo que posibilita tener un medio más para luchar contra el autoritarismo y contra la corrupción.

A su vez, desde una perspectiva más restringida o individual, la Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión, aprobada por la CIDH en octubre de 2000 en el 108 periodo ordinario, ha consagrado el derecho de acceso a la información como un derecho fundamental de todos los individuos, derecho en virtud del cual toda persona puede acceder a la información sobre sí misma o sus bienes en forma expedita y no onerosa.⁴⁹

Sin ignorar la dimensión individual del derecho de acceso a la información, que permite que la persona acceda a la información sobre sí misma o sus bienes, la Corte IDH confirmó en 2006 la dimensión social del derecho de acceso a la información cuando reconoció que la misma debe “ser entregada sin necesidad de acreditar un interés directo para su obtención o una afectación personal, salvo en los casos en que se aplique una legítima restricción”,⁵⁰ lo que posibilita que la información circule dentro de la sociedad y pueda ser valorada por todos.

Esa doble dimensión debe ser asumida por cualquier ciudadano, pero de manera especial debe ser asimilada por “[l]os operadores jurídicos que tienen que

⁴⁵ Caso Claude Reyes y otros c. Chile, párrafo 77.

⁴⁶ Florentín Meléndez, *Instrumentos internacionales sobre derechos humanos aplicables a la administración de justicia. Estudio constitucional comparado*, 8 ed., Bogotá, Konrad Adenauer Stiftung - Fundación Editorial Universidad del Rosario, 2012, p. 478. (Corresponde al voto razonado del comisionado Florentín Meléndez, “El derecho a la verdad”, Caso Juan Gelman y María Macarena Gelman contra Uruguay).

⁴⁷ OC-5/85, párrafo 69.

⁴⁸ CIDH, *El derecho de acceso a la información pública en las Américas. Estándares interamericanos y comparación de marcos legales. Relatoría especial para la libertad de expresión*, OEA/Ser.L/V/II. CIDH/RELE/INF.7/12, 30 diciembre 2011, RELE, 2012, punto 2, p. 1.

⁴⁹ Principios contenidos en los puntos 4 y 3, respectivamente.

⁵⁰ Caso Claude Reyes y otros c. Chile, párrafo 77.

saber que esto es esencial: al resolver un caso hay que tomar en consideración que lo [determinado] tiene una repercusión en las condiciones de disfrute colectivo de esta libertad especialmente fuerte e inmediata”.⁵¹ Además de ser reconocida por cualquier otra autoridad del poder público, máxime si se trata del derecho de acceso a la información de grupos vulnerables: “En efecto, estos sectores no suelen tener formas alternativas sistemáticas y seguras para conocer el alcance de los derechos que el Estado ha reconocido y los mecanismos para exigirlos y hacerlos efectivos”.⁵²

En la dimensión social, el derecho de acceso a la información, se constituye en “una herramienta crítica para el control del funcionamiento del Estado y la gestión pública, y para el control de la corrupción [es] requisito fundamental para garantizar la transparencia y la buena gestión pública del Gobierno y de las restantes autoridades estatales”,⁵³ imponiéndose al Estado la obligación de suministrar al público la máxima cantidad de información en diversas áreas.⁵⁴

El ejercicio del derecho de acceso a la información permite, por una parte, que el ciudadano pueda cuestionar e indagar sobre el manejo que hacen los funcionarios públicos de los recursos del Estado, solicitando rendición de cuentas, lo que genera alguna seguridad sobre la inversión de fondos públicos; por otra parte, con ese control se impide que funcionarios públicos inescrupulosos ejerzan abuso de poder, previniendo la corrupción, transparentándose así la gestión estatal, como debe ser en todo Estado de derecho.

De ahí que frente al derecho de acceso a la información de todas las personas –como libertad de información activa– se encuentra una “obligación positiva del Estado de suministrarla, de forma tal que la persona pueda tener acceso a conocer esa información o reciba una respuesta fundamentada cuando por algún motivo permitido por la Convención el Estado pueda limitar el acceso a la misma para el

⁵¹ Francisca Pou Giménez, “La libertad de expresión y sus límites”, en Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot, José Luis Caballero Ochoa y Christian Steiner (comps.), *Derechos humanos en la Constitución: comentarios de jurisprudencia constitucional e interamericana*, México, Konrad Adenauer Stiftung, 2013, p. 914.

⁵² CIDH, *Jurisprudencia nacional sobre libertad de expresión y acceso a la información. Relatoría especial para la libertad de expresión*, OEA/Ser.L/V/II.147 CIDH/RELE/INF. 10/13, 5 marzo 2013.

⁵³ CIDH, *El derecho de acceso a la información en el marco jurídico interamericano. Relatoría Especial para la Libertad de Expresión*, OEA/Ser.L/V/II CIDH/RELE/INF. 1/09, 30 diciembre 2009, RELE, 2010, punto 5, p. 2.

⁵⁴ Tales como las relativas a: (a) la estructura, funciones, presupuesto de operación e inversión del Estado; (b) la información que se requiere para el ejercicio de otros derechos, por ejemplo, la que atañe a la satisfacción de los derechos sociales, como a la pensión, a la salud o a la educación; (c) la oferta de servicios, beneficios, subsidios o contratos de cualquier tipo; y (d) el procedimiento para interponer quejas o consultas (CIDH, *El derecho de acceso a la información en el marco jurídico interamericano. Relatoría especial para la libertad de expresión*, 2 ed., OEA/Ser.L/V/II. CIDH/RELE/INF. 9/12, 7 de marzo de 2011, párrafos 261 y ss.; *Informe Anual 2009. Relatoría Especial para la libertad de expresión*, OEA/Ser.L/V/II. Doc. 51, 30 de diciembre de 2009, capítulo IV (El derecho de acceso a la información), párrafos 30-32).

caso concreto”.⁵⁵ En consecuencia, el Estado tiene el deber de “promover la transparencia de los datos relativos a pauta estatal”,⁵⁶ porque la información sobre publicidad oficial que tenga un Estado se constituye en una información pública.

Por ello “[e]l Estado posee una obligación positiva de brindar los datos sobre pauta estatal que estén en sus manos y, correlativamente, el acceso a esa información debe ser considerado un derecho fundamental de los individuos que los Estados tienen la obligación de garantizar”.⁵⁷ Sin embargo, la realización material del derecho de acceso a la información no depende solo de su reconocimiento normativo, sino que requiere que el Estado adopte una serie de políticas (legislativas, administrativas, económicas, jurisdiccionales u otras) para su realización.

El Tribunal Constitucional del Perú ha asimilado de manera plena la doctrina desarrollada por la Corte IDH sobre el derecho de acceso a la información; aunque no la ha citado expresamente, señala que “este derecho consiste en la facultad que tiene toda persona de solicitar y acceder a la información que se encuentra en poder de las entidades estatales”.⁵⁸

Además, el Tribunal Constitucional del Perú también se ha referido a problemáticas relacionadas, como el acceso a la información de entidades no estatales o personas jurídicas privadas,⁵⁹ de manera que cualquier persona pública o privada está obligada a informar con relación a la función pública administrativa que ejerce o con relación a los servicios públicos que presta; asimismo, dicho tribunal también se ha referido a la dimensión individual y colectiva del derecho de acceso a la información, de la manera como ha sido interpretado por la Corte IDH.⁶⁰

A su vez, el Tribunal Constitucional de Bolivia de manera expresa ha asimilado la jurisprudencia desarrollada por la Corte IDH, llegando a la conclusión de que “[e]n resumen, se puede señalar que el derecho al acceso a la información forma parte

⁵⁵ Caso Claude Reyes y otros c. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 19 de septiembre de 2006, párrafo 77.

⁵⁶ Esa transparencia se dispensa de dos maneras: “En primer lugar, debe publicar periódicamente toda la información relevante sobre criterios de contratación, motivos de asignación, presupuestos, gastos y contratos publicitarios, incluyendo los montos de publicidad discriminados por medios, campañas publicitarias y organismos contratantes. En segundo lugar, debe garantizar, ante cada requerimiento por parte del público en general, el fácil acceso a la información” (CIDH, *Principios sobre la regulación de la publicidad oficial y libertad de expresión. Relatoría especial para la libertad de expresión*, OEA/Ser.L/V/II. CIDH/RELE/INF. 6/12, 7 marzo 2011, RELE, 2012, punto 65, p. 27).

⁵⁷ CIDH, *Principios sobre la regulación de la publicidad oficial y libertad de expresión. Relatoría especial para la libertad de expresión*, OEA/Ser.L/V/II. CIDH/RELE/INF. 6/12, 7 marzo 2011, RELE, 2012, punto 66, pp. 27-28.

⁵⁸ Exp. 6238-2008-PHD, punto I.A.2.

⁵⁹ Exp. 00390-2007-PHD/TC, punto 7; Exp. 6238-2008-PHD, punto I.A.2.

⁶⁰ Exps. 01797-2002-PHD/TC, puntos 8 y 9.

del contenido del derecho a la libre expresión, y de acuerdo a la doctrina implica la facultad de toda persona a solicitar información de las instituciones públicas”.⁶¹

Este mismo tribunal estatal entiende que “la información pública [...] opera como un deber del Estado de dar a conocer a la sociedad sus propias decisiones y derecho de los ciudadanos a acceder a dicha información pública”⁶² o, lo que es lo mismo, el Estado tiene el deber de “brindar la más amplia información, como muestra de transparencia de las actividades desplegadas por la administración pública, que permita a las personas controlar los actos de gobierno y conocer aquella información de carácter público”,⁶³ además de otras SCP que se refieren al acceso a la información.⁶⁴

A fin de determinar si los Estados americanos cumplen o no con dicha obligación positiva, la Asamblea General de la OEA transmite mandatos a la CIDH para que, a través de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión, realice seguimiento de la situación del derecho de acceso a información pública en la región, expresada en cada gestión en sus correspondientes informes anuales, como los de las gestiones 2013 y 2014, recopilados por la Relatoría Especial, que aseveró: “A la fecha 22 países del hemisferio han aprobado leyes en materia de acceso a la información pública o sancionaron reformas al marco jurídico existente para defender este derecho”.⁶⁵ Asimismo, la Corte IDH considera de especial relevancia que muchos países hayan adoptado normativa dirigida a proteger y regular el derecho de acceder a la información bajo el control del Estado.⁶⁶

Entre las leyes internas de protección al derecho de acceso a la información que se han dictado en países americanos están, por ejemplo, las normas adoptadas por Colombia mediante la Ley de Transparencia y del Derecho de Acceso a la Información Pública Nacional, donde establece que el Ministerio Público, en cabeza de la Procuraduría General de la Nación, tendrá la competencia de promover el conocimiento y la aplicación de la ley, imponer sanciones disciplinarias, promoviendo la transparencia de la función pública y efectuando estadísticas como reportes sobre el cumplimiento de la ley.⁶⁷

Ese andamiaje jurídico de un Estado posibilita que a nivel internacional se vayan creando entidades públicas que promuevan y protejan el derecho de acceso a la información pública, como la Red de Transparencia y Acceso a la Información

⁶¹ SC 0188/2006-R, fundamento III.2.

⁶² *Idem*.

⁶³ *Idem*.

⁶⁴ SCP 0614/2014, 1850/2013, entre otras.

⁶⁵ CIDH, *Los órganos de supervisión del derecho al acceso a la información pública*, RELE, 2016, p. 9. Al igual que lo expresado en el capítulo IV.78 del *Informe Anual 2014* de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión, aprobado el 9 de marzo de 2015 por la CIDH.

⁶⁶ Como se considera en el párrafo 82, en el Caso Claude Reyes y otros c. Chile.

⁶⁷ Ley 1712 del 6 de marzo de 2014, así como las resoluciones 146 del 8 de mayo de 2014 y 282 del 5 de septiembre de 2014 de la Procuraduría General de la Nación.

Pública (RTA), que se constituye en una agrupación de organismos y entidades de América Latina y el Caribe que tienen la función de supervisar la protección del derecho de acceso a esta información.⁶⁸

5. Conclusiones

Corresponde a las autoridades del poder público de cada Estado asumir y seguir los razonamientos e interpretaciones que sobre el derecho humano a la libertad de expresión ha dado la Corte IDH, lo que en realidad viene a ser un control de convencionalidad en el marco interno de cada Estado. Este control se ejercita no solo a nivel estatal o interno, sino a nivel internacional, a partir de casos concretos que se someten a conocimiento de la Corte IDH, que compara y contrasta la norma interna de cada Estado con la de la CADH y otras normas internacionales.

Esa comunicación entre tribunales internacionales y estatales (Corte IDH con tribunales constitucionales de Perú, Colombia y Bolivia), ha ido fortaleciendo la construcción dogmática del derecho a la libertad de pensamiento-expresión e información, consagrado en el artículo 13 de la CADH, produciéndose “un influjo y diálogos recíprocos de los Estados [...] contribuyendo así a configurar progresivamente una parte sustantiva del derecho constitucional común”.⁶⁹

El derecho a la libertad de pensamiento, expresión e información goza de una doble dimensión, una de naturaleza individual y otra social, como entendió la Corte IDH; ese razonamiento ha sido asumido de manera expresa por los tribunales del Perú, Bolivia y Colombia. En esa línea se evidencia la existencia de un consenso americano entre la Corte IDH y los tribunales estatales estudiados, en el sentido de que cuando de manera ilegal se restringe la libertad de expresión, se viola tanto el derecho del individuo como el derecho de la colectividad o de todos a recibir información.

De manera particular es necesario resaltar la actividad jurisdiccional de la Corte Constitucional de Colombia, que al referirse a la doble dimensión (individual y social) del derecho a la libertad de expresión, no solo acogió el razonamiento de la Corte IDH, sino que complementó y profundizó el alcance de ambas dimensiones. Así, al referirse a la dimensión individual dejó sentada la posibilidad de que todas

⁶⁸ En la RTA participan como miembros plenos el Ministerio para la Transparencia Institucional y Lucha contra la Corrupción de Bolivia, la Defensoría del Pueblo de Perú y la Procuraduría General de la Nación de Colombia, entre otros; asimismo, la Comisión de Alto Nivel Anticorrupción de la Presidencia de Ministros de Perú participa como miembro asociado; la Secretaría de Transparencia de la República de Colombia actúa como miembro adherente, según lo aseverado por la CIDH, 2016, *op. cit.*, p. 19.

⁶⁹ Joaquín Brage Camazano, “Ensayo de una teoría general sustantiva de los derechos fundamentales en el Convenio Europeo de Derechos Humanos”, en Francisco Javier García y Antonio Fernández (eds.), *Integración europea a través de derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2009, p. 123.

las personas tengan libertad de expresar sus ideas sin temor a ser constreñidas por ello de manera alguna (por razones políticas, económicas, etc.); a su vez, tratándose de la dimensión colectiva amplió el análisis con la idea del interés del receptor comunicativo, interés que no es solo de uno sino de todos.

En cuanto al derecho de acceso a la información (o libertad de información activa, como parte del derecho a la libertad de pensamiento y expresión), permite a las personas solicitar y acceder a la información que se encuentra en entidades estatales, posibilitando mayor transparencia en la gestión pública, indispensable para el funcionamiento de la democracia, como lo entendió la Corte IDH y fue acogido de manera implícita y expresa por tribunales estatales del Perú y Bolivia, respectivamente, produciéndose un consenso americano.

Los tribunales estatales han asumido los razonamientos mínimos provistos por la Corte IDH y han ido más lejos aún; así, el Tribunal Constitucional del Perú no solo se ha referido al derecho de acceso a la información que está en poder de entidades estatales, sino que lo ha extendido a la información detentada por entidades de carácter privado, obligándolas a prestar la información que les requieran cuando prestan un servicio público.

El Tribunal Constitucional de Bolivia también ha realizado importantes interpretaciones a favor del ser humano; así, se ha reconocido que en la Constitución Política del Estado no se ha consagrado el derecho de acceso a la información, pero que en aplicación del principio de favorabilidad –que impide la existencia de una interpretación restrictiva de derechos– se entiende que este forma parte del derecho a la libertad de expresión, como lo ha interpretado la Corte IDH.

A partir de esto se puede comprender que el control de convencionalidad internacional genera estándares comunes en materia de protección de derechos humanos, que resultan ser el punto de inicio del diálogo interjurisdiccional, mismo que no se queda en la sola recepción de la jurisprudencia internacional por las autoridades nacionales sino que va más allá, ya que el juez estatal puede proponer nuevas interpretaciones de cuestiones que no han sido abordadas por el tribunal internacional, o complementar los pronunciamientos existentes, continuando con una comunicación que después puede ser asumida por dicho tribunal.

En esa comunicación no existe predominio de la jurisdicción internacional sobre la estatal, sino una relación de coordinación donde se busca la mayor efectividad de los derechos convencionales. A ese propósito, es necesario que las autoridades de la jurisdicción nacional no asuman una actitud pasiva o estén ajenas a lo razonado por el tribunal internacional; al contrario, deben tener un papel activo para entender el espíritu de las decisiones jurisprudenciales internacionales, realizando interpretaciones innovadoras para complementar o mejorar ese razonamiento, pero siempre a favor del ser humano. De esa forma se construye un derecho regional de los derechos humanos.

Bibliografía

- ALEGRÍA, Antonio Magdaleno, *Los límites de las libertades de expresión e información en el Estado social y democrático de derecho*, Madrid, Congreso de los Diputados, 2006.
- BRAGE CAMAZANO, Joaquín, “Ensayo de una teoría general sustantiva de los derechos fundamentales en el Convenio Europeo de Derechos Humanos”, en Francisco Javier GARCÍA y Antonio FERNÁNDEZ (eds.), *Integración europea a través de derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2009.
- CATALÀ I BAS, Alexandre H., “Libertad de expresión e información. La jurisprudencia del TEDH y su recepción por el Tribunal Constitucional”, *Revista General de Derecho*, 2001.
- CIDH, *Informe Anual 2009. Relatoría especial para la libertad de expresión*, OEA/Ser.L/V/II. Doc. 51, 30 de diciembre de 2009.
- _____, *El derecho de acceso a la información en el marco jurídico interamericano. Relatoría especial para la libertad de expresión*, OEA/Ser.L/V/II CIDH/RELE/INF. 1/09, 30 diciembre 2009, RELE, 2010.
- _____, *El derecho de acceso a la información en el marco jurídico interamericano. Relatoría especial para la libertad de expresión*, 2 ed., OEA/Ser.L/V/II. CIDH/RELE/INF. 9/12, 7 de marzo de 2011.
- _____, *Principios sobre la regulación de la publicidad oficial y libertad de expresión. Relatoría especial para la libertad de expresión*, OEA/Ser.L/V/II. CIDH/RELE/INF. 6/12, 7 marzo 2011, RELE, 2012.
- _____, *El derecho de acceso a la información pública en las Américas. Estándares Interamericanos y comparación de marcos legales. Relatoría especial para la libertad de expresión*, OEA/Ser.L/V/II. CIDH/RELE/INF.7/12, 30 diciembre 2011, RELE, 2012.
- _____, *Jurisprudencia nacional sobre libertad de expresión y acceso a la información. Relatoría especial para la libertad de expresión*, OEA/Ser.L/V/II.147 CIDH/RELE/INF. 10/13, 5 marzo 2013.
- _____, *Los órganos de supervisión del derecho al acceso a la información pública*, RELE, 2016.
- CORTE IDH, *Opinión Consultiva OC-5/85 del 13 de noviembre de 1985*.
- CRUZ LLAMAZARES CALZADILLA, María, *Las libertades de expresión e información como garantía del pluralismo democrático*, Madrid, Civitas, 1999.
- DE ASÍS, Rafael, *Las paradojas de los derechos fundamentales como límites al poder*, Madrid, Dykinson, 2000.
- DE VEGA RUIZ, José Augusto, *Libertad de expresión, información veraz, juicios paralelos, medios de comunicación*, Madrid, Universitas, 1998.
- DURÁN RIBERA, Willman Ruperto, *Las líneas jurisprudenciales básicas del Tribunal Constitucional*, Santa Cruz, El País, 2003.

- LÓPEZ GUERRA, Luis, “El diálogo entre el Tribunal Europeo de los Derechos Humanos y los tribunales españoles. Coincidencias y divergencias”, *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 32, 2013.
- MELÉNDEZ, Florentín, *Instrumentos internacionales sobre derechos humanos aplicables a la administración de justicia. Estudio constitucional comparado*, 8 ed., Bogotá, Konrad Adenauer Stiftung - Fundación Editorial Universidad del Rosario, 2012.
- PECES-BARBA, Gregorio, “Ética, poder y derecho”, *Cuadernos y Debates*, núm. 54, 1995.
- PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique, *Derechos humanos, Estado de derecho y constitución*, Madrid, Tecnos, 2010.
- POU GIMÉNEZ, Francisca, “La libertad de expresión y sus límites”, en Eduardo FERRER MAC-GREGOR POISOT, José Luis CABALLERO OCHOA y Christian STEINER (comps.), *Derechos humanos en la Constitución: comentarios de jurisprudencia constitucional e interamericana*, México, Konrad Adenauer Stiftung, 2013.
- REINSBERG, Lisa J., *Defensa ante el sistema interamericano. Manual para abogados y defensores de derechos humanos*, San Francisco, IJRC, 2014.
- RÍOS REVORIO, Francisco Javier, *Estudios sobre los derechos y las garantías en el sistema constitucional español y en Europa*, México, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 2015.
- SARTORI, Giovanni, *La democracia en 30 lecciones*, Madrid, Santillana S. L., 2009.
- TRAVIESO, Juan Antonio, *Historia de los derechos humanos*, Buenos Aires, Heliasta S.R.L., 1993.
- VALLÉS COPEIRO DEL VILLAR, Antonio, *Curso de derecho de la comunicación social*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2005.
- VENTURA ROBLES, Manuel E., “La Corte Interamericana de Derechos Humanos: camino hacia un tribunal permanente”, en Antônio Augusto CANÇADO TRINDADE y Manuel E. VENTURA ROBLES, *El futuro de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, San José, UNHCR, 2003.

VOLVER A LA TABLA DE CONTENIDO

Nelson Pozo Silva* (Chile)

Constitución y economía en el contexto de los derechos fundamentales**

RESUMEN

Las relaciones entre la economía, la constitución y los derechos fundamentales han cambiado con el tiempo. Este artículo muestra cómo la Constitución chilena también ha experimentado cambios y reformas para ajustarse a las nuevas realidades. A su vez, el texto argumenta que estos cambios traen nuevas complejidades que deben ser reguladas, considerando los efectos de la globalización.

Palabras clave: derechos fundamentales, reformas económicas, constitución.

ZUSAMMENFASSUNG

Die Beziehungen zwischen Wirtschaft, Verfassung und Grundrechten haben sich mit der Zeit gewandelt. Der Artikel zeigt auf, welchen Veränderungen und Erneuerungen auch die chilenische Verfassung unterworfen war, um sich den neuen Realitäten anzupassen. Zugleich vertritt er die Auffassung, dass diese Veränderungen von neuen vielschichtigen Realitäten begleitet werden, die unter dem Eindruck der Auswirkungen der Globalisierung geregelt werden müssen.

Schlagwörter: Grundrechte, Wirtschaftsreformen, Verfassung.

SUMMARY

The relations between the economy, the Constitution and fundamental rights have changed over time. This article shows how the Chilean Constitution has also experi-

* Ministro del Tribunal Constitucional de Chile. Egresado de las universidades de Chile y de Sevilla. Ha sido miembro de la Corte Suprema de Chile, consultor de la Unesco y profesor de Derecho Penal en diferentes universidades de México, España y Portugal. npozo@tcchile.cl

** Ponencia presentada en el XXIII Encuentro Anual de Presidentes y Magistrados de Tribunales y Salas Constitucionales de América Latina, Brasilia (Brasil), del 1 al 3 de junio de 2017.

enced changes and reforms in order to adjust to the new realities. The text also argues that these changes bring new complexities that should be regulated, considering the effects of globalization.

Key words: Fundamental rights, economic reforms, Constitution.

Introducción

Hace ya muchos años que el escenario internacional ha ido variando sustancialmente, y ha hecho que el amplio consenso conseguido en materia social, política y económica confluya con la aparición y difusión de un excesivo neoliberalismo político neoconservador. Ello ocurre tras el condicionamiento de cambios significativos en la concepción del poder y, como consecuencia, genera que la evolución de las ideas trascienda los límites nacionales. En efecto, el fenómeno de la globalización se despliega significativamente en los albores del siglo XXI.

Durante las dos últimas décadas se ha impuesto, principalmente en Estados Unidos, el neoliberalismo-neoconservador que ha modificado la concepción de las funciones del Estado, con graves consecuencias en la política y el derecho. Otros países han seguido su ejemplo. Lo curioso es que el neoliberalismo ha abandonado su dogma de relación y política pública restrictiva y, por el contrario, ha conducido a una política pública claramente expansiva, en la medida de no afectar pilares básicos del derecho de propiedad y una dimensión disminuida del aparato del Estado.

Junto a la exigencia de un Estado mínimo en la intervención económica, se reclama una intervención más intensa en la lucha del Estado contra fenómenos como la delincuencia, el subsidio de la salud, así como subsidios previsionales, etc. Esta asimetría parte de la función expresa de una consideración distinta por parte del Estado sobre los ciudadanos honestos frente a los delincuentes. Los delincuentes y deshonestos ya no se cuentan entre los ciudadanos ante los cuales ha de retroceder el intervencionismo del Estado.

En términos morales, los imperios siempre se han justificado a sí mismos y, en ocasiones, no sin una cierta sinceridad, tanto cuando afirmaban que llevaban (su versión de) la libertad a los oprimidos (por otro imperio) o, en la actualidad, cuando se presentan como los campeones de los derechos humanos. Nadie puede negar que los imperios también dieran frutos positivos. Sostener que el imperialismo llevó consigo la modernidad a un mundo atrasado, una afirmación hoy sin la mayor validez, no era del todo espuria en el siglo XIX. Defender, sin embargo, que este aceleró considerablemente el crecimiento económico de los territorios bajo su manto es algo mucho más discutible, cuando menos de los territorios de ultramar bajo dominio europeo.

Es por eso que se podría concluir que, entre 1820 y 1950, el producto interno bruto (PIB) per cápita medio de doce Estados de la Europa occidental se multiplicó

por 4,5, mientras que el aumento que se experimentó en la India o Egipto o América Latina fue testimonial. En cuanto a la democracia, por todos sabido, esta no fue integrada por los grandes imperios. Solamente las potencias en crisis hicieron concesiones, aunque mínimas.¹

1. Modelo económico: noción y criterios

En los años noventa el sistema, modelo de un mundo bipolar, se vino abajo. Esto significó el fin de la Guerra Fría que privó a diversos países de un referente histórico que les sirviera como paradigma en su desarrollo económico y político. De esta manera, lo que resulta en la generación es un esquema basado en la modernidad, pero donde el Estado es un pilar aglutinante de los diversos componentes de la sociedad. El Estado debe tener un rol preferente en todo el proceso económico, considerando que hay contradicciones entre intereses de clases, que creen que las empresas se relacionan con los ciudadanos a partir del abuso, y que el lucro es el nombre específico para referir la dimensión de este.

Imre Lakatos se llamaba a sí mismo el “falsacionista sofisticado” para diferenciarse de Karl Popper, al que denominaba el “falsacionista ingenuo”. Lakatos, cuya teoría efectivamente es más sofisticada que la de Popper, señalaba que solo cuando un programa de investigación científica ha sido eficazmente impugnado en alguna de sus argumentaciones periféricas, es posible que llegue a estar en juego el núcleo de este.²

En la actualidad, un modelo donde el Estado gestione, apoye y se complemente con los esfuerzos privados y el buen funcionamiento de los mercados permitirá un verdadero desarrollo social, político y económico. Ninguna inspiración personal puede acercarse al verdadero potencial que ofrece una conducción desde el Estado que promueve políticas públicas colaborativas, que apunten a mejorar nuestra economía, su crecimiento y desarrollo. ¿A qué nos enfrentamos en la actualidad? El populismo es un fenómeno global, que irradia en diversos puntos de Latinoamérica; y es una discusión abierta en Estados Unidos y Europa.

La crisis de representación política va aparejada de una ineficacia institucional para satisfacer las demandas de la gente. Por esta razón, en los últimos años la ciudadanía ha ido acumulando frustración y malestar ante la incapacidad de dar respuesta a las nuevas demandas sociales, lo que trae como consecuencia el surgimiento de un populismo que apela al sentimiento de angustia, de resentimiento, un miedo a la precariedad y a la desproporción frente a un mundo incierto, en constante cambio y fruto de la globalización, además de la revolución tecnológica en las comunicaciones.

¹ Eric Hobsbawm, *Guerra y Paz en el siglo XXI*, Buenos Aires, Memoria Crítica, 2009, p. 46.

² Alberto Mayol y José Miguel Ahumada, *Economía política del fracaso*, Santiago de Chile, El Buen Aire, 2015, p. 30.

El populismo moderno pretende quebrar el tradicional esquema izquierda-derecha trasladando el eje hacia la esfera de lo popular, mediante la idealización del “pueblo” como fuerza antagónica de las élites y el orden establecido.

2. Constitución y modelo económico específico

Con el esquema histórico antes señalado, la doctrina nacional chilena sostiene que existe una identificación entre la “Constitución económica” diseñada en la Carta de 1980 y la “economía social de mercado”, la que sin llegar a constituir una sinonimia absoluta, se acerca considerablemente a las líneas maestras sobre las que se estructura el sistema político chileno. En este sentido, considera que la referencia institucional que hace la Constitución de 1980 al sistema económico y social, no solo comprende la definición global de objetivos y fines del Estado en materia económica, sino que se extiende a instituir un modelo concreto de organización de las relaciones económicas del país, lo cual implica una abierta opción por el mercado como instrumento básico que orienta las relaciones productivas y de intercambio en la sociedad.

La posición doctrinaria entiende que la Constitución Política de la República (CPR) de 1980 contiene una declaración de principios en favor de un orden económico liberal de contornos definidos, donde se garanticen como derechos fundamentales la iniciativa económica empresarial, el derecho a la propiedad y el derecho de propiedad (art. 19, núms. 21, 23 y 24), todos los cuales constituirían elementos claves del régimen institucional.

Junto a la corriente anterior, otro sector doctrinario reconoce como hitos fundamentales en materia económica en la Carta Fundamental principios tales como: el de subsidiariedad, la existencia de cuerpos intermedios y la garantía del artículo 19, núm. 21, constitucional, que garantiza la libertad para desarrollar cualquier actividad económica.

3. Principios constitucionales que rigen la Constitución económica

La CPR de 1980 consagra en su articulado un conjunto de principios que configuran el denominado “orden público económico”, que determina los derechos fundamentales en esta materia y el rol del Estado.

Algunos de los elementos centrales del orden público económico consignados en la Constitución de 1980 son:

a) Principio de la libertad económica

Artículo 19, núm. 21, inciso 1: “La Constitución asegura a todas las personas: el derecho a desarrollar cualquier actividad económica que no sea

- contraria a la moral, al orden público o a la seguridad nacional, respetando las normas legales que la regulan”.
- b) Principio de subsidiariedad del Estado
Artículo 1, inciso 3: “El Estado reconoce y ampara a los grupos intermedios a través de los cuales se organiza y estructura la sociedad y les garantiza la adecuada autonomía para cumplir sus propios fines específicos”.
- c) Principio del derecho de propiedad privada
Artículo 19, núm. 24: “La Constitución asegura a todas las personas: el derecho de propiedad en sus diversas especies sobre toda clase de bienes corporales e incorporeales”.
- d) Principio de la no discriminación económica arbitraria
Artículo 19, núm. 22: “La Constitución asegura a todas las personas: la no discriminación arbitraria en el trato que deben dar el Estado y sus organismos en materia económica”.
- e) Principio de la política monetaria independiente y de la disciplina del gasto fiscal
Artículo 108: “Existirá un organismo autónomo, con patrimonio propio, de carácter técnico, denominado Banco Central, cuya composición, organización, funciones y atribuciones determinará una ley orgánica constitucional”.
Artículo 19, núm. 22, inciso final: “Solo en virtud de una ley, y siempre que no signifique tal discriminación, se podrán autorizar beneficios directos o indirectos en favor de algún sector, actividad o zona geográfica, o establecer gravámenes especiales que afecten a uno u otras. En el caso de las franquicias o beneficios indirectos, la estimación del costo de estos deberá incluirse anualmente en la Ley de Presupuestos”.
Artículo 67: “El proyecto de Ley de Presupuestos deberá ser presentado por el presidente de la República al Congreso Nacional, a lo menos con tres meses de anterioridad a la fecha en que debe empezar a regir, y si el Congreso no lo despachare dentro de los sesenta días contados desde su presentación, regirá el proyecto presentado por el presidente de la República”.
- f) Principio de la reserva legal de la regulación económica
Artículo 19, núm. 21, inciso 1, parte final: “La Constitución asegura a todas las personas: el derecho a desarrollar cualquier actividad económica que no sea contraria a la moral, al orden público o a la seguridad nacional, respetando las normas legales que la regulen”.

4. Incidencia de principios en el sello de un modelo económico

En relación con esta materia cabe sostener, como una primera aproximación, que la Constitución económica en la Carta de 1980 configura un marco amplio de

principios, a modo de un programa que se debe desarrollar progresivamente por los poderes públicos, consignando al efecto una serie de preceptos que, directa o indirectamente, pretenden consolidar una estructura económica basada en la libertad, la no discriminación, el derecho de propiedad y la neutralidad técnica de los órganos estatales con competencia en materia económica.

En este sentido, forma parte esencial de este conjunto de principios y normas una serie de derechos constitucionales fundamentales, de contenido económico:

- Principio de subsidiariedad del Estado.
- El derecho a desarrollar cualquier actividad económica lícita.
- La no discriminación arbitraria en materia económica.
- El derecho a la propiedad.
- La igualdad ante las cargas públicas.
- Principio de legalidad del gasto público.

Todos estos principios cuentan con la máxima garantía constitucional, siendo procedentes al respecto los medios jurisdiccionales excepcionales de cautela que establece el ordenamiento, en particular el recurso de protección (art. 20 CPR) y el recurso de amparo económico (Ley 18.971).

De este modo, a través de los derechos fundamentales de carácter individual, el constituyente ha realzado la superioridad de estos principios de economía de mercado. Lo anterior, unido a las bases institucionales y otros preceptos constitucionales similares, conforman el entramado principal sobre el que se construye el sistema institucional económico.

Entre estos se sostiene que los que adquieren mayor relevancia son el principio de la libre iniciativa, esto es, el derecho a desarrollar cualquier actividad económica lícita (art. 19, núm. 21, CPR) y el de subsidiariedad, en virtud de los cuales se otorga la más amplia habilitación al sector privado para el ejercicio de cualquier tipo de actividad mercantil –salvo las limitaciones excepcionales que la misma disposición señala–, y restringe la capacidad del Estado de desarrollarlas, el que asume por ende un rol subsidiario de la iniciativa privada (art. 1, inc. 3, CPR).

De ahí que Thomas Paine haya expresado que “una constitución no es un acto de un Gobierno, sino de un pueblo que constituye su gobierno, y un Gobierno sin una constitución es un poder sin derecho”.³

Todo lo anterior refleja de modo expreso, y concretamente, la idea de que ciertos principios no hacen más que reafirmar una forma de gestión económica, la cual, recogida dentro de una carta fundamental en el contexto del orden público económico, conforman principios y normas de la Constitución económica de forma que sus características o énfasis implican la implementación de un sistema económico determinado.

³ Thomas Paine, *Los derechos del hombre*, Madrid, Alianza, 1963, p. 249.

5. Orden público económico

El concepto de orden público económico ha sido ampliamente debatido por nuestra doctrina y jurisprudencia y ha sufrido variaciones importantes, y no existe un consenso absoluto en cuanto a su definición y contenido, ni en cuanto a su naturaleza jurídica. El orden público económico nació como un aspecto más del orden público civil, y en la modernidad actual ha sido desarrollado como un concepto de naturaleza económica, autónomo y distinto del derecho privado tradicional. En Chile, sobre todo a partir de 1980, la doctrina mayoritaria identifica, como piedra angular del derecho constitucional económico, la noción de orden público económico.

Sergio Diez Urzúa, quien fuera miembro de la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución y uno de los primeros en plantear la idea de incorporar a esta principios básicos relativos al sistema económico y en utilizar el término orden público económico, lo ha definido como “el conjunto de normas marco o generales contenidas en la Constitución Política, que regulan los derechos y libertades de orden económico de las personas, la actividad económica del Estado y las relaciones de carácter económico entre ellos”.

Por su parte, los profesores Mario Verdugo Marinkovic, Emilio Pfeffer Urquiaga y Humberto Nogueira Alcalá, en relación con las dos garantías objeto de estudio en este trabajo, consagradas en el artículo 19, números 21 y 22 CPR, señalan que:

...contienen estos dos numerales principios que se ha estimado integran el concepto “orden público económico” y que, por lo menos en forma sistematizada, no aparecían en el texto constitucional anterior.

El orden público económico, representa, en términos amplios, el conjunto de medidas adoptadas por la autoridad con el fin de organizar la actividad y las relaciones económicas.

[...]

Son numerosos los principios y normas de la Constitución de 1980 con incidencia directa o indirecta en aspectos económicos. En primer lugar, cuando asegura el derecho de propiedad en sus diversas especies sobre toda clase de bienes, la libertad para adquirirlos, las limitaciones y obligaciones que deriven de su función social [...]. En segundo lugar, al fijar el marco jurídico básico en que se desenvuelve la gestión económica de los individuos, de los grupos intermedios y del Estado para la consecución del bien común, con la igualdad de oportunidades, la que se reconoce a los sujetos de la economía, a quienes, además, se les asegura el derecho a desarrollar cualquier actividad económica, la libertad de trabajo y su protección, el derecho a la libre contratación y a la libre elección del trabajo con una justa retribución [...]. En tercer lugar, el catálogo se refiere al rol, las potestades, obligaciones y prohibiciones del Estado en la economía, tales como la igual repartición de los tributos, la no

discriminación arbitraria en el trato que deben dar el Estado y su organismo en materia económica, el régimen de beneficios, franquicias y gravámenes [...]. Además de toda la normativa que tiene incidencia en la conducción económica y financiera del Estado: la Ley de Presupuestos, materias de ley de iniciativa exclusiva del Presidente de la República [...]. Por último, encontramos los principios y reglas sobre la organización institucional encargada de llevar a cabo las funciones públicas en el área económica: [...] Banco Central Contraloría General de la República.

Agreden los autores citados que:

El orden público económico debe ser interpretado y aplicado con sujeción a los valores que moldean la institucionalidad política, social y económica proclamada en la Constitución: libertad, subsidiariedad, igualdad de derechos y oportunidades, prohibición de discriminar arbitrariamente, entre otros. [...] Obviamente, después de haber consagrado el constituyente la libertad personal (art. 19, núm. 7) y la libertad de trabajo (art. 19, núm. 16) resulta innecesario asegurar el derecho a desarrollar cualquier actividad económica [...]. No obstante, se estimó conveniente enfatizar este derecho para precaver cualquier obstáculo, y a fin, además, de impedir que en el futuro se pudiese perturbar o interferir arbitrariamente toda actividad económica que no fuere contraria a la moral, el orden público o la seguridad nacional. Por otra parte, se consideró que esta manifestación del derecho de libertad venía a ser una complementación del principio de subsidiariedad.⁴

6. Jurisprudencia sobre orden público económico

La justicia constitucional ha desarrollado los principios que a continuación se expresan, como parte integrante del llamado orden público económico que nuestra Carta Magna regula. Ellos son:

- i) **Libertad económica**, en STC roles núms. 2769-15, 2751-14, 2698-14, 2644-14, 2643-14, 2537-13, 2536-13, 2509-13, 2487-13, 2437-13, 2370-12, 2369-12, 2368-12, 2365-12, 1732-10, 1448-09, 1414-09, 1413-09, 1252-08, 1144-08, 980-07, 804-07, 694-06, 513-06, 480-06, 479-06, 467-06, 427-04, 280-98, 249-96, 226-95, 207-95, 185-94, 183-94, 167-93, 154-92, 146-92, 134-91, 80-89.

Esta garantía se encuentra consagrada en el artículo 19, núm. 21, CPR, y señala que se asegura a todas las personas: “El derecho a desarrollar cual-

⁴ Mario Verdugo, Emilio Pfeffer y Humberto Nogueira, *Derecho Constitucional*, t. I, Santiago de Chile, Jurídica de Chile, 1994, p. 297.

quier actividad económica que no sea contraria a la moral, al orden público o a la seguridad nacional respetando las normas legales que la regulen”.

El siguiente inciso indica que:

El Estado y sus organismos podrán desarrollar actividades empresariales o participar en ellas solo si una ley de quórum calificado los autoriza. En tal caso, esas actividades estarán sometidas a la legislación común aplicable a los particulares, sin perjuicio de las excepciones que por motivos justificados establezca la ley, la que deberá ser, asimismo, de quórum calificado.

El concepto y contenido esencial de esta garantía se resume en la STC Rol núm. 280, que señaló que el derecho a desarrollar cualquier actividad económica significa que toda persona –natural o jurídica– tiene la facultad de iniciar y mantener con libertad cualquiera actividad lucrativa en las diversas esferas de la vida económica garantizando, por consiguiente, la norma constitucional (entre otras) la realización de actividades productivas, de servicios y de comercialización de todo tipo de bienes bajo dos grandes condiciones. La primera tiene que ver con que la actividad que se va a realizar no sea considerada en sí misma ilícita (las contrarias a la moral, al orden público y a la seguridad nacional), y la segunda, que la actividad económica que se va a realizar se ajuste a las normas legales que la regulen (c. 22°).

Así también, se debe hacer énfasis en que se trata de un derecho de contenido negativo, como lo señala la STC Rol núm. 513. Esta garantía se refiere al ejercicio de una libertad o derecho de contenido negativo, es decir, cuya sustancia consiste en que los terceros (el Estado o cualquier otro sujeto) no interfieran, priven o dificulten la facultad del titular para desarrollar cualquier actividad económica que no sea contraria a la moral, el orden público o la seguridad nacional, por lo que este tipo de derecho no supone una obligación correlativa positiva de parte del Estado en orden a satisfacer la pretensión del titular del derecho. Dicho en otros términos, no se vulnera esta garantía en los casos en que su ejercicio supone la obtención previa de una concesión por parte de la autoridad, si esta no la otorga por motivos legales. Por otra parte, el referido derecho no es absoluto sino que reconoce limitaciones basadas en el respeto a la moral, el orden público y la seguridad nacional, así como a las normas legales que regulen su ejercicio (c. 19° y 20°).

ii) Rol subsidiario del Estado, en STC roles núms. 1295-08, 467-06, 410-04, 352-02, 226-95, 146-92, 46-87.

La subsidiariedad es un pilar fundamental sobre el cual reposa el orden público económico. Ambos constituyen principios que no se encuentran explicitados en nuestra Constitución, pero se desprenden de algunas decla-

raciones de principios, base y presupuesto de ciertas garantías fundamentales.⁵ En concreto, a partir del artículo 1, inciso 3, CPR cuando señala que: “el Estado reconoce y ampara a los grupos intermedios a través de los cuales organiza y estructura la sociedad y les garantiza la adecuada autonomía para cumplir sus propios fines específicos”. También se encuentra consagrado en el inciso 4° del mismo artículo al disponer que:

El Estado está al servicio de la persona humana y su finalidad es promover el bien común, para lo cual debe contribuir a crear las condiciones sociales que permitan a todos y a cada uno de los integrantes de la comunidad nacional su mayor realización espiritual y material posible, con pleno respeto a los derechos y garantías que esta Constitución establece.

Por último sigue el inciso S, el cual señala que: “Es deber del Estado resguardar la seguridad nacional, dar protección a la población y a la familia, propender al fortalecimiento de esta, promover la integración armónica de todos los sectores de la Nación y asegurar el derecho de las personas a participar con igualdad de oportunidades en la vida nacional”. El artículo 19, en diversos numerales, consagra igualmente este principio.

La STC Rol núm. 352-02, por su parte, consideró en su razonamiento esencial lo siguiente:

- 3.° Que, el artículo 1 Q' inciso tercero, de la Constitución Política establece: “El Estado reconoce y ampara a los grupos intermedios a través de los cuales se organiza y estructura la sociedad y les garantiza la adecuada autonomía para cumplir sus propios fines específicos”;
- 4.° Que, en dicho precepto se consagra en la Carta Fundamental el principio de subsidiariedad como uno de los principios rectores del orden social. Al respecto, en el Informe enviado por la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución Política al Presidente de la República, con fecha 16 de agosto de 1976, en virtud del cual le hace llegar las proposiciones e ideas precisas que ha de contemplar la nueva Constitución, se expresa que “según él ninguna sociedad superior puede arrogarse el campo que respecto de su propio fin específico pueden satisfacer las entidades menores y, en especial, la familia, como tampoco esta puede invadir lo que es propio e íntimo de cada conciencia humana” (p. 42);
- 5.° Que el ser humano, por su esencial sociabilidad, constituye a lo largo de su vida, diversos y múltiples cuerpos sociales a través de los cuales desarrolla

⁵ Sebastián López Magnasco, “Libertad de empresa y no discriminación económica. Doctrina y jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, *Cuadernos del Tribunal Constitucional*, núm. 48, 2002, pp. 36-39.

- su existencia. Las sociedades mayores surgen, así, para realizar aquello que las menores, y, en último término el hombre, no pueden hacer por sí solos;
- 6.º Que, de ello se desprende que el campo de acción de una sociedad mayor comienza donde termina el de una menor y que la primera no puede asumir aquello que es propio de la segunda;
 - 7.º Que, de acuerdo con dicho principio, al Estado no le corresponde, entonces, absorber aquellas actividades que son desarrolladas adecuadamente por los particulares, ya sea personalmente o agrupados en cuerpos intermedios. Ello se entiende sin perjuicio, por cierto, de aquellas que, por su carácter, ha de asumir el Estado. Eso explica el reconocimiento y amparo que el artículo 1º, inciso tercero, de la Constitución, presta a los “grupos intermedios”.

Esta misma idea se indica en la STC Rol núm. 1295-08 al señalar que, de acuerdo con el principio de subsidiariedad, al Estado no le corresponde absorber aquellas actividades que son desarrolladas adecuadamente por los particulares, ya sea personalmente o agrupados en cuerpos intermedios. Ello se debe entender sin perjuicio de aquellas que, por su carácter, ha de asumir el Estado (c. 58º).

iii) Derecho de Propiedad, en STC roles núms. 2793-15, 2727-14, 2684-14, 2683-14, 2678-14, 2644-14, 2643-14, 2437-13, 2386-12, 2365-12, 2344-12, 2325-12, 2312-12, 2301-12, 2069-11, 2014-11, 1993-11, 1992-11, 1988-11, 1986-11, 1849-10, 1802-10, 1615-10, 1452-09, 1361-09, 1340-09, 1309-09, 1298-09, 1284-08, 1281-08, 1266-08, 1215-08, 1144-08, 1141-08, 1140-08, 1138-08, 1133-08, 944-07, 790-07, 767-07, 608-06, 576-06, 519-06, 513-06, 506-06, 505-06, 467-06, 370-03, 334-01, 309-00, 300-99, 260-97, 245-96, 115-90, 15-82, 12-82, 5-81.

El derecho a la propiedad se regula en el artículo 19, núm. 23 CPR, en tanto consagra “la libertad para adquirir el dominio de toda clase de bienes”.

Por su parte, el derecho de propiedad se consagra en el núm. 24 de la misma norma, al establecer “el derecho de propiedad en sus diversas especies sobre toda clase de bienes corporales o incorporales”. Esta garantía se extiende al dominio del Estado sobre las minas (inc. 6º). En el núm. 25 del mismo artículo se asegura el derecho de propiedad del autor sobre sus creaciones intelectuales y artísticas de cualquier especie, y la propiedad industrial.

El alcance de este derecho, en lo que respecta al artículo 19, núm. 23, y de acuerdo con lo señalado en STC Rol núm. 1298-08, consagra la libertad para adquirir el dominio de toda clase de bienes. Se trata de una novedad en nuestro sistema, pues las constituciones de 1925 y de 1833 no la consagraban, ya que siempre se había protegido el derecho de propiedad adquirido, pero no el libre acceso a esta. En efecto, el artículo 19, núm. 24 CPR garantiza el derecho de propiedad; en cambio, el núm. 23 del mismo

artículo CPR establece el derecho a ser propietario y a adquirir el dominio de bienes para poder incorporarlos al patrimonio privado.

No obstante lo expuesto precedentemente, el precepto constitucional en análisis no permite establecer una obligación para que el Estado logre que todas las personas tengan un bien. Eso sería inviable en la práctica y supondría que el Estado opta por ayudar a las personas a satisfacer sus necesidades solo por medios privados (a través de una propiedad), descartando la cobertura de dichas carencias por medios públicos, como puede ser la creación de un servicio a cargo de una prestación que cubra una determinada necesidad calificada por el legislador como pública.

El precepto constitucional tampoco obliga a que toda persona tenga una propiedad. Así, las personas no pueden, por regla general, ser impedidas de comprar o adquirir bienes. Por tanto, la norma constitucional permite que si una persona, natural o jurídica, de derecho público o privado, persiga o no fines de lucro, desea obtener algún bien, esta posibilidad no se le obstaculice sin razones valederas (ce. 35°, 36° y 38°).

Agrega esta decisión que el derecho en comento abarca dos dimensiones. Una negativa, que impide que se establezcan obstáculos abusivos o excesivos para adquirir todo tipo de propiedades. Y una positiva, que permite establecer incentivos para adquirir la propiedad de bienes o derechos. Estas dos dimensiones tuvieron por objeto, por un lado, garantizar la libre adquisición de los bienes y, por otro, hacer accesible el derecho de dominio al mayor número de personas. Es decir, dar la posibilidad de que los que no tengan propiedad sean también propietarios (c. 39° y 40°).

Ahora bien, en cuanto se permite la propiedad sobre bienes corporales e incorporales, el Tribunal Constitucional (TC) ha señalado (STC roles núms. 505-06 y 506-06) que la Constitución es clara al establecer el derecho de propiedad sobre toda clase de bienes, incluidos los incorporales. Así, hay propiedad sobre el crédito emanado de un contrato y también, desde el punto de vista del deudor, sobre la cuantía del precio –bien incorporal que consiste en no pagar más de lo pactado– (c. 15° y 16°).

iv) Igualdad ante la ley y no discriminación económica, en STC roles núms. 2727-14, 2428-13, 2427-13, 2426-13, 2425-13, 2424-13, 2423-13, 2386-12, 2373-12, 2356-12, 2161-12, 1849-10, 1295-08, 1153-08, 1144-08, 980-07, 790-07, 694-06, 577-06, 513-06, 467-06, 312-00, 282-98, 280-98, 249-96, 28-85.

El artículo 19, núm. 22 CPR indica que se asegura a todas las personas:

La no discriminación arbitraria en el trato que deben dar el Estado y sus organismos en materia económica.

Solo en virtud de una ley, y siempre que no signifique tal discriminación, se podrán autorizar determinados beneficios directos o indirectos

en favor de algún sector, actividad o zona geográfica, o establecer gravámenes especiales que afecten a uno u otras. En el caso de las franquicias o beneficios indirectos, la estimación del costo de estos deberá incluirse anualmente en la Ley de Presupuestos.

Como lo señalara la STC Rol núm. 312-00, este derecho explícito constituye una garantía del principio de la igualdad ante la ley (art. 19, núm. 2). Se traduce, fundamentalmente, en la prohibición que se impone al Estado y sus organismos de discriminar arbitrariamente en el trato que deben dar en materia económica. Esto es, de efectuar diferencias o distinciones, realizadas ya por el legislador, cualquier autoridad pública, o por el Estado, sus órganos o agentes, que aparezca como contraria a una concepción elemental de lo que es ético o a un proceso normal de análisis intelectual; en otros términos, que no tenga justificación racional o razonable. Este derecho limita la intervención del Estado en la vida económica nacional, pues la Constitución prohíbe otorgar privilegios o imponer cargas o gravámenes que impliquen cualquier forma de distinción o diferenciación entre las actividades económicas que no tenga como sustento intelectual una clara connotación de racionalidad (c. 36°).

v) **Justicia e igualdad ante los tributos**, en STC roles núms. 2614-13, 2489-13, 2487-13, 2428-13, 2332-12, 2038-11, 1452-09, 1254-08, 1234-08, 1140-08, 1034-08, 822-07, 790-07, 773-07, 759-07, 718-07, 280-98, 247-96, 226-95, 219-95, 212-95, 203-94, 183-94.

Como lo indica el artículo 19, núm. 20 CPR en sus tres primeros incisos, la Constitución asegura a todas las personas:

La igual repartición de los tributos en proporción a las rentas o en la progresión o forma que fije la ley, y la igual repartición de las demás cargas públicas. En ningún caso la ley podrá establecer tributos manifiestamente desproporcionados o injustos. Los tributos que se recauden, cualquiera que sea su naturaleza, ingresarán al patrimonio de la Nación y no podrán estar afectos a un destino determinado.

Al respecto, para lograr la igual repartición de los tributos, es necesario que los impuestos se apliquen generalmente, esto es, abarcando íntegramente a las categorías de personas o de bienes previstas en la ley, y no a una parte de ellas (STC Rol núm. 280-98). La ley, no cabe duda, puede establecer gravámenes distintos para una determinada categoría de ciudadanos, según sea la industria o el trabajo que realicen, pero dentro de cada categoría es preciso que exista una norma igual para todos los que se encuentran en idénticas condiciones (c. 2).

vi) Disciplina y limitación del gasto fiscal, en STC roles núms. 2868-15, 2777-15, 1867-10, 249-96, 242-96.

Con este principio se busca evitar que “el Estado incurra en exceso de gastos, produciendo inflación e inestabilidad económica”. Ejemplos de ello son el artículo 65, inc. 4º, núms. 1 y 3 CPR, referido a la iniciativa exclusiva del presidente de la República en materia de tributos y contratación de empréstitos o celebración de cualquiera otra clase de operaciones que puedan comprometer el crédito o la responsabilidad financiera del Estado. Así también las normas relativas a la Ley de Presupuestos, artículo 67 CPR.

En este sentido, a propósito del rol del Congreso Nacional en la Ley de Presupuestos, ha señalado el TC que al Congreso Nacional le corresponde aprobar el presupuesto. Esta no es una función menor ni carente de significado. Ambas cámaras, con las mayorías respectivas, deben pronunciarse favorablemente para que haya un presupuesto aprobado de manera formal y no por silencio. Enseguida, el Congreso dispone de la potestad de disminuir o rechazar los gastos y, al ejercerla, obliga al Ejecutivo a iniciar conversaciones para reponer lo rebajado y atender los requerimientos parlamentarios que fundan dicha rebaja (STC Rol núm. 1867-10, c. 26º).

vii) Política monetaria y cambiaria independiente, en STC roles núms. 216-95 y 78-89.

Con el fin de “evitar la emisión de moneda manejada o influenciada por consideraciones políticas, así como la inestabilidad económica producida por la excesiva dependencia del Gobierno que tenía el Banco Central”, se crea el actual capítulo XIII de la Constitución. El artículo 108 de este señala: “Existirá un organismo autónomo, con patrimonio propio, de carácter técnico, denominado Banco Central, cuya composición, organización, funciones y atribuciones determinará una ley orgánica constitucional”.

Con respecto al carácter autónomo de este organismo, el TC ha señalado que el artículo 24 CPR le confiere al presidente de la República el gobierno y la administración del Estado, pero dentro de esa competencia no comprende ni puede comprender a los organismos autónomos que contempla la Constitución, como la Contraloría General de la República, el Banco Central y las municipalidades. No puede desprenderse, de manera alguna, que una Ley Orgánica Constitucional haya podido modificar el artículo 24 de la Constitución Política, que tal facultad se debe ejercer necesariamente dentro del marco que la Constitución y las leyes dictadas conforme a ella instituyan con las limitaciones que establece, y que, por lo mismo, en ningún caso puede comprender a los mencionados organismos autónomos que contempla la Constitución. Por lo anterior, pretender que el Banco Central esté sujeto al poder jerárquico del presidente de la República sería inconstitucional, pues la Constitución lo crea como un ente autónomo (STC Rol núm. 78-89, c. 13º a 24º).

7. Conclusiones

Si pudiéramos resumir la reforma de la Constitución implementada a partir de la Ley 20.050 de 2005, esto podría conjugarse en las siguientes hipótesis: se eliminan los senadores designados y vitalicios a partir del 11 de marzo de 2006, por tanto, el Senado queda conformado por 38 miembros elegidos en votación popular; la duración del mandato presidencial se reduce de 6 a 4 años sin reelección inmediata, concentrándose además las elecciones presidenciales y parlamentarias en un mismo día; en el plano de un equilibrio de poder, las facultades fiscalizadoras de la Cámara de Diputados se aumentan y se puede interpelar a los ministros de Estado; se eliminan los conceptos de legislatura ordinaria y extraordinaria; la referencia al sistema binominal se retira de la Constitución; el contralor general de la República ya no es inamovible y dura 8 años; se elimina la función de garante de la institucionalidad a las Fuerzas Armadas; aumentan las facultades y el número de miembros del Tribunal Constitucional; se flexibilizan las cantidades de regiones del país, lo que permite que a través de una ley orgánica constitucional se puedan crear, modificar y suprimir regiones y, por último, se reemplaza el principio del *ius solis* por el de *ius sanguinis* en la adquisición de nacionalidad.

Este cúmulo de atribuciones produjo una modificación en la noción del sistema jurídico constitucional, en el sentido hartiano, donde su impronta más relevante la constituye la llamada “regla de reconocimiento” como fundamento del sistema. Es a partir de esta regla de reconocimiento que la conformación de un sistema normativo puede legitimarse, tomando en consideración que la referencia siempre debe ser hecha a partir de su fundamento de validez de forma tal que una regla de reconocimiento es más bien una regla conceptual que define la expresión “norma válida”.⁶

De esta manera, cualquier proceso o fenómeno de naturaleza económica debe encuadrarse en la noción de economía y democracia, como si efectivamente estuviéramos con un problema de una camisa de fuerza dorada o *golden straitjacket*. En otras palabras, regular eficazmente las finanzas globales a través de nuevas estructuras y organismos a fin de que el flujo de capital lleve aparejada la imposición coordinada de controles nos conduce al dilema de que la globalización contemporánea ha alcanzado ya sus últimas fronteras. Por tanto, surgen dos opciones: o extender ordenadamente el dominio sobre ella haciéndola retroceder en sus aspectos más temerarios y nocivos –especialmente la libre circulación de capitales–, o su repliegue avanzará de un modo descontrolado llevándose por delante alguno de sus grandes logros, que tanto estiman los ciudadanos cosmopolitas.⁷

En definitiva, lo que está en juego es aquella visión posmoderna donde el uso público de la razón que desarrolla un sistema de derechos a partir de la idea de su

⁶ Carlos Alchurrón y Eugenio Bulygin, “Normative Systems”, *Library of Exact Philosophy*, núm. 5, New York, 1971, p. 73, nota 2.

⁷ Xosé Carlos Arias y Antón Costas, “La nueva piel del capitalismo”, *La Maleta*, 2016, p. 40.

institucionalización jurídica conforma un tipo de esquema o traje económico que se comprende como impronta propia de la pretensión de los grupos de poder y de presión que componen este tipo de sociedad.

Bibliografía

- ALCHURRÓN, Carlos y Eugenio BULYGIN, “Normative Systems”, *Library of Exact Philosophy*, núm. 5, New York, 1971, pp. 345-360.
- ARIAS, Xosé Carlos y Antón COSTAS, “La nueva piel del capitalismo”, *La Maleta*, 2016.
- HOBBSAWM, Eric, *Guerra y Paz en el siglo XXI*, Buenos Aires, Memoria Crítica, 2009.
- LÓPEZ MAGNASCO, Sebastián, “Libertad de empresa y no discriminación económica. Doctrina y jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, *Cuadernos del Tribunal Constitucional*, núm. 48, 2002.
- MAYOL, Alberto y José Miguel AHUMANDA, *Economía política del fracaso*, Santiago de Chile, El Buen Aire, 2015.
- PAINE, Thomas, *Los derechos del hombre*, Madrid, Alianza, 1963.
- VERDUGO, Mario, Emilio PFEFFER y Humberto NOGUEIRA, *Derecho Constitucional*, t. I, Santiago de Chile, Jurídica de Chile, 1994.

II. Perspectivas del Estado de Derecho y de la democracia en América Latina

- Jesús M. Casal (Venezuela)
La convocatoria a una supuesta Asamblea Nacional Constituyente y los límites del poder constituyente
- Sibylle Kessal-Wulf (Alemania)
El papel de la justicia constitucional en el Estado democrático de derecho
- Alejandro Morales Bustamante (Guatemala)
La odisea del estatuto especial y la identidad cultural de los pueblos originarios en el constitucionalismo guatemalteco
- Danilo Rojas Betancourth (Colombia)
El ideal ético del juez: dos preguntas sobre comportamiento y percepción

VOLVER A LA TABLA DE CONTENIDO

Jesús M. Casal* (Venezuela)

La convocatoria a una supuesta Asamblea Nacional Constituyente y los límites del poder constituyente

RESUMEN

El objeto del presente estudio es analizar la convocatoria a una pretendida Asamblea Nacional Constituyente efectuada por el presidente de la República Bolivariana de Venezuela, examinando la constitucionalidad de la convocatoria, y de las bases comiciales y funcionales que regirían la elección y actuación de dicha Asamblea, así como reflexionar sobre los límites del poder constituyente y determinar si el proceso supuestamente constituyente que se impulsa los respeta.

Palabras clave: Asamblea Constituyente, límites del poder constituyente, poder constituyente, democracia constitucional.

ZUSAMMENFASSUNG

Die Untersuchung analysiert die Einberufung einer angeblichen nationalen Verfassungsgebenden Versammlung durch den Präsidenten der Bolivarischen Republik Venezuela. Dabei werden sowohl die Verfassungsmäßigkeit ihrer Einberufung als auch die gesetzlichen Grundlagen für den Wahlgang und die Funktionen der Versammlung, die ihrer Wahl und ihrer Tätigkeit zugrunde liegen, untersucht. Weitere Überlegungen befassen sich mit den Grenzen der verfassungsgebenden Gewalt und mit der Frage, ob diese von dem eingeleiteten, angeblich verfassungsgebenden Verfahren beachtet werden.

Schlagwörter: Verfassungsgebende Versammlung, Grenzen der verfassungsgebenden Gewalt, verfassungsgebende Gewalt, Verfassungsdemokratie.

* Doctor en Derecho. Profesor Titular de Derecho Constitucional y exdecano de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica Andrés Bello. Miembro de la Comisión Andina de Juristas y del Grupo de Estudios sobre Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales de la Fundación Konrad Adenauer. jesusmariacasal@gmail.com

SUMMARY

The study analyzes the announcement by the President of the Bolivarian Republic of Venezuela of an alleged National Constituent Assembly. It examines the constitutionality of the announcement itself, and the electoral and functional bases that would govern the election and conduct of said Assembly. The study also reflects on the limits of the constituent power, and whether these limits are respected by the supposedly constituent process that is being promoted.

Key words: Constituent Assembly, limits of the constituent power, constituent power, constitutional democracy.

Introducción

Mediante el Decreto 2.830, del 1 de mayo de 2017, publicado en la *Gaceta Oficial* 6.295 Extraordinario de la misma fecha, el presidente de la República Bolivariana de Venezuela convocó a una pretendida Asamblea Nacional Constituyente, y en el Decreto 2.878, del 23 de mayo de 2017, publicado en la *Gaceta Oficial* 41.156, de la misma fecha, fijó “las bases comiciales para la Asamblea Nacional Constituyente”.

Esta actuación del presidente de la República es absolutamente inconstitucional, porque solo el pueblo puede convocar una Asamblea Nacional Constituyente (ANC) y aprobar sus bases comiciales mediante referendo. Además, las bases que ha establecido el presidente son contrarias a la democracia y a la Constitución, y permiten sostener que el órgano que eventualmente será elegido como ANC tendrá en realidad otra naturaleza.

La inconstitucionalidad de esta convocatoria de una supuesta ANC debe ser examinada a la luz tanto de las disposiciones constitucionales relativas a la soberanía popular, al poder constituyente, al sufragio, al sistema electoral, a la progresividad de los derechos humanos y demás preceptos constitucionales aplicables, como también a partir de los principios superiores del sistema constitucional que en 1999 quedaron plasmados en la Base Comicial Octava de la ANC y que hoy se encuentran reflejados en el artículo 350 de la Constitución, el cual traza límites al proceso constituyente en todas sus fases (convocatoria, instalación, funcionamiento de la ANC y referendo aprobatorio de la nueva Constitución). Estos asuntos serán analizados en el presente estudio.

1. Solo el pueblo puede convocar una Asamblea Nacional Constituyente y aprobar sus bases comiciales

El artículo 347 de la Constitución señala claramente que quien puede convocar una ANC es el pueblo, como depositario (y titular) que es del poder constituyente originario. De modo que cuando el artículo 348 de la Constitución faculta al

presidente de la República, en Consejo de Ministros, y a otros órganos, o a una porción del electorado, para ejercer la iniciativa de convocatoria de la ANC no puede referirse a la *decisión* sobre tal convocatoria sino a la *iniciativa* que permita que tal decisión sea tomada.

En la Constitución venezolana, la referencia a la “iniciativa” tiene un significado muy claro: es el impulso para que una decisión sea adoptada por el órgano o sujeto competente para ello, no la adopción de la decisión como tal. Así, el artículo 204 de la Constitución regula la “iniciativa” de las leyes, que implica la facultad de activar el procedimiento de formación de las leyes, cuyo desarrollo queda en manos de la Asamblea Nacional, al igual que el destino final del proyecto, que pudiera no llegar a ser ley, según lo que el cuerpo resuelva. Lo mismo cabe decir de la iniciativa para la enmienda o la reforma constitucional (arts. 341, numeral 1, y 343 de la Constitución). La iniciativa también es un acto que conduce a la celebración de un referendo en el cual el pueblo se pronuncia sobre determinados asuntos (art. 71, entre otros, de la Constitución).

De la misma manera, cuando el artículo 348 constitucional atribuye al presidente de la República y a otros órganos, o a una porción del electorado, la “iniciativa de convocatoria a la Asamblea Nacional Constituyente”, evidentemente no se refiere a la decisión de convocarla sino a la iniciativa para que sea convocada. De lo contrario la Constitución hubiera dicho que aquellos pueden *convocar* la ANC.

La diferencia puede parecer sutil pero es expresión de principios de fondo esenciales a la Constitución: el de la soberanía popular, el del pueblo como titular del poder constituyente y el de la participación ciudadana (arts. 5, 6, 62 y 347 de la Constitución). El titular del poder constituyente y solo él puede decidir si quiere ejercerlo. No puede ser sustituido por ningún poder constituido en la toma de esta determinación y al pueblo le corresponde también la aprobación de las bases comiciales de la ANC, en el mismo referendo en el que se pronuncia sobre el ejercicio de su poder constituyente.

Al interpretar las escasas normas de la Constitución sobre la ANC ha de tenerse en cuenta el contexto histórico-político en que fueron elaboradas. En particular, ha de recordarse que cuando los constituyentes de 1999 abordaron esta temática tenían muy presente el proceso constituyente en desarrollo, en el cual el decreto presidencial de iniciativa para un referendo consultivo sobre la ANC dio lugar a que el pueblo se pronunciara sobre su convocatoria y sobre la aprobación de las respectivas bases.

La parquedad de la regulación de la ANC contenida en el capítulo III del Título IX de la Constitución se explica porque los constituyentes, después de proponer normas en las cuales se precisaba lo relativo al referendo (previo) que era necesario celebrar con los dos fines indicados, y a las consecuencias del rechazo popular de la iniciativa, resolvieron reducir al mínimo esta regulación, para que fuera el pueblo el que moldeara su proceso constituyente libremente.¹ En otras palabras, la supresión de esas

¹ “Diario de debates” de la ANC, sesión del 9 de noviembre de 1999.

normas obedeció, no a la idea de restar protagonismo a la ciudadanía y de entregar a los poderes constituidos la posibilidad de decidir por ella si se convocaba la ANC, sino más bien al propósito de no poner barreras al titular del poder constituyente.

Del “Diario de debates” de la ANC de 1999 se desprende claramente que la alusión a la “iniciativa de convocatoria” estaba concatenada con la previsión de la celebración de un referendo en los términos señalados. La distinción entre la iniciativa de convocatoria y la convocatoria como tal estuvo claramente plasmada en las propuestas para la nueva Constitución presentadas por el presidente Hugo Chávez ante la ANC.²

En el articulado respectivo se mencionaba primero que la ANC es “expresión del poder constituyente originario, cuyo titular es el pueblo soberano”, y después de aludir a sus límites, se regulaba “la iniciativa de convocatoria a la Asamblea Nacional Constituyente”, reconocida al presidente de la República, en Consejo de Ministros, por acuerdo aprobado por las dos terceras partes de los integrantes de cada Cámara,³ y al diez por ciento de los electores. Luego se preveía la celebración de un referendo relativo a la aprobación de la convocatoria.

Estas propuestas quedaron reflejadas, con mínimos ajustes, en el Anteproyecto de Constitución y en el texto considerado en su primera discusión,⁴ en relación con la iniciativa y la convocatoria, y era de este tenor:

Artículo 391. La iniciativa de convocatoria a la Asamblea Constituyente puede hacerla el presidente de la República en Consejo de Ministros, la Asamblea Nacional mediante el acuerdo de las dos terceras partes de sus miembros, los concejos municipales en cabildo mediante el voto de las dos terceras partes de los mismos, y el 15% de los electores inscritos en el Registro Electoral.

Artículo 392. Se considerará aprobada la convocatoria a la Asamblea Constituyente si en el referendo llamado al efecto el número de votos afirmativos es superior al número de votos negativos. Si el resultado del referendo fuese negativo, no podrá presentarse una nueva iniciativa de convocatoria a la Asamblea Constituyente en el mismo periodo constitucional.

Artículo 393. Las bases para elegir la Asamblea Constituyente serán incluidas en el referendo de convocatoria. En ellas se establecerán como límites de los actos de la Asamblea los valores y principios de nuestra historia republicana, así como el cumplimiento de los tratados, acuerdos y compromisos válidamente suscritos por la República que se refieran al respeto por los derechos humanos y las garantías democráticas.

² Hugo Chávez, *Ideas fundamentales para la Constitución Bolivariana de la V República*, Caracas, Presidencia de la República, 1999.

³ Estas normas partían de la existencia de un parlamento bicameral.

⁴ Ver los detalles de esta discusión en Allan Brewer-Carías, *La inconstitucional convocatoria de una Asamblea Nacional Constituyente en fraude a la voluntad popular*, Caracas/Nueva York, Editorial Jurídica Venezolana Internacional, 2017, pp. 97 y ss.

Los artículos 392 y 393 –este último en lo concerniente a la necesaria consulta en referendo de las bases comiciales– fueron suprimidos, pero no porque se pensara que pudiera prescindirse del referendo correspondiente, sino porque se quiso reducir al mínimo la regulación sobre la materia. Las intervenciones que se produjeron al discutir el articulado reafirmaban que se estimaba indispensable realizar dicho referendo.⁵

Aquellas normas estaban además calcadas del proceso que había conducido a la convocatoria de la ANC en 1999. El artículo entonces numerado como 391, hoy 347, con ajustes de redacción, recogía en sustancia la primera pregunta del referendo impulsado por Hugo Chávez para la convocatoria de la ANC: “¿Convoca usted una Asamblea Nacional Constituyente con el propósito de transformar el Estado y crear un nuevo ordenamiento jurídico que permita el funcionamiento de una democracia social y participativa?”

La formulación de esta pregunta fue objeto de discusiones y no es en modo alguno casual. Quien convoca la ANC es el pueblo, esto es, los electores, nunca un órgano del poder constituido. Es lo que se aviene con una teoría democrática del poder constituyente.

Los constituyentes de 1999 intentaron replicar en la normativa sobre la ANC el procedimiento que había permitido desembocar en la instalación de la ANC ese mismo año. Nunca se plantearon que los poderes constituidos se apropiaran del poder constituyente del pueblo, es decir, nunca pretendieron invocar el poder constituyente originario del pueblo para que este pudiera ejercerlo a través de ellos y finalmente entregarlo a los poderes constituidos, en evidente usurpación.

Desde el Gobierno se ha sostenido que el referendo fue necesario en 1999 porque la ANC no estaba regulada en la Constitución de 1961, mientras que sí lo está en la de 1999. Pero este razonamiento es falaz y regresivo, pues es absurdo interpretar que el protagonismo del pueblo en el ejercicio de su poder constituyente es menor ahora que la Constitución admite expresamente la posibilidad de activarlo, en un marco de democracia (representativa y) participativa.

Adicionalmente, si de lo que se trata es de la invocación del poder constituyente originario, al cual alude el artículo 347 de la Constitución, está completamente fuera de lugar toda lectura de la misma que permita dejar al pueblo al margen de la decisión referida a la convocatoria de la ANC. El medio más trascendental de ejercicio directo de la soberanía (art. 5 de la Constitución) es la convocatoria de una ANC, por lo que el pueblo no puede ser privado de esta facultad intransferible, que es también expresión del derecho a participar directamente en los asuntos públicos.

Una ojeada al constitucionalismo de la región corrobora lo expuesto. Nótese en particular que las constituciones aprobadas en procesos que se inspiraron en el venezolano, como las de Bolivia y Ecuador, reconocen con nitidez esa indispensable manifestación del pueblo, mediante referendo, sobre la convocatoria a una ANC.

⁵ “Diario de debates” de la ANC, sesión del 9 de noviembre de 1999.

El artículo 411.1 de la Constitución de Bolivia reza:

La reforma total de la Constitución, o aquella que afecte a sus bases fundamentales, a los derechos, deberes y garantías, o a la primacía y reforma de la Constitución, tendrá lugar a través de una Asamblea Constituyente originaria plenipotenciaria, activada por voluntad popular mediante referendo. La convocatoria del referendo se realizará por iniciativa ciudadana, con la firma de al menos el veinte por ciento del electorado; por mayoría absoluta de los miembros de la Asamblea Legislativa Plurinacional; o por la presidenta o el presidente del Estado. La Asamblea Constituyente se autorregulará a todos los efectos, debiendo aprobar el texto constitucional por dos tercios del total de sus miembros presentes. La vigencia de la reforma necesitará referendo constitucional aprobatorio.

Y el artículo 444 de la Constitución de Ecuador dispone que:

La asamblea constituyente solo podrá ser convocada a través de consulta popular. Esta consulta podrá ser solicitada por la presidenta o presidente de la República, por las dos terceras partes de la Asamblea Nacional, o por el doce por ciento de las personas inscritas en el registro electoral. La consulta deberá incluir la forma de elección de las representantes y los representantes y las reglas del proceso electoral. La nueva Constitución, para su entrada en vigencia, requerirá ser aprobada mediante referéndum con la mitad más uno de los votos válidos.

Este referendo previo es igualmente requerido por la Constitución colombiana (art. 376), la cual influyó a su vez en el proceso venezolano.

Estas constituciones son, en este punto, fruto del mismo principio que orientó el proceso constituyente venezolano y el de los países señalados: la facultad inalienable y permanente del pueblo de decidir ejercer el poder constituyente originario, aun cuando ello no estuviere permitido en la Constitución entonces en vigor. Es una idea que se puede compartir o no, y que no es frecuente en el constitucionalismo europeo, pero que tiene perfiles nítidos.

De acuerdo con este principio, que es el de la Constitución venezolana, no hay nada más alejado de la soberanía popular y del poder constituyente del pueblo que la imposición de un proceso constituyente por un poder constituido. Esto conduciría al exabrupto de que un órgano del poder constituido resuelva convocar una ANC aunque el pueblo no la quiera, tal vez porque está conforme con su Constitución o entiende que hay otras prioridades que atender.

Conduciría también al absurdo de que ese órgano decisor imponga unas bases de elección y funcionamiento de la ANC con las cuales el pueblo no esté de acuerdo. Se encontraría en ese caso el electorado, e incluso la mayoría de los electores, ante

el dilema de participar o no en unas elecciones para la integración de una ANC que no hubiera querido convocar o cuyas reglas de conformación y funcionamiento le parezcan inaceptables, sobre lo cual ni siquiera habría sido consultado formalmente mediante referendo.

Conviene apuntar que la Corte Suprema de Justicia, durante el proceso constituyente de 1999, debió pronunciarse sobre la pretensión del presidente Hugo Chávez de preguntar al pueblo si lo facultaba para que él mismo definiera, en consulta con los distintos sectores sociales, las bases comiciales de la ANC. En la sentencia respectiva, del 18 de marzo de 1999, se anuló esta segunda pregunta del referendo relativo a la ANC, ya que:

Se entiende así, que un mecanismo de consulta directo llamado a resolver sobre materias que no han sido previamente delegadas en representantes, debe preservar, mantener y defender como principal valor, el ser fiel expresión de la verdadera voluntad popular. Tal nivel de certeza será el obligado resultado de disminuir, en tanto sea posible, instancias que medien en la expresión o exteriorización de esa voluntad colectiva.

Dicho en otras palabras, se pretende obtener una expresión popular lo más diáfana posible, lo más cercana al reflejo de voluntad de las mayorías, que implica ineludiblemente la definición de aquellos aspectos relacionados con el régimen de la Asamblea que se pretende instalar. Solo así se consigue librar el proceso –que por su trascendencia para la vida nacional debe gozar de la plena confianza del colectivo– de toda sombra de dudas o falsas interpretaciones que deriven en un resultado inaceptable.

Entonces, es indispensable, que formulada la pregunta sobre la conveniencia de instalar una Asamblea Nacional Constituyente, proceda a consultarse sobre aquellas reglas fundamentales que detallen su organización y régimen general.

La Resolución impugnada en la segunda pregunta, a que se refiere su artículo 2, ignoró tales postulados al pretender delegar, en el ciudadano Presidente de la República, la fijación de las bases del proceso comicial por el que se elegirán los integrantes de la Asamblea Nacional Constituyente; de allí, concluye la Sala, en su inconstitucionalidad, por vulneración del derecho a la participación política implícito en el artículo 50 de la Constitución de la República, como derecho inherente a la persona humana, y así expresamente se declara.

En suma, sería un contrasentido histórico entender que después de la aprobación de la Constitución de 1999 es posible activar un proceso constituyente en términos menos democráticos (por antidemocráticos) a los que condujeron a la adopción de esa Constitución, a pesar de que las bases comiciales entonces aprobadas por el electorado recogieron el principio de progresividad en materia de derechos humanos, plasmado ahora en el artículo 19 e implícito en el artículo 350 de la Constitución,

derechos entre los cuales se encuentra el de participación de la ciudadanía en los asuntos públicos, que debe ser favorecido por los órganos del poder público (art. 62 de la Constitución).

2. Las bases comiciales

Otro aspecto inconstitucional del planteamiento presidencial sobre la ANC radica en la composición que pretende atribuirle. Sus miembros serán electos en los “ámbitos sectoriales y territoriales”. La mención de los ámbitos sectoriales supone la elección de alrededor de un tercio de los constituyentes entre quienes pertenecan a determinados sectores de la sociedad (campesinos, pescadores, trabajadores, empresarios, estudiantes, jubilados o pensionados, integrantes de comunas y consejos comunales, miembros de los pueblos indígenas, etc.).

Esta conformación de una eventual ANC es completamente inconstitucional y antidemocrática, ya que fragmentaría la soberanía popular y el concepto mismo del pueblo como su titular. El artículo 5 de la Constitución reconoce que la soberanía reside en el pueblo, y su artículo 63 establece que el sufragio es un derecho que se ejerce mediante votaciones “libres, universales, directas y secretas”. De allí que, con la excepción de los pueblos indígenas que tienen constitucionalmente asegurada una representación propia en cuerpos deliberantes (art. 125), en consonancia con las obligaciones internacionales de la República, no es admisible una división sectorial del electorado o conformación corporativa a los fines de elegir los integrantes de la ANC.

La regulación sectorial contenida en las bases comiciales vulnera adicionalmente el derecho al sufragio “igual” (art. 25 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos), pues permite que algunos ciudadanos emitan más de un voto mientras que otros solo pueden votar en los ámbitos territoriales, al considerarse que no integran ningún sector. Lo anterior es igualmente contrario a las garantías democráticas que sustentan la legitimidad del sistema político (art. 350 de la Constitución).

La apelación a esta integración sectorial de la ANC solo puede explicarse por el intento de obtener una mayoría en la ANC que no se alcanzaría en elecciones que preserven la unidad del pueblo y de su soberanía o, en otras palabras, la universalidad del sufragio correspondiente a toda la ciudadanía.

El Decreto 2.830 se refiere también a los ámbitos “territoriales” y, en tal sentido, las bases comiciales prevén unas elecciones en circunscripciones municipales uninominales, lo cual atenta contra el carácter federal del Estado que el propio decreto invoca. Las circunscripciones electorales deberían ser principalmente estatales, en atención al carácter federal de nuestro Estado (art. 4 de la Constitución).

Otro principio constitucional vulnerado es el de la representación proporcional (art. 63 de la Constitución), que forma parte de nuestra evolución democrática desde sus inicios, en 1946, a partir de la elección de los miembros de la ANC que

aprobaría la Carta de 1947 y, por tanto, puede aseverarse que pertenece a nuestra tradición republicana.

Justamente, las circunscripciones estatales plurinominales facilitan la aplicación de fórmulas de representación proporcional que no son posibles en una adjudicación de escaños basada únicamente en circuitos uninominales. Las excepciones a esta regla de la elección territorial que contienen las bases son de escasa significación o solo aparentes: los escaños correspondientes al Distrito Capital, como muestra de lo primero, y los dos constituyentes por municipios capitales de Estado, como ejemplo de los segundos, pues aquí se forman, en la práctica, circuitos binominales contrarios a la representación proporcional.

La elección en el ámbito sectorial contempla parcialmente la aplicación de la representación proporcional, pero la integración sectorial es, en sí misma, inconstitucional y antidemocrática, como se explicó.

3. ¿Puede calificarse el órgano convocado como una ANC?

Cabe preguntarse si lo que el presidente de la República Bolivariana de Venezuela ha convocado es una ANC. Existen varias razones para responder negativamente. La primera es que esta ANC nacería con un acotamiento temático extraño a la naturaleza de un cuerpo electo en ejercicio del poder constituyente originario. En el Decreto 2.830 el presidente de la República propone los “objetivos programáticos” de la ANC, los cuales propenden por restringir la esfera material dentro de la cual esta puede moverse. Ello resulta contrario al concepto de poder constituyente originario, ya que una verdadera ANC es libre al decidir las materias que ha de tratar con motivo del cambio constitucional, sin perjuicio de los límites últimos de todo poder constituyente. Además, algunos de los asuntos que el presidente de la República señala como objetivos programáticos de la ANC son ajenos a un proceso constituyente y a una Constitución, mientras que otros ya están tratados suficientemente en ella o son lesivos de principios democráticos y de nuestra tradición republicana (art. 350 de la Constitución).

En tal sentido, el logro de una economía productiva se refiere al diseño y ejecución de políticas públicas, la preservación de la vida en el planeta está comprendida ya en la Constitución por un conjunto de derechos ambientales, pendientes de una actuación pública cónsona con ellos; y la ampliación de competencias o poderes del Estado en materia de seguridad ciudadana y de garantía de la soberanía, en el actual contexto de represión y persecución política, resulta riesgosa para las libertades públicas. La alusión, por otro lado, a organizaciones del llamado Poder Popular parece ir orientada no a incorporarlas dentro del diseño constitucional de manera compatible con los principios democráticos y el sistema federal, sino a menoscarlas bajo la concepción y las prácticas ideológicamente excluyentes y ejecutivistas que han prevalecido en estos años.

En segundo lugar, el presidente de la República ha sostenido que no se pretende introducir grandes modificaciones en la Constitución, es decir, no se busca elaborar una nueva Constitución, lo cual, además de reforzar la idea de que Nicolás Maduro y no el pueblo es el dueño de la supuesta ANC, contrasta con la finalidad principal que es propia de dicha instancia: “redactar una nueva Constitución” (art. 347 de la Constitución).

En el fondo lo que ocurre es que se acude fraudulentamente al poder constituyente, desfigurándolo, para lograr objetivos distintos a los del cambio constitucional. Lo que se persigue es la postergación de cualquier proceso electoral y, probablemente, la inclusión en la Constitución “ajustada” de nuevas reglas electorales que reediten los criterios sectoriales y territoriales de la ANC y permitan prolongar la ocupación de las instancias de poder por quienes han perdido el respaldo mayoritario del electorado. Tal vez estos mismos criterios sectoriales serán empleados en una eventual e ilegítima consulta popular ratificatoria de la Constitución, para soslayar la celebración de un verdadero referendo aprobatorio, con lo cual se cerraría el círculo de un proceso adelantado merced a la usurpación y, a fin de cuentas, la negación del poder constituyente del pueblo.

En todo caso, esta finalidad desviada se pone de relieve al constatar que las bases comiciales no fijan una limitación temporal para la ANC, con lo cual esta podría asumir una absoluta concentración de poderes, por tiempo indefinido, además. Tal vez lo que se persigue es terminar de liquidar funcionalmente a la Asamblea Nacional por medio de la ANC, que se arrogaría sus atribuciones, o destituir o cercar políticamente a la fiscal General de la República.

La exhortación formulada por el presidente de la República, mediante una autocorrección de sus bases comiciales, para que la ANC someta la Constitución elaborada a referendo aprobatorio, no parece haber modificado mucho las cosas. En todo caso, la verdad es que el referendo aprobatorio de la nueva Carta es exigido por el artículo 347 constitucional, que faculta a la ANC para “redactar”, no para aprobar, una nueva Constitución, tal como lo establecía la Base Comicial novena del proceso de 1999.

4. Límites del poder constituyente y de la ANC

4.1. El ejercicio del poder constituyente y el orden constitucional

La constitución limita los poderes públicos pero también debe ser respetada por el pueblo. El pueblo hace la constitución por medio de representantes o delegatorios elegidos y, frecuentemente, mediante la aprobación o ratificación por referendo del texto constitucional, pero ello no implica que pueda ignorarla. Durante la vigencia de una constitución el pueblo está sujeto a sus preceptos, y las formas de

participación política que ella pueda establecer han de ejercerse en conformidad con el ordenamiento jurídico.

El punto crítico de las relaciones entre el Estado de derecho y la soberanía popular puede, sin embargo, suscitarse al activarse el poder constituyente del pueblo. Por lo general, las constituciones no prevén su sustitución por otra emanada de una asamblea constituyente, sino que tienden a reservar a las instancias democráticas instituidas la adopción de enmiendas o de reformas parciales o generales a la constitución, sin perjuicio de una intervención final del pueblo mediante referendo. Esta es, al menos, la orientación tradicional, que sufrió un quiebre a partir del proceso constituyente colombiano de 1991, y de la constitución correspondiente, así como de las que han seguido esa estela, en otros contextos, en las cuales se contempla la convocatoria popular de una asamblea constituyente.

Pero en circunstancias extremas de deslegitimación o descomposición de un orden político-constitucional es posible que tales cauces institucionales normativamente instaurados para la modificación de la Constitución no puedan canalizar las exigencias mayoritarias, ante lo cual no es descartable que se acuda a una invocación del poder constituyente originario y al despliegue de su fuerza política y jurídica demiúrgica.

En términos de la teoría y la práctica constitucional cabe afirmar que la competencia de revisión constitucional encomendada a determinados órganos, normalmente al parlamento, no es apropiada para satisfacer el requerimiento de crear una constitución enteramente nueva, cuya elaboración corresponde al pueblo en ejercicio del poder constituyente. Si la constitución vigente no permite la activación por el pueblo de este poder, o si solo la autoriza en condiciones formales que no están en consonancia con las aspiraciones mayoritarias, surge un conflicto entre la soberanía popular y la normatividad en vigor. Ello fue certeramente advertido por Loewenstein:

Como una necesaria válvula de escape, la revisión total no puede ser criticada teóricamente; pero su valor práctico puede ser pequeño. Si el descontento de los destinatarios del poder con su constitución está tan extendido que aspiran a una transformación radical, o –el caso más frecuente– si un grupo desea apoderarse del poder, pero se siente impedido por el procedimiento de reforma en vigor, suele producirse, por lo general, un golpe constitucional revolucionario.⁶

En realidad, la posibilidad de una revisión constitucional total encomendada al poder constituido sí ha sido objeto de fundadas críticas teóricas, en las que no nos detendremos.⁷ Interesa ahora apuntar que, según la opinión dominante en la

⁶ Karl Loewenstein, *Teoría de la Constitución*, Barcelona, Ariel, 1986, p. 185.

⁷ Pedro Vega, *La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente*, Madrid, Tecnos, 1999, pp. 77 y ss.; Carlos de Cabo Martín, *La Reforma constitucional en la perspectiva de las fuentes del Derecho*, Madrid, Trotta, 2003, pp. 27 y ss.

teoría constitucional, el poder constituyente del pueblo no desaparece ni queda irremediabilmente encadenado una vez que es ejercido al aprobarse la constitución. Permanece más bien en estado de letargo o latencia y puede aflorar cuando el pueblo lo determine.

La constitución en vigor no podría proscribir su invocación, lo cual en la mayoría de las concepciones se fundamenta en postulados democráticos y en el carácter político y previo al derecho del poder constituyente, así como en su independencia respecto de la normatividad constitucional existente al momento de su irrupción.⁸ En sentido contrario, se ha afirmado que el pueblo quedaría autolimitado por las disposiciones que él mismo ha dictado al elaborar la constitución, incluyendo a las normas referidas a su reforma.⁹ No sería pertinente abordar aquí estas y otras teorías destinadas a explicar la naturaleza y el alcance del poder constituyente. Sí es importante advertir que la primera concepción, en sus versiones más radicales, no está en capacidad de canalizar adecuadamente la aludida tensión entre el Estado de derecho y la soberanía popular, pues sacrificaría a aquel en beneficio de esta.

La exigencia de respetar el Estado de derecho no solo rige en los supuestos en los que se hace uso de la competencia de revisión de la constitución, sino también es relevante cuando el pueblo pretende elaborar una nueva. Sin embargo, desde postulados político-decisionistas lo importante sería lo que el pueblo, es decir, una porción mayoritaria del electorado, determine en cada ocasión en cuanto al *sí* y al *cómo* de la manifestación del poder constituyente.¹⁰ Obsérvese que, aun en los casos de ordenamientos que han previsto una asamblea constituyente como mecanismo para la aprobación de una nueva constitución, podría sostenerse, sobre estas premisas, que dicha regulación deja incólume la facultad del pueblo de optar por una expresión del poder constituyente no coincidente con los procedimientos o parámetros fijados en la carta.

Nótese que conforme a los postulados decisionistas enunciados, la tensión latente en la concepción del poder constituyente no solo estaría referida a la supremacía constitucional, por un lado, y a la soberanía popular, por el otro, sino más bien a esta última y al Estado de derecho globalmente considerado. Ello porque se estaría admitiendo que hay una fase dentro de la evolución del Estado en la cual el derecho quedaría, en gran medida, silenciado o desplazado, y en la cual la política, a través de la voluntad de la mayoría, se impondría a las consideraciones normativas, siendo posible que en acatamiento a dicha voluntad llegue a reemplazarse la ordenación

⁸ Jorge Vanossi, *Teoría constitucional I (Teoría constituyente)*, Buenos Aires, Depalma, 1975, pp. 123 y ss.

⁹ Martin Kriele, "Das demokratische Prinzip im Grundgesetz", en *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer*, 29, Berlín-Nueva York, Walter de Gruyter, 1971, pp. 49 y ss.

¹⁰ Ver Vanossi, *op. cit.*, pp. 39 y ss.

del Estado de acuerdo con la separación de poderes por una concentración de estos en una asamblea constituyente.

Es obvio que diversos acontecimientos políticos pueden provocar la caída de un régimen y de la Constitución que le servía de soporte. Igualmente, es posible que una nueva Constitución originada en circunstancias de esa índole alcance legitimidad política, aun cuando el poder constituyente haya sido ejercido al margen de lo dispuesto en la normatividad constitucional precedente. Ninguna constitución puede impedir que ello ocurra, pues en cuanto norma jurídica pretende establecer un deber ser y no predetermina el curso de los acontecimientos históricos. No obstante, una cosa es admitir los límites del derecho frente a la realidad histórico-política, y otra muy distinta es afirmar que es lícito prescindir del Estado de derecho mientras se ejerce el poder constituyente.

El proceso constituyente venezolano de 1999 es un buen ejemplo de ese conflicto potencial entre Estado de derecho y soberanía popular y, al mismo tiempo, muestra omisiones y excesos difíciles de justificar. Cuando todavía se discutía sobre la posibilidad de reformar la Constitución de 1961 para incluir en ella la figura de la asamblea constituyente, la Corte Suprema de Justicia abrió las puertas a la celebración de un referendo con efectos vinculantes para consultar al pueblo sobre la convocatoria de una ANC; ello con apoyo, entre otros argumentos, en el carácter “soberano, previo y total” del poder constituyente, en su naturaleza “de poder soberano, ilimitado y principalmente originario”, o en sus facultades absolutas e ilimitadas, lo cual, a juicio de la Corte, impedía que la Constitución vigente vedara su activación.¹¹ Con razón se ha puesto de relieve la perplejidad que ocasiona escuchar esta aseveración en boca de un órgano creado por la Constitución para su propia defensa y que fuera de ella carece de sustento jurídico.¹²

Aparentemente, el máximo tribunal intentaba tender puentes entre el orden constitucional que languidecía, y el emergente, para no colocar un dique que desembocara en una ruptura abierta de consecuencias impredecibles. Pero la forma en que abordó el problema jurídico planteado, al disolverlo, en lugar de resolverlo, con el fluido abrasivo de la omnipotencia política, socavó los propios fundamentos de su actuación contralora y anticipó la caída de la Constitución vigente. En ningún caso una instancia jurisdiccional puede afirmar que algún poder sea total, absoluto o ilimitado a causa de su preestatalidad. Aunque a nuestro juicio el problema reside no solo en la condición y las coordenadas institucionales del órgano autor de tal

¹¹ Sentencia de la Sala Político-Administrativa de la Corte Suprema de Justicia, núm. 17, del 19 de enero de 1999.

¹² Eduardo Piacenza, “Sobre el uso de la noción de poder constituyente originario en el fallo n° 17 del 19/01/1999 de la CSJ: algunos materiales para su discusión académica”, en *Crisis y acción política*, Carabobo, Universidad de Carabobo, 2000, pp. 160 y ss.

afirmación, sino también en la función del derecho en un Estado de tal signo, en el que todo poder jurídico es por definición limitado.¹³

Aquel poder que acaso sea ilimitado en términos políticos no puede tener cabida con tales prerrogativas en un tribunal ni en el Estado de derecho, mucho menos recibir de estos una bendición jurídica, suerte de genuflexión del derecho ante la política. Una constitución no puede impedir o descartar que el poder constituyente se manifieste de manera revolucionaria, pero sí puede aspirar a encauzar el cambio constitucional. Pedro de Vega, cuyo pensamiento sobre el poder constituyente fue invocado como sustento por la sentencia citada de la Corte Suprema de Justicia, ha identificado con claridad el ámbito en el que ha solido predicarse el carácter irrefrenable del poder constituyente:

...el poder constituyente, como fuerza externa al sistema, permanece indemne en toda su pujanza. Al poder constituyente le corresponderá siempre la posibilidad de reformar la Constitución existente o la de establecer una nueva, pero su actuación no podrá explicarse en términos jurídicos, sino por las vías de hecho. La distancia que media entre la actuación del poder de reforma y el poder constituyente es, como ya dijimos, la que separa la acción legal de la revolución.¹⁴

El carácter previo, total o ilimitado que a menudo es atribuido al poder constituyente solo puede explicarse desde esta óptica política o fáctica, no desde la jurídica. No descartamos que una interpretación basada en los principios estructurales o básicos de un orden constitucional pueda justificar jurídicamente, con una constitución que no prevea una asamblea constituyente, la activación del poder constituyente del pueblo, especialmente en los supuestos en los que dicho texto no contemple la iniciativa popular y el referendo en los procedimientos de cambio constitucional, pero en tales casos el derecho tendría que acompañar, *ab initio*, el fundamento y los límites del proceso constituyente.

Desde esta óptica, el poder constituyente posee una dimensión política y otra jurídica, que están en tensión y deben ser conjugadas. Cuando el poder constituyente se ejerce en el marco de una democracia constitucional y sin acudir al golpe de Estado o a la ruptura abierta de sistema, esta impone con mayor fuerza condiciones o límites jurídico-políticos que no pueden ser soslayados.

Si la opinión prevaleciente en el alto tribunal hubiera sido la de permitir, con base en una interpretación (jurídica) de la Constitución de 1961, la celebración del referendo sobre la convocatoria de la ANC, sus mayores esfuerzos dogmáticos habrían debido estar orientados, desde el comienzo, a subrayar la fundamentación jurídica

¹³ Jesús M. Casal, "Reflexiones sobre la Asamblea y el Poder Constituyente", en Ricardo Combellas (coord.), *Constituyente: aportes al debate*, Caracas, Copre, 1998, pp. 3 y ss.

¹⁴ De Vega, *op. cit.*, pp. 238-239.

de la consulta y de la eventual convocatoria de la asamblea constituyente, así como las limitaciones que a estas y a la propia asamblea imponían principios contenidos en dicha Constitución.

Esta vía argumental era posible, desde un razonamiento apoyado, no tanto en la letra o el texto constitucional –que circunscribía la participación política a la elección de los representantes ante los órganos constituidos y que nada decía sobre una asamblea constituyente y sus límites–, sino en los principios básicos o superiores del orden constitucional entonces vigente. Entre estos se encontraban la soberanía popular y el Estado de derecho, así como una comprensión de la democracia en la cual la representación proporcional ocupaba una posición capital. En lugar de cruzar el puente constituyente de la mano del derecho, la Corte se hizo eco de visiones político-decisionistas corrosivas del orden jurídico que luego, tardíamente, intentaría preservar.

Ni siquiera acotó el pronunciamiento judicial que, de acuerdo con el pensamiento fundacional de Sieyès sobre el poder constituyente, su carácter ilimitado se referiría únicamente a la libertad del cuerpo constituyente para definir la forma política de una nación, por cuanto aquel no se encontraría atado al modelo constitucional establecido al aflorar dicho poder, sino solo al derecho natural. Sieyès nunca pensó en la actuación de una instancia plenipotenciaria facultada para concentrar todas las funciones públicas o menoscabar o cercenar desde su instalación el funcionamiento de los órganos del Estado. La sentencia tampoco hizo mención a los derechos humanos como la versión contemporánea del derecho natural invocado por Sieyès, ni al derecho internacional público en general como barrera que ningún poder del Estado, ni siquiera en la etapa constituyente, puede desconocer, y aquí ocupan una posición especial las normas de *ius cogens*.

Las bases comiciales aprobadas mayoritariamente mediante referendo en abril de 1999 aludieron a estas limitaciones, pero ello podría no haber sucedido y el papel de la justicia constitucional debía ser el de advertir sobre la existencia de estas, que tienen un valor objetivo y no dependen de la voluntad de la mayoría. La aceptación jurisprudencial de una invocación directa del poder constituyente del pueblo solo hubiera sido lícita desde la Constitución, no desde la política. Solo así podía ella mantener su supremacía respecto de la consulta popular sobre la convocatoria de una asamblea constituyente, así como respecto del sistema electoral aplicable y del funcionamiento de dicha instancia.

Sin embargo, en la sentencia citada los argumentos jurídicos fueron aderezos de una tesis de fondo de índole política, entendiendo esta expresión en sentido científico. El desgarre jurídico que el pronunciamiento de la Corte Suprema de Justicia comportaba era de tal magnitud que no fue posible remendarlo luego cuando el mismo tribunal pretendió someter al poder constituyente en gestación a la Constitución de 1961, negándole su naturaleza originaria.

Lo que vino después es conocido. La ANC se proclamó originaria y se consideró facultada para invadir la esfera de atribuciones de los órganos constituidos. Esto

comportaba una degradación de la Constitución vigente, del principio de separación de poderes y, a la postre, de la idea de la limitación jurídica del poder inherentes al Estado de derecho.

4.2. Límites del poder constituyente y de la ANC

Desde una perspectiva político-sociológica suele enfatizarse el carácter ilimitado del poder constituyente, como se indicó. Pero también se subrayó que en el pensamiento fundacional sobre dicho poder estaba presente la idea de su limitación. Experiencias como la de Colombia, Venezuela, Ecuador y Bolivia, depuradas de ciertos desafueros en los que se incurrió, han contribuido a perfilar una noción del poder constituyente (originario) que combina la posibilidad y licitud de su irrupción, aun cuando la normativa constitucional en vigor guarde silencio al respecto, con la existencia de limitaciones a su ejercicio.

En estos países, en especial en los tres últimos, los respectivos procesos constituyentes ilustran sobre excesos cometidos contra el Estado de derecho y sobre una visión de la ANC como instancia plenipotenciaria. Sin embargo, la corriente democrática también concurrente en las correspondientes convocatorias y la ulterior previsión de la ANC en tales constituciones han animado una discusión científica que apunta hacia un replanteamiento de la concepción tradicional del poder constituyente.

Cuando el poder constituyente (incluso originario) y su ejercicio directo por el pueblo están contemplados expresamente en una constitución, como ocurre en Venezuela, es mucho más inaceptable una óptica predominantemente política o fáctica acerca del alcance de este poder, ya que ha de atenderse sobre todo a los principios jurídicos superiores propios de la democracia constitucional, dentro de la cual el proceso constituyente se desarrolla. También cuando la interpretación constitucional permite reconocer al pueblo esa facultad, en el seno de un orden constitucional. Como se apuntó, al activarse el poder constituyente en el marco de una democracia constitucional y conforme a sus principios fundacionales y, en parte, con arreglo a su constitución, el tratamiento del poder constituyente no puede ser igual al que algunos autores han efectuado pensando en situaciones de golpes de Estado u otras rupturas similares con el sistema político establecido.

De allí en parte que frente a la caracterización tradicional del poder constituyente como ilimitado se contraponga hoy la de su *autonomía* respecto de la normativa constitucional vigente, es decir, su capacidad para desplegarse aun cuando aquella no lo prevea o permita, lo cual no es incompatible con su condición de poder limitado.¹⁵ En otras palabras, puede irrumpir democráticamente en el espacio público

¹⁵ Humberto Nogueira, "Consideraciones sobre poder constituyente y reforma de la Constitución en la teoría y la práctica constitucional", en *Revista Ius et Praxis*, 2009, pp. 229 y ss.

aunque la Constitución vigente no lo contemple, pero el proceso constituyente, en todas sus fases, debe respetar ciertos principios superiores, pertenecientes a lo que Hauriou denominaba la legitimidad constitucional.¹⁶

Sin entrar en detalles sobre una temática extensa y compleja, suele sostenerse que el poder constituyente está sujeto, principalmente, a los siguientes límites:

- a) Los derechos humanos y sus principios fundamentales de interpretación y aplicación, como el de progresividad.
- b) La democracia y los principios y derechos que le son inherentes, como la soberanía popular, la universalidad del sufragio, las elecciones libres y periódicas, entre otros.
- c) Los contenidos esenciales del Estado de derecho, cuya existencia es indispensable para afirmar que estamos ante una democracia constitucional.
- d) Las obligaciones internacionales del Estado asumidas en tratados internacionales.
- e) Las normas imperativas de derecho internacional o de *ius cogens*.

En ocasiones se añade la referencia a los elementos existenciales del Estado o a ciertos presupuestos históricos de la constitución. También se han aducido límites de naturaleza funcional, relativos a la labor constituyente, que no debería comportar una concentración de los poderes del Estado en la ANC, y de índole temporal. Como cuerpo extraordinario que es, la ANC debe estar sujeta a un periodo de funcionamiento.

Las bases comiciales aprobadas en referendo en 1999 reflejaban en buena medida estos linderos. En particular, la base comicial octava establecía que la ANC tenía “como límites los valores y principios de nuestra historia republicana, así como el cumplimiento de los tratados internacionales, acuerdos y compromisos válidamente suscritos por la República, el carácter progresivo de los derechos fundamentales del hombre y las garantías democráticas, dentro del más absoluto respeto de los compromisos asumidos”.

Con apoyo en esta base comicial, la Corte Suprema de Justicia¹⁷ y, luego, la Sala Constitucional declararon que podían ejercer un control de validez sobre los actos de la ANC.

Estos límites fueron recogidos de manera casi literal en el Anteproyecto de Constitución considerado por la ANC de 1999¹⁸ y después quedaron plasmados, en lo esencial, en el artículo 350 de la Constitución. Originalmente, la redacción de la norma se refería solamente a los límites de la ANC, al igual que la base comicial octava, pero durante la elaboración de la Constitución se dio al artículo respectivo

¹⁶ Maurice Hauriou, *Derecho Público y Constitucional*, Madrid, Reus, 1927, pp. 326 y ss.

¹⁷ Sentencia de la Corte Suprema de Justicia, en Sala Plena, del 14 de octubre de 1999.

¹⁸ Chávez, *op. cit.*

una formulación más amplia, de tal modo que las condiciones de legitimidad contempladas en el artículo 350 son aplicables a cualquier manifestación de poder público, no solo a la ANC.

Esto implica que, al producirse la aprobación en referendo de la Constitución de 1999, el pueblo determinó los límites que habrían de regir cualquier proceso constituyente iniciado en el futuro, a los cuales podrían añadirse otros, según lo establecido en las correspondientes bases comiciales. Tales limitaciones operan respecto de la ANC y también frente al mismo poder constituyente, ya que el pueblo, al ejercerlo, no podría aprobar unas bases comiciales ni una nueva Constitución que fueran contrarios a aquellas.

La base comicial décima primera de la ANC, irritamente convocada por Nicolás Maduro, ha reproducido la base comicial octava, aunque carece evidentemente de la significación que tiene la de 1999, que sí fue objeto de aprobación popular y podía considerarse como una autolimitación del poder constituyente y una restricción que este imponía a la ANC. En todo caso, las premisas conceptuales explicadas indican que, incluso en ausencia de tal base comicial, existen principios superiores que limitan el poder constituyente. Hoy están plasmados en el artículo 350 de la Constitución, que alude a:

- a) El pueblo (como titular de la soberanía y protagonista del proceso político).
- b) Los derechos humanos (interpretados a la luz de los principios constitucionales correspondientes, como el de progresividad, interdependencia e indivisibilidad; art. 19 constitucional).
- c) Las garantías democráticas (con todas sus implicaciones).
- d) La tradición republicana (la “tradición de cultura” a la cual aludió la Corte Suprema de Justicia en 1999).

Si bien este artículo no menciona a los tratados internacionales, estos fijan obligaciones que deben ser respetadas en todo momento por el Estado –en los términos de la vigencia de los tratados–, por fuerza del propio derecho internacional público, al igual que las normas de *ius cogens*.

Es preciso apuntar que estos límites últimos del poder constituyente y de la ANC sustentan otros que se desprenden de diversas disposiciones constitucionales, contenidas paradigmáticamente en el Título I o en el Título III de la Constitución.

Por último, es necesario aludir al artículo 349 de la Constitución, que evoca la apoteosis de poder irrestricto escenificada en la ANC de 1999. En particular, la norma según la cual “los poderes constituidos no podrán en forma alguna impedir las decisiones de la Asamblea Nacional Constituyente” refleja sin duda la intención de los constituyentes de que una futura ANC tuviera el carácter plenipotenciario que había asumido la que ellos integraban. Sin embargo, más allá de esa intención, la Constitución y los principios superiores que la sostienen se oponen a una interpretación del artículo 349 que se traduzca en reconocer a la ANC poderes ilimitados.

Me inclino a sostener que el sentido que ha de atribuírsele a este precepto a la luz de tales postulados estriba en que los poderes constituidos no pueden adoptar medidas o dictar actos que impidan a la ANC cumplir su misión constitucional, cuyo eje funcional es la redacción de una nueva constitución. Esto implica interpretar adecuadamente, a su vez, el artículo 347 de la Constitución, que no puede ser entendido como una norma que autoriza a la ANC a transformar el Estado o establecer un nuevo ordenamiento jurídico al margen de la nueva constitución; es decir, con autonomía respecto de la elaboración y referendo de esta.

En la “operación constituyente”, en palabras de Hauriou, el Estado se transforma y el ordenamiento jurídico se regenera por medio de la nueva constitución. A lo sumo cabría admitir que la ANC emita actos de ejecución inmediata que hagan posible su funcionamiento y que enfrenten acciones de poderes constituidos que menoscaben su campo de actuación. Siempre bajo la premisa de que las medidas que adopte deben ser en principio reversibles, pues el rechazo popular de la Constitución redactada por la ANC debería comportar la cesación de los respectivos efectos.

En todo caso, está claro que la pretendida ANC que ha sido convocada tendrá una lectura distinta acerca de sus propios poderes. Aunque no surgió del ejercicio del poder constituyente por su titular, el pueblo, y no puede en consecuencia exhibir la legitimidad y la condición de ANC, si logra instalarse se erigiría en plenipotenciaria y daría lugar, por tiempo indefinido, al despliegue de un poder absoluto que abrasaría a los órganos que han mantenido su independencia del Ejecutivo, y se atribuiría competencias legislativas y tal vez jurisdiccionales.

Ya algunos voceros oficialistas se han referido a la aprobación de leyes constitucionales por la ANC o a la imposición de inhabilitaciones políticas por una comisión de la verdad creada por dicha instancia. Lo primero es evidentemente una extralimitación, lesiva del Estado de derecho y de la democracia, más aún si se pretende que tales leyes tengan rango constitucional con carácter permanente y con prescindencia del referendo sobre la nueva Constitución, y lo segundo vulnera flagrantemente derechos humanos. Pero aquella sería la concepción predominante y sería iluso pensar que la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, artífice político fundamental para la consolidación del autoritarismo gubernamental, ejerza control alguno frente a tales desafueros. Quedarían, sin embargo, a la disposición ciertas vías internacionales de reclamo en materia de derechos humanos.

5. Reflexión final

En síntesis, es el pueblo el que puede decidir, mediante referendo, si convoca o no una ANC y el que debe aprobar los términos de su integración (elección de sus miembros y número de estos), periodo de funcionamiento, eventuales límites de la ANC adicionales a los reflejados en la Constitución, entre otros aspectos.

Además, debe rechazarse la conformación corporativa, orgánica o sectorial de una parte de la ANC, así como el desconocimiento del carácter federal del Estado y del principio de representación proporcional que comporta el sistema territorial contemplado en las bases comiciales.

Bibliografía

- BREWER-CARÍAS, Allan, *La inconstitucional convocatoria de una Asamblea Nacional Constituyente en fraude a la voluntad popular*, Caracas/Nueva York, Editorial Jurídica Venezolana Internacional, 2017.
- CASAL, Jesús M., “Reflexiones sobre la Asamblea y el Poder Constituyente”, en COMBELLAS, Ricardo (coord.), *Constituyente: aportes al debate*, Caracas, Copre, 1998.
- CHÁVEZ, Hugo, *Ideas fundamentales para la Constitución Bolivariana de la V República*, Caracas, Presidencia de la República, 1999.
- DE CABO MARTÍN, Carlos, *La Reforma constitucional en la perspectiva de las fuentes del Derecho*, Madrid, Trotta, 2003.
- DE VEGA, Pedro, *La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente*, Madrid, Tecnos, 1999.
- HAURIOU, Maurice, *Derecho Público y Constitucional*, Madrid, Reus, 1927.
- KRIELE, Martin, “Das demokratische Prinzip im Grundgesetz”, en *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer*, 29, Berlín-Nueva York: Walter de Gruyter, 1971.
- LOEWENSTEIN, Karl, *Teoría de la Constitución*, Barcelona, Ariel, 1986.
- NOGUEIRA, Humberto, “Consideraciones sobre poder constituyente y reforma de la Constitución en la teoría y la práctica constitucional”, *Revista Ius et Praxis*, 2009, pp. 229 y ss.
- PIACENZA, Eduardo: “Sobre el uso de la noción de poder constituyente originario en el fallo n° 17 del 19/01/1999 de la CSJ: algunos materiales para su discusión académica”, en *Crisis y acción política*, Carabobo, Universidad de Carabobo, 2000, pp. 160 y ss.
- VANOSI, Jorge, *Teoría constitucional I (Teoría constituyente)*, Buenos Aires, Depalma, 1975.

VOLVER A LA TABLA DE CONTENIDO

Sibylle Kessal-Wulf* (Alemania)

El papel de la justicia constitucional en el Estado democrático de derecho**

RESUMEN

En este artículo se plantean cuestiones fundamentales sobre el papel del parlamento en un Estado democrático, así como su relación con el Tribunal Constitucional Alemán. En este contexto, se analiza la relación del parlamento, como órgano de decisiones políticas, con el control del Tribunal Constitucional sobre sus funciones y competencias. Igualmente, se evidencia cómo estas interrelaciones son básicas para garantizar la democracia en un Estado de derecho.

Palabras clave: justicia constitucional, Tribunal Constitucional Alemán, Estado de derecho.

ZUSAMMENFASSUNG

Der Artikel wirft einige grundlegende Fragen zur Rolle des Parlaments im demokratischen Staat sowie über sein Verhältnis zum Bundesverfassungsgericht auf. In diesem Kontext wird das Verhältnis des Parlaments, also des mit den politischen Entscheidungen betrauten Organs, zur Kontrolle seiner Funktionen und Kompetenzen durch das Verfassungsgericht analysiert. Zugleich wird dargelegt, inwiefern dieses Zusammenspiel von grundlegender Bedeutung für den Erhalt der Demokratie im Rechtsstaat ist.

Schlagwörter: Verfassungsgerichtsbarkeit, Bundesverfassungsgericht, Rechtsstaat.

* Jueza del Tribunal Constitucional Alemán, segundo Senado. Abogada de la Universidad de Kiel, Alemania, donde también terminó su doctorado. Ha publicado varios libros y artículos sobre diferentes temas constitucionales, jurídicos y éticos.
skessal-wulf@bundesverfassungsgericht.de

** Ponencia presentada en el XXIII Encuentro Anual de Presidentes y Magistrados de Tribunales y Salas Constitucionales de América Latina, Brasilia (Brasil), del 1 al 3 de julio de 2017.

SUMMARY

This article poses fundamental questions about the role of the parliament in a democratic State, as well as about its relationship with the German Constitutional Court. In this context, the article analyzes the relationship of the parliament, as a political decision-making body, with the Constitutional Court's review of its functions and jurisdiction. The article also shows how these interrelationships are basic for guaranteeing democracy based on the rule of law.

Key words: Constitutional justice, German Constitutional Court, rule of law.

Introducción

“El Parlamento es el centro de la democracia”. Esta sentencia constituye el eje central de una contribución de Paul Kirchhof, profesor de Derecho Público y antiguo juez del Tribunal Constitucional Federal, a una publicación.¹ Su artículo incluye la siguiente afirmación:² “Las constituciones modernas regulan instituciones, procedimientos y efectos vinculantes sustantivos, con la finalidad de aprovechar al máximo el conocimiento disponible en una sociedad para el ejercicio del poder y de prevenir, en lo posible, los actos arbitrarios”.

Los efectos vinculantes sustantivos sobre el ejercicio del poder –es decir, del poder del Estado–, a los que Paul Kirchhof se refiere, se manifiestan sobre todo en los derechos humanos. Las mencionadas disposiciones institucionales y procedimentales, en cambio, deben garantizar que todas las decisiones del Estado estén sustentadas por la voluntad del pueblo. Al respecto el artículo 20, apartado 2 de nuestra Ley Fundamental (Constitución alemana) establece expresamente: “Todo poder del Estado emana del pueblo”.

Dado que la República Federal de Alemania ha adoptado el régimen de la democracia *representativa*, la generación de la voluntad política del pueblo se procesa a través de una representación electa cuyo cometido es la toma de decisiones autorresponsables. Por tanto, el Parlamento se define como el “*centro de la toma de decisiones* de la democracia”.

Sin embargo, al constituirse el Parlamento en el centro de la democracia, ¿qué lugar le corresponde a la justicia constitucional en el Estado democrático de derecho, y qué funciones cumple? Este es un tema que está en debate desde los inicios de la justicia constitucional. Quienes asistieron hace dos años al encuentro de jueces constitucionales en Costa Rica recordarán el comienzo de mi ponencia de aquel entonces: “*Gouvernement des juges* – el gobierno de los jueces”.

¹ Paul Kirchhof, “Das Parlament als Mitte der Demokratie”, en Peter M. Huber, Mucharl Brenner y Markus Möstl (eds.), *Der Staat des Grundgesetzes – Kontinuität und Wandel. Festschrift für Peter Badura zum siebzigsten Geburtstag*, Tübingen, Mohr-Siebeck, 2004, pp. 237 ss.

² *Ibid.*, p. 240 (n. 2).

Este fue el título de un libro³ publicado por el jurista francés Édouard Lambert en 1921, que se dedicó al análisis crítico de las tendencias observadas en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Estados Unidos. La publicación trataba del control constitucional excesivo de la legislación y la función de “legislador subrogante” asumida por el tribunal constitucional en ese proceso, con el resultado –citando a [E.-W.] Böckenförde, catedrático de teoría del Estado, filósofo del derecho y antiguo juez constitucional– de una “transición del Estado parlamentario al Estado orientado por la jurisprudencia constitucional”⁴.

En este contexto, el presidente del Tribunal Constitucional Federal, Voßkuhle, habla incluso de una tensión “natural” entre la política y la justicia constitucional,⁵ y ex presidente del Parlamento alemán, Lammert, publicó un artículo periodístico⁶ en el cual acusó al Tribunal Constitucional Federal de actuar con “celo judicial excesivo” y de manifestar una “pretensión decisoria” que, a su entender, en ocasiones alcanza niveles problemáticos.

A continuación trataremos de dilucidar las siguientes preguntas: ¿Acaso (ya) no se debe entender el Parlamento como el “centro de la toma de decisiones de la democracia”, sino al Tribunal Constitucional, en tanto espacio en el que “el poder judicial actúa con confianza”? ¿Realmente se ha producido una “desparlamentarización” de la actividad legislativa bajo la “autoridad sobresaliente” del Tribunal Constitucional que define y, en última instancia, restringe el margen de acción de la política –y por ende también del Parlamento– a partir de sus interpretaciones vinculantes de la Constitución? ¿Es válida la tesis de la omnipresencia del “poder de los jueces”, y realmente se debe temer a los jueces constitucionales por su papel de “legisladores subrogantes”? ¿Se han desplazado, por tanto, las decisiones fundamentales desde el centro de la democracia hacia otros actores?

1. La justicia constitucional

Veamos en primer lugar el papel que la Ley Fundamental alemana asigna a la justicia constitucional; sobre esta base podremos buscar una respuesta a la pregunta de cómo encontrar el camino hacia una justicia constitucional sólida y eficiente.

³ Édouard Lambert, *Le Gouvernement des Juges et la lutte contre la législation sociale aux États-Unis*, Paris, Giard, 1921.

⁴ E.-W. Böckenförde, *Zur Lage der Grundrechtsdogmatik nach 40 Jahren Grundgesetz*, München, Carl Friedrich von Siemens Stiftung, 1989, pp. 61 ss.; *idem*, *Gesetz und gesetzgebende Gewalt*, Berlin, Duncker & Humblot, 1981, p. 402.

⁵ Con mayor detalle sobre el tema, Andreas Voßkuhle, en von Mangoldt/Klein/Starck, *Kommentar zum Grundgesetz*, artículo 93 nm. 35 ss.

⁶ Cfr. Norbert Lammert, en “Lammert fordert Zurückhaltung”, *FAZ*, 10 de mayo de 2017. Disponible en: <http://www.faz.net/aktuell/politik/inland/bundesverfassungsgericht-lammert-fordert-zurueckhaltung-15009324.html>.

Para estar a la altura de las expectativas puestas en la justicia constitucional, esta debe cumplir las siguientes condiciones: (i) actuación “de igual a igual” con los otros órganos constitucionales; (ii) atribuciones jurídico-constitucionales claras; y (iii) una comprensión cierta de las funciones de la justicia constitucional en la estructura institucional a nivel nacional e internacional. Cabe agregar, a su vez, (iv) unas normas claramente perfiladas para el control sustantivo de la legislación aprobada por el Parlamento. Por último, (v) se debe asegurar la implementación de las decisiones del Tribunal Constitucional.

1.1. La justicia constitucional en Alemania

El Tribunal Constitucional Federal es un órgano constitucional, al igual que el Parlamento alemán (*Bundestag*), el Consejo Federal (*Bundesrat*), el Gobierno y el presidente. Este estatus refleja el hecho de que el Tribunal Constitucional debe ser efectivamente independiente para poder cumplir las funciones asignadas, y que solo de esta manera sus decisiones logran la debida aceptación. La limitación del poder estatal por un tribunal autónomo con rango constitucional, que precisamente por esta razón está en condiciones de enfrentarse a los demás órganos constitucionales “de igual a igual”, es un elemento relevante, constitutivo e imprescindible del Estado de derecho.

Sobre esta base, el relacionamiento entre los órganos constitucionales nacionales se debe caracterizar por el respeto mutuo. No obstante, algunas decisiones del Tribunal Constitucional Federal pueden ser objeto de críticas, sobre todo desde la política. Se trata de una consecuencia inevitable, casi lógica, del ejercicio de la función de control del Tribunal Constitucional que refleja la relación de tensión ya mencionada entre la política, por un lado, y la justicia constitucional, por el otro. Una institución como el Tribunal Constitucional Federal debe vivir con los cuestionamientos –ellos son expresión de un diálogo jurídico-constitucional crítico, aunque siempre centrado en los hechos– y reflexionar sobre ellos, cuando corresponda.

1.2. Anclas legales para el funcionamiento efectivo

El artículo 93 de la Constitución establece los cometidos del Tribunal Constitucional Federal a nivel nacional, que pueden ser resumidos en una frase: es el garante del respeto de la Ley Fundamental en la República Federal de Alemania. Así, como institución expresamente mencionada y destacada en la Ley Fundamental, vela por el cumplimiento de las normas formales y sustantivas de la Constitución.

Esto vale sobre todo para la implementación de los derechos fundamentales de los ciudadanos; uno de sus ejes lo constituye el recurso de amparo constitucional individual, un recurso a disposición de todos los ciudadanos que consideran que sus derechos fundamentales fueron vulnerados por el poder público. Este acceso al Tribunal Constitucional –según Häberle, el “camino real” entre las opciones

disponibles—,⁷ se complementa con el recurso de amparo contra disposiciones normativas, de modo que todos los ciudadanos tienen la posibilidad —si se cumplen determinados requisitos formales estrictos— de solicitar el examen jurídico-constitucional de lo actuado en el “centro de la toma de decisiones de la democracia”: el Parlamento.

El Tribunal Constitucional Federal interviene, además, en la solución de las controversias entre otros órganos constitucionales en torno a sus respectivos derechos y obligaciones (conflictos entre organismos estatales), así como en las controversias relacionadas con el funcionamiento del sistema federal; es decir, entre la federación y los estados federados, los *Länder*. Actúa, asimismo, a partir de la acción de inconstitucionalidad abstracta (a solicitud del Gobierno federal, un gobierno estatal o un cuarto de los integrantes del *Bundestag*) y la acción de inconstitucionalidad concreta (a pedido de un tribunal de instancia).

En este contexto, cabe consignar muy especialmente la importancia del derecho en general, y del derecho constitucional, más específicamente. En el moderno Estado democrático de derecho, los actos de todos los poderes del Estado deben estar *subordinados al derecho*. Esta concepción del Estado de derecho está muy marcada en la Ley Fundamental. Además, Immanuel Kant ya caracterizó de manera muy acertada la relación existente entre el derecho y la política⁸: “el derecho jamás ha de adaptarse a la política, pero la política siempre al derecho”.

En otras palabras, la sociedad debe vivir con la existencia de intereses múltiples —a veces antagónicos— y su influencia sobre la política. La tarea primordial de la Constitución y, por ende, también del Tribunal Constitucional, en tanto guardianes de la Constitución, consiste en asegurar que los grupos políticos no instrumentalicen el derecho —sobre todo, el derecho constitucional— para su respectivo beneficio.

De manera especial, las *definiciones basadas en valores inamovibles* del artículo 79, apartado 3 de la Ley Fundamental imponen límites absolutos a todos los actos del Estado. Así, los fundamentos de nuestra nación, consagrados en la llamada “cláusula de eternidad” —Estado de derecho, democracia, dignidad humana y principio federal—, no pueden ser suprimidos, ni siquiera por una enmienda constitucional.

Esto, que podríamos llamar la “domesticación” del poder (político) con la ayuda del derecho, significa que ningún intento de pasar por encima del derecho en nombre de una supuesta “falta de alternativas” —que se debería a determinadas condiciones políticas y económicas o se generaría a partir de la tan mentada “fuerza sugestiva de los hechos”—, puede ser aceptado sin oposición y debe ser resistido.

Por último, tanto la eficacia como la efectividad de la justicia constitucional están intrínsecamente relacionadas con el posicionamiento y la actitud profesional

⁷ Peter Häberle, *Jahrbuch des Öffentlichen Rechts*, Neue Folge Band 45, Tübingen, Mohr-Siebeck, 1997, pp. 89, 112.

⁸ Cfr. Gustav Hartenstein (ed.), *Immanuel Kant's Sämtliche Werke*, Leipzig, L. Voss, 1876, p. 311.

de los jueces constitucionales. James Madison, más adelante el cuarto presidente de Estados Unidos de América, acuñó la frase: “En los órganos colectivos jamás cesa la pasión por arrebatarle el cetro a la razón”.⁹ Estas palabras, pronunciadas por un integrante del Tribunal Constitucional Federal en el contexto del tema de esta conferencia, adquieren carácter de broma. Sin embargo, la cita –con una formulación sin duda exagerada– encierra múltiples significados, por lo que no se debía obviar. Ciertamente, el Tribunal Constitucional Federal y sus dos cámaras dan sobradas muestras de pasión: pasión por el derecho y la justicia. Aunque siempre antepone la razón a la pasión, y de esta forma se beneficia de la heterogeneidad y la independencia material y personal de sus integrantes.

De esta manera se fortalece la confianza duradera en la jurisprudencia constitucional, orientada exclusivamente por el derecho y libre de influencias políticas, y se asegura sobre todo la aceptación tan importante de las decisiones que ya cuenta con un sólido respaldo en la población, es decir en el “pueblo del Estado”.

En Alemania, los jueces constitucionales se eligen mediante un proceso con legitimación democrática (el *Bundestag* aporta la mitad de los votos, el *Bundesrat* la otra y el derecho de propuesta corresponde a los partidos políticos). A su vez, no pueden ser reelectos, por lo que durante su mandato pueden tomar sus decisiones con total libertad e independencia. Ellos hablan incluso de su “ingratitude debida” hacia la fuerza política que los propuso para el cargo. Al respecto hay que diferenciar con mucha precisión: sin lugar a dudas, y casi inevitablemente, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal adquiere una dimensión política, porque sus decisiones se refieren a antecedentes propios de la esfera política –sin ir más lejos, los actos legislativos del Parlamento, donde la mayoría política de turno tiene un peso dominante–, y porque el impacto y los efectos de sus decisiones alcanzan dicha esfera.

Pensemos al respecto en las decisiones de nulidad legislativa, la delimitación de las competencias entre los órganos constitucionales, la protección de los derechos de las minorías parlamentarias o la interpretación y estructuración de algunos principios jurídico-constitucionales, como por ejemplo, el principio del Estado social. El derecho constitucional es, necesariamente, un “derecho político”; pero las decisiones de los jueces constitucionales no son “políticas” en el sentido de otorgar un trato preferencial a determinadas tendencias políticas.

En este contexto, la ya mencionada diversidad en la composición de las dos cámaras del Tribunal Constitucional Federal, con jueces procedentes de los tribunales federales superiores y otros integrantes (según el art. 94 de la Ley Fundamental, doctores de Derecho Público, abogados o antiguos políticos, entre otros), opera como el control de calidad más confiable de la jurisprudencia constitucional. Es el garante

⁹ James Madison, “The Federalist No. 55”, *The Federalist Papers*, 1788. Disponible en: <https://www.congress.gov/resources/display/content/The+Federalist+Papers#TheFederalistPapers-55>.

de que los casos sean juzgados desde todos los ángulos imaginables y partiendo de los horizontes de experiencia profesional y personal más diversos. La permanencia en el cargo durante 12 años previene asimismo la “fossilización” de la jurisprudencia constitucional y, por ende, también de la Constitución, porque continuamente los jueces nuevos, con experiencias profesionales y personales actualizadas, pueden aportar su visión “modernizada” de los casos y sus interpretaciones jurídico-constitucionales.

1.3. La justicia constitucional en el contexto europeo

El Tribunal Constitucional Federal se ha asegurado también un lugar en el entramado institucional internacional y no ha dejado de fortalecer especialmente las competencias y potestades, y la posición del *Bundestag* alemán (es decir, el parlamento nacional) y de sus integrantes a través de sus sentencias. Tomemos el ejemplo de Europa y el proceso de integración europea para explicar lo expuesto. En todo momento, el Tribunal Constitucional Federal se ha esforzado y continúa trabajando por garantizar la legitimidad democrática del poder soberano y con él, la capacidad de actuar de las instituciones nacionales en el marco de ese proceso y durante la superación de crisis en el seno de la Unión Europea.

Si bien nuestra Constitución tiene una estructura “amigable con la integración” (art. 23 de la Ley Fundamental) –es decir, orientada a la realización de la Europa unificada–, prohíbe el traspaso de poderes con consecuencias imprevisibles a los órganos de la unión u a otras naciones. Por tanto, “no se deben crear mecanismos legales del derecho internacional por los que se asuma implícitamente la responsabilidad para las decisiones de otros Estados”.¹⁰ En otras palabras, el *Bundestag* alemán no debe entrar en relaciones de dependencia –casi automáticas– de la voluntad de terceros, que lo despojarían de sus potestades de decisión y sus posibilidades de estructuración, y socavarían en última instancia el derecho a voto de la población alemana conforme al artículo 38 de la Ley Fundamental su autodeterminación democrática.

Paralelamente, el Tribunal Constitucional Federal presta especial atención al fortalecimiento del Parlamento, al asegurar que los procesos democráticos al interior del “centro de la toma de decisiones” funcionen adecuadamente. Se ocupa sobre todo de los mecanismos que garanticen una oposición eficaz. La organización y el ejercicio de la oposición política son elementos constitutivos de todo régimen democrático liberal.¹¹ El control parlamentario del Gobierno no le cabe al Parlamento en su conjunto, sino también, específicamente, a los diputados y las bancadas que *no* apoyan al Gobierno.

¹⁰ Cfr. por ejemplo, *Decisiones del Tribunal Constitucional Federal* (BVerfGE, por su sigla en alemán) 129, 124, 180; BVerfG, Sentencia del segundo Senado del 07 de septiembre 2011-2 BvR 987/10.

¹¹ BVerfG, Sentencia del segundo senado del 30 de junio de 2009-2 BvE 2/08.

En tanto oposición parlamentaria, son los adversarios naturales del Gobierno y de la mayoría que lo respalda.¹² La oposición parlamentaria dispone de esas potestades de control, no solamente por su propio bien, sino sobre todo por el bien del Estado democrático y organizado sobre la base de la separación de poderes, para ejercer el control público del Gobierno, que cuenta con el respaldo de la mayoría, y de sus órganos ejecutivos.

1.4. Los deberes del Tribunal Constitucional Federal

Más allá de esta función, el Tribunal Constitucional Federal debe ejercer también el control del propio “centro de la toma de decisiones”. Más específicamente, debe verificar la constitucionalidad de las leyes aprobadas por el Parlamento y solucionar las controversias en torno a las competencias del “centro de la toma de decisiones” y los otros órganos constitucionales.

El Tribunal Constitucional Federal actúa exclusivamente *a petición*. Así, no existe derecho de iniciativa alguno que lo habilite a pronunciarse sobre cuestiones jurídico-constitucionales. Por esta razón, el Tribunal jamás se manifiesta “en abstracto”; es decir, sin referencia a un proceso concreto, sino que examina exclusivamente los antecedentes puntuales que son sometidos para su decisión en el marco de una causa prevista por el Código del proceso constitucional (respetando los requisitos formales previstos para esos casos). Esto es así, en especial con el recurso de amparo, la acción de inconstitucionalidad y el conflicto entre organismos estatales. Se trata de un mecanismo de gran eficacia para prevenir posibles excesos en el ejercicio de la función de la justicia constitucional. Si bien la misma está facultada para cumplir la función de guardiana de la Constitución y velar por el cumplimiento de las normas jurídico-constitucionales en el marco del sistema de separación de poderes, no está autorizada a transgredir las potestades inmediatas que la Constitución le ha conferido y a excederse en sus funciones por actuar de oficio.

La Constitución es el estándar de control –en realidad, el único– para las normas importantes y los actos de poder soberano que deben ser examinados. De aquí otra razón importante sobre por qué el Tribunal Constitucional Federal está en condiciones de cumplir su cometido primordial de preservar la Ley Fundamental y asegurar su supremacía. La tan mentada afirmación, “El Tribunal Constitucional no es una instancia de revisión suprema” debe ser entendida desde esta perspectiva.¹³

De modo que, por principio, no se involucra jamás en el desarrollo de una causa, la aplicación y la interpretación del derecho común, el examen de los hechos y la valoración de las pruebas. Lo anterior, pues estas áreas forman parte de las competencias de los juzgados. Interviene, en su lugar, solo cuando se produce una

¹² BVerfG, Sentencia del 3 de mayo de 2016-2 BvE 4/14, NVwZ 2016, 922, núm. 87.

¹³ Cfr. por ejemplo, BVerfGE, 53, 30, 53: el Tribunal Constitucional Federal debe cuidarse de ser percibido como “instancia suprema”.

vulneración específica del derecho constitucional: cuando el fundamento jurídico de las decisiones es ilegal. En otras palabras, cuando el manejo del derecho común resulta manifiestamente arbitrario, si de otra forma no se puede asegurar la eficacia indirecta de los derechos fundamentales, cuando determinados derechos procesales son menoscabados –por ejemplo, el derecho al juez o el derecho de audiencia–, o cuando se exceden los límites de la evolución del derecho jurisprudencial.

Con respecto al examen de la legislación, el Tribunal Constitucional tiene la competencia exclusiva de recusación: el monopolio de decretar la inconstitucionalidad de una norma. Así, antes de aplicar el derecho, los juzgados verifican la conformidad constitucional de las normas que a su criterio resulten relevantes para resolver los casos en cuestión. De establecer la conformidad pueden aplicar dichas normas; en cambio, si están convencidos de su inconstitucionalidad, deben remitir la cuestión al Tribunal Constitucional Federal.

Este ejerce el derecho de decisión en última instancia y, por ende, de interpretación vinculante de la Constitución. Así lo exige el respeto al legislador que estableció la norma en cuestión en un proceso democráticamente legitimado. No le compete a los juzgados de la causa declarar la inconstitucionalidad de la norma, sino únicamente al Tribunal Constitucional (a su vez, un órgano constitucional) a través de un *actus contrarius*.

El Tribunal Constitucional Federal otorga un amplio margen de decisión y estructuración al legislador cuando se trata de decidir qué disposición legal resulta necesaria, políticamente practicable, socialmente razonable y factible, y cuál será la opción más justa entre todas las posibilidades. Únicamente el legislador decide de qué manera debe cumplir las tareas que le fueron encomendadas. Dispone de un amplio margen de acción –en su calidad de centro de la toma de decisiones democráticas– que contrasta con un control jurídico-constitucional prudente.

Por tanto, el Tribunal Constitucional Federal no reemplaza la competencia del legislador con la suya, ni sustituye una decisión justificable de este con otra de su autoría; incluso cuando esta podría ser igualmente justificable reconoce de manera expresa la prerrogativa de apreciación del legislador y el margen de tolerancia de su pronóstico. Igualmente prudente se presenta el control jurídico-constitucional, aunque su alcance no puede ser definido de forma abstracta. Así, el Tribunal Constitucional Federal recién interviene en los casos relacionados con el cumplimiento del deber de protección, cuando resulta *evidente* que el legislador no lo está haciendo.

La Constitución, si bien formula la *protección* como objetivo, se abstiene de establecer los detalles de su formulación, que recae exclusivamente en la responsabilidad del legislador. De esta manera, el Tribunal Constitucional Federal solo puede decretar la vulneración del deber de protección en los casos en que se omitió tomar las precauciones de protección, en que las disposiciones y medidas resultan evidentemente inadecuadas o notoriamente insuficientes para alcanzar el objetivo de protección establecido, o si su alcance queda muy lejos de dicho objetivo.

Con respeto al precepto general de igualdad ante la ley del artículo 3, apartado 1 de la Ley Fundamental, que obliga al legislador a tratar igual a los iguales y desigual a los desiguales, en cambio, se aplica un estándar jurídico-constitucional para la evaluación que se orienta por el principio de la proporcionalidad y que, dependiendo del asunto por regular y sus características diferenciales, va desde la simple prohibición del trato arbitrario hasta la vinculación estricta de los requisitos de proporcionalidad. Gracias a esta diferenciación de los estándares de control, se asegura que el Tribunal Constitucional interviene siempre en la medida de lo necesario y, al mismo tiempo, con el debido cuidado para corregir al legislador.

Ahora bien, no quisiera dejar de referirme a los llamados “trasplantes”¹⁴ en el sentido más amplio, sobre todo la incorporación sin tensiones ni conflictos de acuerdos del derecho internacional al sistema constitucional (nacional) preexistente.

Tomemos como ejemplo el Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH) y la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH). Así como el Tribunal Constitucional Federal es el garante de la Ley Fundamental, el TEDH lo es para el CEDH. Por lo general, esta “doble” protección de los derechos humanos y fundamentales a nivel nacional y supranacional opera en consonancia, aunque en algunas ocasiones puede generar resultados discordantes. Para iniciar una causa ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos se debe haber agotado la vía judicial a nivel nacional, incluido el recurso de amparo constitucional ante el Tribunal Constitucional Federal. De esta manera, el TEDH tiene la posibilidad de examinar las decisiones del Tribunal Constitucional Federal y de objetar como incompatibles con el Convenio, incluso aquellos actos soberanos cuya conformidad con la Ley Fundamental fue anteriormente confirmada por el Tribunal Constitucional Federal. En algunas ocasiones esto ha acontecido en el pasado reciente.

En un primer momento, el Tribunal Constitucional Federal clasificó al Convenio como una simple ayuda de interpretación sin rango constitucional, para “la definición de los contenidos y el alcance de los derechos fundamentales [nacionales] y los principios del Estado de derecho”.¹⁵ Esta visión se apoyaba en el carácter jurídico formal del Convenio, porque desde la perspectiva de nuestra Ley Fundamental, las disposiciones del derecho internacional cuya incorporación al derecho nacional se realiza –como en el caso del Convenio– a través de una ley aprobatoria del *Bundestag* alemán, tienen la categoría de una ley (federal) común y, por tanto, subordinada a la Constitución.¹⁶

¹⁴ Cfr. al respeto Roberto Gargarella, “Verfassungsgebung in Lateinamerika einst und jetzt: Themen und Thesen”, en *Jahrbuch des Öffentlichen Rechts*, Neue Folge Band 63, Tübingen, Mohr-Siebeck, 2015, pp. 543, 550 ss.

¹⁵ BVerfGE, 74, 358, 370.

¹⁶ BVerfGE, 128, 326, 367, con referencias adicionales.

En una decisión de principio (*Görgülü*)¹⁷ del año 2004, que hacía referencia a la apertura del orden jurídico alemán al derecho internacional, el Tribunal Constitucional Federal modificó esta jurisprudencia, por lo menos para el ámbito del CEDH. Concretamente se trataba de lo siguiente: la decisión se originó en un litigio sobre la custodia de un hijo natural entre su padre biológico y sus padres de acogida, a cuyo cuidado el niño fue entregado pocos días después de nacer. A juicio del TEDH, la negación del derecho de contacto y de la custodia del padre de un hijo natural por los juzgados de familia alemanes, constituía una violación del derecho del padre al respeto de su vida familiar (art. 8, apartado 1 del CEDH), por lo que dio lugar a su recurso de amparo.¹⁸

Seguidamente, el juzgado de familia competente de Alemania de segunda instancia se negó nuevamente a dictar una sentencia cautelar que permitiera el contacto del padre con el niño, aduciendo que el carácter vinculante de la decisión del TEDH alcanzaría solamente a la República Federal de Alemania como sujeto de derecho internacional, sin incluir sus órganos de jurisprudencia. Otro recurso de amparo constitucional del padre, reprimiendo la implementación deficiente de la sentencia por los juzgados de familia, fue exitoso.

El Tribunal Constitucional Federal fundamentó su decisión en la violación del derecho fundamental del padre conforme al artículo 6 de la Ley Fundamental, en conjunción con la vulneración del principio del Estado de derecho. Así, indicó que el juzgado de familia no había respetado plenamente la decisión del TEDH que constataba la violación del Convenio, dado que –y este es el elemento novedoso– los tribunales nacionales tenían la obligación, más allá del principio constitucionalmente fundado de la apertura al derecho internacional, de tomarlo en cuenta para la aplicación e interpretación del derecho común.¹⁹

De esta manera, el Tribunal Constitucional Federal fortalece el Convenio al integrarlo al principio de subordinación de la justicia a la ley, de conformidad con el artículo 20, apartado 3 de la Ley Fundamental, y lo eleva, por lo menos indirectamente, al rango de estándar jurídico-constitucional en los términos de interpretación y concreción desarrollados por el TEDH. Por tanto, su vulneración puede ser reprimida por la vía del recurso de amparo constitucional contra actos soberanos alemanes, con referencia al principio de Estado de derecho, y en conjunción con el derecho fundamental en cuestión.

Esta jurisprudencia se ha profundizado aún más. Así, en virtud de las diferencias jurisprudenciales entre el Tribunal Constitucional Federal y el TEDH en torno a la valoración de la detención por seguridad retrospectiva a continuación del cumplimiento de una pena, que el derecho penal alemán prevé para delincuentes reincidentes que cometieron delitos gravísimos, en 2011 el Tribunal Constitucional dictó

¹⁷ BVerfGE, 111, 307 ss.

¹⁸ Sentencia del 26 de febrero de 2004, TEDH, núm. 74969/01.

¹⁹ BVerfGE, 111, 307, 323 s.

otra sentencia en la materia. En esta última, incluso concede, en atención a los principios establecidos en la “resolución *Görgülü*”, que la fuerza de cosa juzgada de sus propias decisiones es susceptible de revisión en la medida que una decisión *posterior* del TEDH aporte aspectos novedosos a la interpretación de la Ley Fundamental.²⁰

1.5. Mecanismos para fortalecer la jurisdicción del Tribunal

Por último, el Tribunal Constitucional Federal no puede ser un “tigre desdentado”. Sus decisiones tienen que ser respetadas sin restricción y deben ser debidamente puestas en práctica.

En general, las sentencias y resoluciones del Tribunal Constitucional tienen una importancia y un alcance considerables para las áreas del régimen legal nacional al que hacen referencia. Esto vale aun más cuando llega a la conclusión de que la norma legal bajo revisión es *nula* o, por lo menos, resulta *incompatible* con la Constitución.

Permítanme explicar brevemente este concepto de primordial importancia para la justicia constitucional alemana. Según nuestra doctrina jurídica, toda norma que riñe con la normativa superior (especialmente, las leyes comunes con respecto a la Ley Fundamental) se considera, por principio, *nula ex tunc*, es decir, desde el comienzo. Por tanto, la decisión del Tribunal Constitucional Federal que declara la nulidad de la norma no tiene carácter constitutivo. Por el contrario, se trata de una declaración que no va más allá de la eliminación de la apariencia de validez jurídica de la norma en cuestión.

Esos efectos jurídicos tan rigurosos pueden causar dificultades a la hora de la implementación, sobre todo en el caso de normas legales aprobadas con cierta anterioridad, que desde entonces han servido en numerosos casos de base para la actuación del Estado en su área de aplicación, y que dejarían de existir con retroactividad. Ante esta situación, el Tribunal Constitucional Federal estableció tempranamente unos efectos jurídicos adicionales, menos incisivos (cfr. los párrafos 31, apartado 2, y 79, apartado 1 de la Ley del Tribunal Constitucional Federal, BVerfGG, por su sigla en alemán). De conformidad con ellos, el Tribunal puede limitarse a determinar la simple *incompatibilidad* de la norma con la Ley Fundamental. Su ventaja radica en los efectos de la decisión hacia el futuro (*ex nunc*), por lo cual la norma en cuestión no debe ser aplicada *de ahora en adelante* (la llamada suspensión de la aplicación), y en la posibilidad de que el Tribunal Constitucional Federal combine su declaración de incompatibilidad con las disposiciones transitorias necesarias.

Para evitar que la nulidad o incompatibilidad quede en la esfera del pronunciamiento, y para asegurar que las decisiones del Tribunal Constitucional Federal ocupen el lugar que les corresponde en la práctica jurídica, la Ley del Tribunal

²⁰ BVerfGE, 128, 326, 365.

Constitucional Federal (BVerfGG, una ley común) dispone los instrumentos necesarios para su cumplimiento.²¹

Las decisiones sobre el fondo que pronuncia el Tribunal Constitucional Federal –tanto las disposiciones de la decisión adoptada como su fundamentación– tienen carácter vinculante para los órganos constitucionales de la federación y de los estados federados, así como también para los tribunales y organismos administrativos de la República Federal de Alemania. Por tanto, los poderes públicos no solo deben cumplir las decisiones a nivel de la aplicación de la ley, sino que deben esforzarse en general por crear un estado de conformidad constitucional en los términos del Tribunal Constitucional Federal.

En las decisiones sobre el fondo que se dictan en algunos procesos específicos (sobre todo la acción de inconstitucionalidad abstracta y concreta, pero también el recurso de inconstitucionalidad conforme al párrafo 95, apartado 3 BVerfGG), y en los que se decide sobre la conformidad constitucional de una ley, las disposiciones de la decisión como tales tienen fuerza de ley. Por razones de seguridad y transparencia jurídica, la fórmula de la decisión debe ser publicada en el boletín oficial.

Otra disposición sobre la implementación de las decisiones jurídico-constitucionales autoriza (pero no obliga) al Tribunal Constitucional Federal a establecer de oficio, en la decisión del caso o posteriormente a través de una resolución separada, qué organismo debe ejecutar la decisión –por ejemplo, puede encargar la implementación a una autoridad idónea– y cómo se debe ejecutar. Desde siempre, este Tribunal ha interpretado esta disposición en el sentido amplio de la concesión de “todas las competencias necesarias para la implementación de sus decisiones”.

Al actuar como autoridad ejecutante, reclama para sí el derecho de dar las instrucciones necesarias que aseguren la vigencia de sus decisiones sobre el fondo. Debe tenerse presente que la misión del Tribunal Constitucional Federal no se agota en el examen jurídico-constitucional y la posible desestimación de las normas que le son sometidas. Por su categoría de órgano constitucional le cabe especialmente la responsabilidad de asegurar la vinculación del Poder Legislativo a la Constitución, y la efectiva realización de la jurisprudencia constitucional en la aplicación práctica del derecho.

2. Conclusiones

Lo expuesto fueron apenas algunos comentarios sobre el papel de la justicia constitucional, su lugar en el entramado de las instituciones nacionales e internacionales, y el “gobierno de los jueces” en el derecho constitucional nacional y supranacional.

²¹ En esencia se trata de tres disposiciones coordinadas entre sí. Con referencia a los párrafos 31, 35 y 79 BVerfGG, se habla de un conjunto de regulaciones unificado.

De todas maneras, permítaseme una breve conclusión. El Tribunal Constitucional Federal no solo reconoce expresamente al Parlamento como el “centro de la toma de decisiones de la democracia”, sino que lo protege contra el traspaso de competencias hacia niveles supranacionales –que excede el marco de nuestra Constitución– y vela por el fortalecimiento de los procesos democráticos, también en el seno del Parlamento. Si bien la justicia constitucional no puede reclamar para sí el lugar de “centro de las decisiones” (¡ni quiere hacerlo!), no deja de ser el garante insustituible del funcionamiento sin rispideces ni interferencias del Estado democrático de derecho. Esto refleja, en última instancia, la finalidad de todas las constituciones modernas de establecer un régimen jurídico estable y de asegurar su permanencia, gracias a la justicia constitucional.

Bibliografía

- BÖCKENFÖRDE, E.-W., *Gesetz und gesetzgebende Gewalt*, Berlín, Duncker-Humblot, 1981.
- _____, *Zur Lage der Grundrechtsdogmatik nach 40 Jahren Grundgesetz*, Munich, Carl Friedrich von Siemens Stiftung, 1989.
- GARGARELLA, Roberto, “Verfassungsgebung in Lateinamerika einst und jetzt: Themen und Thesen”, en *Jahrbuch des Öffentlichen Rechts*, Neue Folge Band 63, 2015, pp. 543-568.
- HÄBERLE, Peter, *Jahrbuch des Öffentlichen Rechts*, Neue Folge Band 45, 1997.
- HARTENSTEIN, Gustav (ed.), *Immanuel Kant, sämtliche Werke*, Leipzig, L. Voss, 1876.
- KIRCHHOF, Paul, “Das Parlament als Mitte der Demokratie”, en Peter M. HUBER, Mucharl BRENNER y Markus MÖSTL (eds.), *Der Staat des Grundgesetzes – Kontinuität und Wandel. Festschrift für Peter Badura zum siebzigsten Geburtstag*, Tübingen, Mohr-Siebeck, 2004, p. 237-262.
- LAMBERT, Édouard, *Le Gouvernement des Juges et la lutte contre la législation sociale aux États-Unis*, Paris, Giard, 1921.
- LAMMERT, Norbert, en “Lammert fordert Zurückhaltung”, FAZ, 10 de mayo de 2017. Disponible en: <http://www.faz.net/aktuell/politik/inland/bundesverfassungsgericht-lammert-fordert-zurueckhaltung-15009324.html>.
- MADISON, James, “The Federalist No. 55”, *The Federalist Papers*, 1788. Disponible en: <https://www.congress.gov/resources/display/content/The+Federalist+Papers#TheFederalistPapers-55>.
- VOSSKUHLE, Andreas, “Kommentar Art. 93”, en Hermann v. MANGOLDT, Friedrich KLEIN und STARCK, *Kommentar zum Grundgesetz: GG Band 3*, München, C.H. Beck, 2017, Rn. 35 ff.
- _____, en VON MANGOLDT/KLEIN/STARCK, *Kommentar zum Grundgesetz*, artículo 93 nm. 35 ss.

VOLVER A LA TABLA DE CONTENIDO

Alejandro Morales Bustamante* (Guatemala)

La odisea del estatuto especial y la identidad cultural de los pueblos originarios en el constitucionalismo guatemalteco**

RESUMEN

La Constitución guatemalteca fue una de las pioneras, a nivel latinoamericano, en instaurar un estatuto especial para normar la situación y los derechos de los pueblos indígenas, plasmando el reconocimiento y el deber estatal de tutela y promoción de su identidad cultural. Confluyó con esa regulación, en clave de bloque de constitucionalidad, la suscripción del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes. No obstante, existen síntomas consistentes de que tales propósitos normativos no se han traducido en políticas públicas, medidas legislativas y prácticas institucionales que trasciendan las condiciones de vida de las minorías nacionales y contribuyan a cultivar relaciones de interculturalidad en la ciudadanía.

Palabras clave: pueblos indígenas, identidad cultural, constitucionalismo guatemalteco.

ZUSAMMENFASSUNG

In der guatemaltekischen Verfassung wurde ein Sonderstatut zur normativen Regelung der Lage und der Rechte der indigenen Völker verankert, das die Anerkennung und die staatliche Verpflichtung zum Schutz und zur Förderung ihrer kulturellen

* Magíster en Argumentación Jurídica de la Universidad de Alicante (España); abogado y licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Rafael Landívar (Guatemala). Letrado de la Corte de Constitucionalidad de Guatemala; profesor universitario de pregrado y posgrado. diezaj@hotmail.com

** Trabajo elaborado a partir del aporte a la obra colectiva *Comentarios a la Constitución Política de la República de Guatemala*, t. II (Corte de Constitucionalidad, 2017), desde el ángulo analítico, en lugar del histórico-normativo con el que se concibió primordialmente aquella versión.

Identität zum Ausdruck bringt. Diese Regelung wurde von internationalen Standards auf diesem Gebiet ergänzt und durch die Rechtsprechung des Verfassungsgerichtshofs und des Interamerikanischen Gerichtshofs für Menschenrechte gebilligt. Es gibt jedoch schlüssige Anzeichen dafür, dass der öffentlichen Gewalt ein tragfähiger kultureller Ansatz fehlt, weshalb sie die genannten Verfassungsvorgaben noch nicht in staatliche Politikansätze, gesetzgeberische Maßnahmen und eine institutionelle Praxis umgesetzt hat, die über die Lebensbedingungen der nationalen Minderheiten hinausgehen und zur Pflege der interkulturellen Beziehungen zwischen den Bürgern beitragen.

Schlagwörter: Indigene Völker, kulturelle Identität, guatemaltekischer Konstitutionalismus.

SUMMARY

The Guatemalan Constitution introduced a special statute to regulate the situation and rights of indigenous peoples, recognizing, and expressing the State's duty to protect and promote, their cultural identity. This regulation was complemented by international standards, and supported jurisprudentially by the Court of Constitutionality and the Inter-American Court of Human Rights. Nevertheless, there are consistent symptoms that indicate that the public power lacks a culturally relevant approach and, therefore, has not translated those constitutional purposes into public policies, legislative measures and institutional practices that transcend the living conditions of national minorities and contribute to a cultivation of intercultural relations among citizens.

Key words: Indigenous peoples, cultural identity, Guatemalan constitutionalism.

Introducción

¿Con qué connotación y alcances debe ser salvaguardada la igualdad como uno de los pilares esenciales de la arquitectura constitucional? ¿Debe o no incluirse en la Constitución nacional un apartado especialmente dirigido a los pueblos originarios –y sus derechos– y en qué términos? ¿Debe o no consentirse, o incluso promoverse, la pervivencia de sus costumbres ancestrales y hasta qué punto?

El estatuto indígena, incluido en la Constitución Política de la República de Guatemala de 1985 (CPRG), procuró brindar respuestas a esos dilemas en sentido favorable a la autonomía cultural de esos pueblos y la correlativa necesidad de su atención especializada. Esa orientación fue robustecida y complementada con la suscripción del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes (C 169). Además, esa base normativa ha sido paulatinamente enriquecida con la jurisprudencia asentada sobre la materia por la Corte de Constitucionalidad de Guatemala (CC) y por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH).

Con relación a la situación de los pueblos originarios, el constitucionalismo guatemalteco ha abandonado el asimilacionismo¹ y ha apostado por la defensa de la diversidad étnica y cultural. Sin embargo, no por ello pueden estimarse agotadas y superadas las cuestiones controvertidas que conlleva esa temática, ni en la realidad presumirse satisfechos los fines perseguidos en el plano normativo.

El reconocimiento de la identidad cultural de esos pueblos como derecho fundamental y la fijación del deber estatal de su tutela especial entrañan significativa importancia. Para asegurar que se traduzcan en mejores condiciones de vida de las *minorías nacionales* es elemental definir los linderos subjetivos de aquella protección. Pero, sobre todo, resulta capital vigilar que las políticas, acciones y prácticas institucionales del poder público estén genuinamente al servicio de esos propósitos constitucionales.

1. Estatuto e identidad cultural de los pueblos originarios en la Constitución guatemalteca vigente

Como antecedente de la regulación alusiva a los pueblos originarios en la Carta Fundamental vigente conviene traer a colación la Asamblea Nacional Constituyente de 1945,² donde fue presentado el proyecto Estatuto indígena, que aspiraba a concretarse como sección específica dentro del cuerpo constitucional. Sus valedores propugnaban por un fuero institucional particularizado, cuyo vértice superior estaría situado en la Constitución, mediante el cual el Estado se asegurara de que los indígenas superaran su situación de *debilidad social y económica*, pero conservando su cultura propia.³ Por el contrario, sus detractores sostenían que dedicarles tratamiento normativo especial resultaba discriminatorio y que, en todo caso, a fin de poder incorporarlos al desarrollo nacional era imperioso *occidentalizarlos* o incluso propiciar su *mezcla racial*.

¹ Línea de pensamiento y acción dirigida a conseguir que quienes pertenecen a culturas no dominantes abandonen sus instituciones, tradiciones y costumbres, para adoptar las de la cultura hegemónica.

² Jorge Mario García Laguardia, *El estatuto indígena en la Constitución guatemalteca de 1945*, Guatemala, Editorial Serviprensa, 2010, pp. 40-76.

³ Entre las intervenciones con esa tendencia vale citar lo manifestado por Ernesto Marroquín Wyss: “[N]o creo que el indio desee ni se pueda incorporar a la civilización occidental [...] hay países que han adelantado, han logrado que convivan culturas disímiles [...] debemos no solo educarlo, sino fortalecerlo dentro de su cultura [...] esa es una de las tendencias de este proyecto: formar centros de educación en donde al indio se le eduque desde su nacimiento, dentro de su propia cultura, siguiendo sus propias tradiciones [...] dándole todos los elementos económicos y la educación necesaria para que sea fuerte económicamente [...] ponernos aquí a negar los valores de la cultura indígena o querer oponernos a la realidad guatemalteca, es continuar la política de 400 años atrás, que solo nos ha traído el estado infeliz en que se encuentra nuestro país” (citado en *ibid*, pp. 65-66).

El *Estatuto indígena* no fue aprobado como tal, pero sus preceptos quedaron recogidos en distintas partes de la Constitución de 1945. Entre ellos cabe destacar el artículo 83, donde se declaró de interés nacional la formulación de una política integral que redundara en el “mejoramiento económico, social y cultural de los grupos indígenas”, para cuyo efecto podrían dictarse leyes y disposiciones especiales “contemplando sus necesidades, condiciones, prácticas, usos y costumbres”.

Esto denotó, además del interés constituyente por subsanar la evidente marginación padecida por ese sector de la población, cierto avance en el reconocimiento de su identidad cultural. Sin embargo, cuando esas disposiciones fueron posteriormente calçadas, con algunos matices, en las constituciones de 1956 y 1965, se excluyó, precisamente, la parte final de la norma citada.

En 1985, al elaborar la CPRG, los constituyentes retomaron la tentativa de incluir en el texto constitucional un apartado especial acerca de la situación y los derechos de los pueblos originarios. Así, dentro del Capítulo II del Título II, relativo a los derechos sociales, quedó contenida la sección tercera, denominada *Comunidades indígenas*.

Esa regulación supuso un hito en el constitucionalismo guatemalteco, no solo por su especificidad, sino porque por primera vez los indígenas fueron concebidos expresamente como sujetos de derechos. Durante la deliberación constituyente, Alejandro Maldonado Aguirre resaltó lo imperioso y lo trascendente de esa innovación constitucional:

¿[P]or qué la Constitución de mil novecientos ochenta y cinco, tendrá una sección relativa a las comunidades indígenas? La tendrá, porque el signo del tiempo actual, es la reivindicación de esos derechos [...] estamos obligados a darle un cauce, u orientarla constructivamente, para evitar precisamente, que el sector indígena de Guatemala sienta que en esta Constitución se está preservando la tradicional marginación de su identidad cultural y de sus derechos inalienables [...] el contenido íntegro de la Sección, es para recoger una inquietud nacional, para que no se margine [...]. Cada pueblo, cada Nación, tiene derecho a su identidad cultural y Guatemala tiene un pluriculturalismo, una identidad en sus etnias, que debemos reconocer...⁴

En el artículo 66, que encabeza y es piedra angular de esa sección, se resalta el carácter multiétnico de la población nacional (“Guatemala está formada por diversos grupos étnicos [...] entre los que figuran los grupos indígenas de ascendencia maya...”), plasmando el reconocimiento expreso de diversas manifestaciones de la identidad cultural, así como la obligación estatal de respetarlas e incluso promoverlas (“El Estado reconoce, respeta y promueve sus formas de vida, costumbres,

⁴ Congreso de la República de Guatemala - Corte de Constitucionalidad, *Diario de sesiones de la Asamblea Nacional Constituyente*, t. II, Guatemala, Editorial Serviprensa, 2014, pp. 1586-1587.

tradiciones, formas de organización social, el uso del traje indígena en hombres y mujeres, idiomas y dialectos”).

De ese modo, el constituyente imprimió singular énfasis, en cuanto a los pueblos indígenas, al mandato general de reconocimiento y protección del derecho fundamental a la identidad cultural, establecido en el artículo 58. Después de siglos de políticas y normas asimilacionistas, quedó inscrito a nivel constitucional el compromiso estatal de respetar la diversidad étnica y cultural.

En cuanto a mostrar mayor apertura en el tratamiento de los pueblos indígenas en la Constitución nacional, Guatemala fue uno de los países pioneros en Latinoamérica, junto con Brasil (1988) y Nicaragua (1987). Seguidamente se produciría una oleada de *leyes fundamentales* en semejante sentido, incluso con mayor profundidad, en países como Colombia (1991), Paraguay (1992), Argentina y Bolivia (1994).⁵

Pareció germinar y consolidarse entre los Estados latinoamericanos la idea de que la instauración de un estatuto jurídico especial para esos pueblos se justificaba en la necesidad de conferir consideración particularizada a quienes históricamente han experimentado diferencias relevantes y objetivas de signo negativo, en lo que concierne al disfrute real y pleno de las prerrogativas que derivan intrínsecamente de la dignidad humana.⁶ Entre esas diferencias pueden destacarse la latente amenaza a su supervivencia cultural y su sistemática marginación de procesos de decisión política y de desarrollo económico, así como del acceso a servicios públicos esenciales.

2. Confluencia con el derecho internacional de los derechos humanos. La identidad cultural indígena en clave de bloque de constitucionalidad

Como indica Roberto Gargarella,⁷ en el fenómeno relacionado al final del apartado precedente influyó la presentación del C 169 (1989). En este se consideraron como titulares de los derechos ahí reconocidos a los *pueblos indígenas y tribales*

⁵ Roberto Gargarella, *La sala de máquinas de la Constitución. Dos siglos de constitucionalismo en América Latina (1810-2010)*, Madrid, Katz Editores, 2015, pp. 325-326.

⁶ En palabras de Will Kymlicka, se trata de *protecciones externas* orientadas a resguardar la existencia o identidad específicas de grupos étnicos, limitando el impacto de las decisiones de la sociedad a la que pertenecen. Este autor parte de la noción de que el Estado fomenta, inevitablemente, determinadas identidades culturales y, por consiguiente, perjudica a otras: “Los recursos y las políticas cruciales para la supervivencia de las culturas societales de las minorías nacionales pueden ser subestimadas o infravaloradas, un problema al que no se enfrentan las culturas mayoritarias. Habida cuenta de la importancia de la pertenencia cultural, se trata de una desigualdad importante que, de no corregirse, deviene una grave injusticia” (*Ciudadanía multicultural. Una teoría liberal de los derechos de las minorías*, Barcelona, Paidós, 1996, pp. 58-60 y 153).

⁷ Gargarella, *op. cit.*

apreciados como colectividades.⁸ En general, su contenido apuntó hacia el establecimiento de una nueva relación entre dichos pueblos y los Estados, a partir del reconocimiento y la protección de la diversidad cultural y étnica, superando así el tono integracionista que le caracterizaba hasta entonces.

En Guatemala, la incorporación del citado instrumento internacional al ordenamiento jurídico no fue sencilla. Si bien había sido suscrito el *Acuerdo sobre identidad y derechos de los pueblos indígenas*,⁹ en cuyo contenido fue asumida la aprobación del C 169 como compromiso de Estado,¹⁰ ello no impidió que aflorara tensión entre la diversidad cultural como *hecho social* y la homogeneidad como *valor institucional*.¹¹ En el Congreso de la República se discutió ampliamente el tema, pero sin alcanzar consensos,¹² por lo que se formuló solicitud de opinión consultiva a la CC.

El tribunal constitucional consideró compatible el C 169 con la Constitución, puntualizando que su preceptiva tendía a consolidar el sistema de valores entronizado en aquella, al favorecer: (i) el respeto a la identidad y forma de vida de los pueblos indígenas; (ii) su involucramiento en los procesos de decisión de asuntos que les afectan; y (iii) la superación de su estado de desigualdad respecto del resto de la población guatemalteca en cuanto al goce real y efectivo de los derechos humanos.¹³ Con ese respaldo, el órgano parlamentario consintió la aprobación del citado tratado,¹⁴ en cuyo artículo 2, numerales 1 y 2, literal b, está dispuesto:

Los gobiernos deberán asumir la responsabilidad de desarrollar, con la participación de los pueblos interesados, una acción coordinada y sistemática

⁸ La utilización de la dicción *pueblos* tuvo por sí misma una especial significación, como indica Emilio Rebasá: “[N]o era una simple modificación semántica intrascendente. Lo que se buscaba era la identificación específica del conglomerado social cuya autonomía ahora se defendía para superar la orientación proteccionista o integracionista anterior” (citado en Elia Domingo Barberá, “Los pueblos indígenas en la legislación internacional y en la legislación nacional de México”, *Revista Jurídica del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Rafael Landívar*, núm. X, 2005, pp. 107-108).

⁹ Suscrito en México, D. F., el 31 de marzo de 1995, en el marco de la negociación y firma de los Acuerdos de Paz que pusieron fin al conflicto armado interno en Guatemala.

¹⁰ Numeral II (Lucha contra la discriminación), literal C (Instrumentos internacionales), numeral 3.

¹¹ Referencia al concepto de “conflicto cultural” utilizado por J. Alberto del Real Alcalá (“Alternativas de gestión del conflicto cultural en el Estado constitucional”, en *Anuario de derecho constitucional latinoamericano*, Montevideo, Fundación Konrad Adenauer, 2009, p. 828).

¹² Según relata José Emilio Rolando Ordóñez Cifuentes, los diputados que se oponían a la aprobación del C 169 argumentaban que este contravendría normas del Código Civil y del Código Penal y que, además, su contenido era excluyente, al estar específicamente dirigido a los pueblos indígenas (“La opinión consultiva de la Corte de Guatemala sobre la constitucionalidad del Convenio 169 de la OIT. Una experiencia constructiva a favor de la paz”, *Cuadernos Constitucionales México-Centroamérica*, núm. 30, 1998, pp. 117-118).

¹³ Opinión Consultiva de 25 de mayo de 1995 (199-95).

¹⁴ Entró en vigencia el 25 de junio de 1997.

con miras a proteger los derechos de esos pueblos y a garantizar el respeto de su integridad [...]. Esta acción deberá incluir medidas: [...] que promuevan la plena efectividad de los derechos sociales, económicos y culturales de esos pueblos, respetando su identidad social y cultural, sus costumbres y tradiciones, y sus instituciones.

Esa disposición vendría a empalmar con el artículo 27 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos que, en general, reconoce el derecho de minorías étnicas, religiosas o lingüísticas a “tener su propia vida cultural, a profesar y practicar su propia religión y a emplear su propio idioma”.

La concatenación de estas normas convencionales¹⁵ con las constitucionales relacionadas en la sección anterior debe entenderse, desde la óptica del bloque de constitucionalidad, como el régimen normativo integrado que positiva el reconocimiento y el deber de tutela acerca del derecho a la identidad cultural de los pueblos originarios en el ordenamiento jurídico guatemalteco.

La garantía jurisdiccional y el desarrollo interpretativo de ese estatuto corresponden, en su última *ratio*, a nivel interno, a la CC, y en el plano supranacional, a la Corte IDH. Esta última, cabe apuntar, ha concebido la identidad cultural indígena como derecho fundamental, de naturaleza colectiva,¹⁶ que debe ser respetado en las sociedades multiculturales, pluralistas y democráticas. Además, ha subrayado su importancia en función de interpretar –y así asegurar su respeto y goce–, respecto de dichos pueblos, cualesquiera derechos protegidos en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) y en ordenamientos jurídicos internos.¹⁷

¹⁵ Aunque con carácter de *soft law*, cabría hacer referencia también a las Declaraciones de las Naciones Unidas (arts. 2, 5, 8 y 11, num. 1) y Americana (arts. X, num. 1, y XIII, nums. 1 y 3) sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas suscritas en 2007 y 2016, respectivamente.

¹⁶ Sobre este rasgo tan unido a la cultura de los pueblos originarios puntualiza Libardo Ariza: “El pueblo indígena asume una existencia corporal, posee un cuerpo propio independiente del cuerpo de cada uno de los seres que lo conforman [...] es una comunidad de personas definida históricamente con base en ciertas características culturales y espaciales; la misma que da lugar a un sujeto jurídico colectivo [...] tiene existencia jurídica autónoma, a pesar de estar conformada y ser posible únicamente gracias a los individuos que la hacen perceptible en la vida social” (*Derecho, saber e identidad indígena*, Bogotá, Siglo del Hombre Editores, 2009, p. 286).

¹⁷ Al respecto, ver, entre otros, Corte IDH, Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador, Sentencia de 27 de junio de 2012, Fondo y Reparaciones, Serie C 245; y Corte IDH, Caso Masacres de Río Negro vs. Guatemala, Sentencia de 4 de septiembre de 2012, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C 250.

3. ¿A quiénes debe considerarse *pueblos indígenas* en el discurso constitucional?

Como se explicó, en Guatemala los *pueblos indígenas* gozan de protección constitucional privilegiada a su identidad cultural. En aras de que esa previsión sea efectiva, conviene afinar los linderos subjetivos de su cobertura, delimitando a quiénes comprende aquella denominación. Para el efecto, resulta vital remitirse, en primer lugar, al C 169, en el cual se les concibe como tales a quienes,

por el hecho de descender de poblaciones que habitaban en el país o en una región geográfica a la que pertenece el país en la época de la conquista o la colonización o del establecimiento de las actuales fronteras estatales y que, cualquiera que sea su situación jurídica, conservan todas sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas, o parte de ellas. (art. 1, num. 1, lit. b)¹⁸

En el referido instrumento internacional se sujeta la categorización de *pueblos indígenas* al cumplimiento de ciertas condiciones: ser descendientes de grupos humanos que habitaron el territorio del Estado durante alguno de estos momentos históricos: Conquista, Colonización o establecimiento de fronteras actuales; que preserven plena o parcialmente instituciones sociales, económicas, culturales y políticas propias. Además, debe atenderse el criterio de *autoadscripción*, esto es, la propia conciencia de la identidad indígena (art. 1, num. 2).¹⁹

¹⁸ Esa caracterización de los pueblos indígenas pareció recoger parcialmente lo asentado en el *Estudio del problema de la discriminación contra las poblaciones indígenas*, cuya realización recomendó la Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección a las Minorías de la ONU en 1971, nombrando a José Martínez Cobo (Ecuador) como Relator Especial para el efecto. En este estudio presentado en 1987 –antecedente clave del C 169–, en cuya labor investigativa tuvo una destacada participación el guatemalteco Augusto Willemsen Díaz, se definió: “Son comunidades, pueblos y naciones indígenas los que, teniendo una continuidad histórica con las sociedades anteriores a la invasión y precoloniales que se desarrollaron en sus territorios, se consideran distintos de otros sectores de las sociedades que ahora prevalecen en esos territorios o en partes de ellos. Constituyen ahora sectores no dominantes de la sociedad y tienen la determinación de preservar, desarrollar y transmitir a futuras generaciones sus territorios ancestrales y su identidad étnica como base de su existencia continuada como pueblo, de acuerdo con sus propios patrones culturales, sus instituciones sociales y sus sistemas legales” (Midori Papadópolo, *El nuevo enfoque internacional en materia de derechos de los pueblos indígenas*, Guatemala, Instituto de Investigaciones Económicas y Sociales de la Universidad Rafael Landívar, 1995, p. 14).

¹⁹ Con esa estipulación normativa coinciden en buena medida definiciones elaboradas por estudiosos de la materia, como Stephen Corry, para quien los pueblos indígenas “son los descendientes de quienes estaban en el lugar antes de la llegada de otros que ahora constituyen la sociedad mayoritaria y dominante. Se definen en parte por su ascendencia, en parte por los rasgos particulares que indican su diferencia en relación con quienes llegaron más tarde, y en parte por la visión que tienen de sí mismos” (*Pueblos indígenas para el mundo del mañana*, Madrid, Círculo Rojo, 2014, p. 49).

Para complementar el parámetro general establecido en el C 169 y, sobre todo, contextualizarlo para Guatemala, resulta oportuno traer a colación el *Acuerdo sobre identidad y derechos de los pueblos indígenas*, en el cual quedó enunciado que “los pueblos indígenas incluyen el pueblo maya, el pueblo garífuna y el pueblo xinca, y que el pueblo maya está configurado por diversas expresiones socioculturales de raíz común”, puntualizándose en su contenido que “[s]e reconoce la identidad del pueblo maya así como las identidades de los pueblos garífuna y xinca, dentro de la unidad de la nación guatemalteca”, al tiempo que se comprometía al Gobierno a presentar iniciativa de reforma constitucional que reflejara esas declaraciones (num. I [Identidad de los pueblos indígenas], num. 4).

En atención a lo anterior, la modificación del artículo 66 constitucional fue aprobada por el Congreso de la República,²⁰ mas no refrendada en consulta popular (1999);²¹ no obstante, la referencia resulta esclarecedora, en aras de interpretar, acorde a su sentido y finalidad, los alcances de la norma en su texto vigente.

Al margen de las disquisiciones que la cuestión admita desde la perspectiva de otras ciencias sociales,²² puede afirmarse que, tanto el pueblo maya –que a su vez se subdivide en diversas comunidades con rasgos propios–²³ como los pueblos garífuna y xinca satisfacen los presupuestos delineados en el C 169 para catalogar como indígena a un pueblo.²⁴ El primero y el tercero tienen origen en épocas anteriores

²⁰ De acuerdo con lo preceptuado en el artículo 28o constitucional, para reformar el artículo 66 se requiere la aprobación del Congreso de la República con el voto afirmativo de las dos terceras partes del total de diputados y la ratificación de la ciudadanía mediante consulta popular. Se transcribe a continuación la parte conducente del texto que había sido aprobado: “Artículo 66. Identidad y espiritualidad de los pueblos indígenas. El Estado reconoce, respeta y protege el derecho a la identidad de los pueblos Maya, Garífuna y Xinca; sus formas de vida, organización social, costumbres y tradiciones; el uso del traje indígena en hombres y mujeres y sus distintas formas de espiritualidad, idiomas y dialectos y el derecho a transmitirlos a sus descendientes”.

²¹ No obstante, la concepción multicultural del Estado de Guatemala, con mención expresa de los pueblos maya, garífuna y xinca, sí figura en la Ley de los Consejos de Desarrollo Urbano y Rural (Decreto 11-2002 del Congreso de la República) y en la Ley de Idiomas Nacionales (Decreto 19-2003 del Congreso de la República).

²² Este estudio carece de pretensiones de rigor científico en cuanto a métodos o saberes antropológicos, aunque estos sin duda influyeron el material del que se nutre. Lo que se persigue es contribuir a la construcción de un mínimo canon jurídico-interpretativo que, entre otros aspectos, posibilite definir el ámbito personal de validez de normativa bajo examen.

²³ Según quedó plasmado en el *Acuerdo sobre identidad y derechos de los pueblos indígenas*, “La pluralidad de las expresiones socioculturales del pueblo maya, que incluyen los Achi, Akateco, Awakateko, Chorti, Chuj, Itza, Ixil, Jakalteco, Kanjobal, Kaqchikel, Kiche, Mam, Mopan, Poqomam, Poqomchi, Q'eqchi, Sakapulteko, Sikapakense, Tectiteco, Tz'utujil y Uspanteco, no han alterado la cohesión de su identidad” [num. I (Identidad de los pueblos indígenas), num. 3].

²⁴ De hecho, en la Ley del Día Nacional de los Pueblos Indígenas de Guatemala (Decreto 24-2006 del Congreso de la República) está preceptuado: “La Conmemoración del Día Nacional de los Pueblos Indígenas de Guatemala incluye a las comunidades lingüísticas siguientes: Achi, Akateko [...] además del Xinka y Garífuna” (art. 3).

a la Conquista, y el segundo, en época previa a la Independencia nacional; todos preservan en la actualidad instituciones propias.²⁵ Además, resulta crucial apreciar que garífunas y xincas comparten con los maya-descendientes, no solo tener antecedente en poblaciones preexistentes al Estado de Guatemala, sino la aspiración de reivindicar su identidad cultural, diferente a la del grupo dominante dentro del Estado al que pertenecen, evocando así el concepto de “minorías nacionales” acuñado por Will Kymlicka.²⁶

Por tales motivos, resulta justificado concluir que los pueblos maya, garífuna y xinca deben ser igualmente considerados como beneficiarios de la tutela preferente a su derecho a la identidad cultural.²⁷

4. Necesidad de políticas públicas, reformas legales y prácticas institucionales congruentes

El reconocimiento de la identidad cultural de los pueblos originarios y el deber estatal de asegurar su conservación y desarrollo conllevan implicaciones en distintos campos de la acción social, tanto individual como colectivamente. No puede considerarse exhaustiva la enumeración de manifestaciones de ese derecho fundamental previsto en el artículo 66 constitucional; su realización no solamente conlleva el uso de atuendos tradicionales o de los idiomas originarios.²⁸ La CC lo ha resaltado en los términos siguientes:

²⁵ Al respecto, ver Corry, *op. cit.*; Alfonso Arrivillaga Cortés, *Marcos Sánchez Díaz: Ahari fundador y protector de Gulu Iyumou*, Guatemala, Nojib'sa, 2006; Hugo Fidel Sacor, *La comunidad xinca: memoria de los pueblos*, Serie Estudios Monográficos, Guatemala, Ministerio de Cultura y Deportes, 2006.

²⁶ Así denominó este autor a los grupos étnicos que pretenden preservarse como sociedades distintas respecto de la cultura mayoritaria en la que están inmersos –y, por tanto, demandan cierto grado de autonomía y autogobierno– para distinguirlos de otros, formados como resultado de fenómenos migratorios que no tienen interés en aquellos propósitos (Kymlicka, *op. cit.*, pp. 25-29).

²⁷ Esta línea de pensamiento está reflejada en los siguientes fallos: CC, opinión consultiva de 30 de agosto de 2017 (1380-2017); Corte IDH, Caso Comunidad Garífuna Triunfo de la Cruz y sus miembros vs. Honduras, Sentencia de 8 de octubre de 2015, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C 305; Corte IDH, Caso Comunidad Garífuna de Punta Piedra y sus miembros vs. Honduras, Sentencia de 8 de octubre de 2015, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C 304.

²⁸ Como indica Roberto Gargarella, tomar en serio los derechos de los pueblos indígenas no comporta simplemente “tolerar” que se vistan de modo “exótico”, hablen lenguas diferentes o practiquen rituales “pintorescos” (Gargarella, *op. cit.*, p. 323). De manera semejante se expresó José García Bauer en la Asamblea Nacional Constituyente de 1985, al discutirse la inclusión de reconocimiento expreso de las alcaldías o municipalidades indígenas –propuesta que, a la postre, no fue aprobada–: “[C]uando nosotros hemos apoyado un capítulo especial de las comunidades indígenas, es al reconocer, lo que dice la ponencia del artículo 66 ‘Protección de grupos étnicos’ [...]. Si no los vamos a proteger, ¿para qué el fariseísmo de venir a poner aquí

En una sociedad democrática y multicultural como la guatemalteca, el cumplimiento pleno de los deberes estatales que emanan del mandato constitucional contenido en los artículos 58 y 66 de la Ley Fundamental, enlazado con la obligación internacional prevista en el artículo 2, numerales 1 y 2, del Convenio 169 [...] requiere que el reconocimiento formal de la identidad cultural de dichos pueblos [...] sea materializado mediante programas y prácticas institucionales que garanticen su respeto, conservación y desarrollo, ya sea individual o colectivamente, y que generen condiciones propicias para su interacción, interdependencia, intercambio y reciprocidad pacíficas con otras culturas –estado de interculturación o interculturalidad–.²⁹

Si bien la preconización constitucional del valor de la supervivencia cultural de los pueblos indígenas constituyó un importante paso en sus relaciones con el poder público y el resto de la sociedad en general, en la práctica aún no permea del todo la institucionalidad estatal, de un modo que trascienda la situación social, económica y política de aquellos.

Neus Torbisco Casals pone de relieve que en la mayoría de Estados considerados democráticos, esos pueblos no necesariamente continúan padeciendo exclusión directa y deliberadamente impuesta por entidades gubernamentales, sino formas de discriminación *indirecta*, encubiertas por reglas aparentemente neutrales que, en realidad, representan ventajas para las mayorías culturalmente hegemónicas, en la medida en que consolidan de manera sistémica las tradiciones y formas de vida extendidas en estas, con la correlativa marginación de cualesquiera otras.³⁰

El informe *Situación de los derechos humanos en Guatemala: diversidad, desigualdad y exclusión*, presentado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) en 2015, ilustra cómo esa pretendida *neutralidad* encierra, en ciertos escenarios, negligencia de las instancias gubernamentales con relación a la pertinencia cultural necesaria para garantizar a los pueblos originarios el acceso a servicios públicos y satisfactores básicos:

Desde el informe sobre Guatemala de 1985, la CIDH ha marcado su preocupación con la situación de discriminación y exclusión social de los pueblos indígenas [...]. Algunos de los ámbitos de mayor preocupación de la CIDH

un artículo, como el que acabamos de aprobar y, si los vamos a proteger, qué les daremos en definitiva? ¿Nada más la policromía de sus trajes o la belleza sinfónica de su lenguaje? [...] o estamos por la protección a los grupos étnicos de Guatemala, o no estamos” (Congreso de la República de Guatemala - Corte de Constitucionalidad, *op. cit.*, p. 1581).

²⁹ Sentencia del 5 de julio de 2016 (acumulados 4783-2013, 4812-2013 y 4813-2013).

³⁰ Neus Torbisco Casals, “Derechos indígenas: reconocimiento y desafíos para la democracia constitucional y para los derechos humanos”, en Liborio Hierro (coord.), *Autonomía individual frente a autonomía colectiva. Derechos en conflicto*, Madrid, Cátedra de Estudios Iberoamericanos Jesús de Polanco, Marcial Pons, 2014, pp. 88-89.

se refieren a la situación de desnutrición, el acceso a la educación en condiciones de igualdad y con pertinencia cultural; la situación laboral de personas indígenas que estarían sometidos a diversas formas de explotación [...] acceso a servicios de salud suficientes y culturalmente adecuados [...]. Un número reducido de establecimientos educativos funcionan bajo la modalidad de educación bilingüe intercultural, incluso en los departamentos con más de 90% de población indígena [...]. A la escasez e insuficiencia de servicios de salud, se suma la falta de adecuación cultural de los mismos, manifestada, por ejemplo, en la ausencia de personal médico que hable el idioma indígena de la zona y la inexistencia de un sistema de interpretación [...] el sistema de salud estatal es percibido como ajeno a la concepción propia de los pueblos indígenas.³¹

La CIDH fue tajante al concluir que a pesar de algunos ajustes o innovaciones en el andamiaje institucional,³² en general el Estado guatemalteco carece de enfoque multicultural en la administración pública. Asimismo, señaló que resulta fundamental que esta última planifique y diseñe las políticas orientadas a la situación de los indígenas, tomando en cuenta sus formas de organización tradicionales.³³

En los últimos años, la defensa de la identidad cultural de los pueblos originarios ha atravesado un proceso creciente de judicialización, convirtiéndose en la causa subyacente de un número notable de conflictos constitucionales. Los reclamos formulados por esta vía corroboran la existencia de falencias sistémicas de la dinámica estatal, en términos de *pertinencia cultural*; por ejemplo, (i) resistencia que enfrentan las autoridades e instituciones representativas de los pueblos originarios para ser consideradas portavoces legítimos dentro del sistema oficial;³⁴ (ii) carencias del modelo educativo en cuanto al carácter bilingüe e intercultural que debiera tener la enseñanza primaria en las comunidades indígenas;³⁵ (iii) ausencia de intérpretes que permitan a mujeres indígenas privadas de libertad comunicarse en su idioma materno;³⁶ (iv) omisión de observar la consulta prevista en el C 169 respecto de iniciativas de inversión o aprovechamiento de recursos naturales que

³¹ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Situación de derechos humanos en Guatemala*, CIDH, 2015. Disponible en: <http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/Guatemala2016.pdf>.

³² Mencionó la creación de la Academia de Lenguas Mayas de Guatemala, la Defensoría de la Mujer Indígena, la Comisión Presidencial contra la Discriminación y el Racismo, el Fondo de Desarrollo Indígena Guatemalteco, la Defensoría Indígena en la institución del Procurador de Derechos Humanos y la Fiscalía Indígena del Ministerio Público.

³³ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *op. cit.*

³⁴ Entre otras, sentencias del 4 de mayo de 2011 (1101-2010), 25 de marzo de 2015 (acumulados 156-2013 y 159-2013), 14 de septiembre de 2015 (acumulados 4957-2012 y 4958-2012), 21 de octubre de 2015 (3067-2015) y 21 de enero de 2016 (3068-2015).

³⁵ Sentencia del 5 de julio de 2016 (acumulados 4783-2013, 4812-2013 y 4813-2013).

³⁶ Sentencia del 15 de noviembre de 2011 (3217-2010).

afecten directamente a pueblos originarios y, en general, falta de reglas claras que las compatibilicen con el valor religioso o cultural que comportan para dichos pueblos sus territorios;³⁷ (v) invisibilidad de los usos y costumbres de esos pueblos en los procedimientos de las instituciones registrales;³⁸ (vi) desconocimiento de la aplicación previa de normas de derecho indígena al establecer la viabilidad de la persecución penal del sistema oficial;³⁹ (vii) inscripciones de bienes inmuebles operadas con base en negocios jurídicos ilegales o documentos notariales falsos, a fin de suprimir derechos de propiedad ancestral y comunal;⁴⁰ y (viii) inexistencia de legislación que establezca mecanismos específicos de protección a la propiedad intelectual colectiva de los pueblos indígenas.⁴¹

Aunque la mayoría de esos casos han sido resueltos por la CC, resguardando el goce del derecho analizado, de cualquier modo constituyen indicadores de la ineficacia del poder público en la labor de traducir el *Estatuto indígena constitucional* en políticas públicas, reformas estructurales, medidas legislativas y buenas prácticas que lo hagan patente en las condiciones de vida de esos pueblos.

Dentro de los signos más notorios de displicencia del poder público acerca del compromiso constitucional con la protección de las *minorías nacionales* puede mencionarse que más de tres décadas han transcurrido sin que el Congreso de la República haya atendido el mandato contenido en el artículo 70 constitucional⁴² ni, superadas dos décadas desde la entrada en vigencia del C 169, haya regulado internamente el procedimiento para hacer efectiva la consulta ahí prevista, figura esencial de diálogo intercultural.

5. Cultura, tierras, economía y modelos de desarrollo: el desafío de su discusión democrática e integral

Una de las principales aristas de la cultura y la cosmovisión de los pueblos originarios es la característica connotación de su vínculo con la tierra. Congruente con ello, dentro del *Estatuto indígena* de la CPRG, el constituyente guatemalteco estableció, en el artículo 67, el deber estatal de proteger la tenencia comunal y

³⁷ Entre otras, sentencias del 21 de diciembre de 2009 (3878-2007), 29 de abril de 2010 (2099-2008), 24 de noviembre de 2011 (1072-2011), 25 de marzo de 2015 (acumulados 156-2013 y 159-2013), 14 de septiembre de 2015 (acumulados 4957-2012 y 4958-2012), 23 de noviembre de 2015 (406-2014), 12 de enero de 2016 (411-2014, 3753-2014 y acumulados 5705-2013 y 5713-2013), 31 de marzo de 2016 (2567-2015) y 8 de junio de 2016 (acumulados 3695-2014 y 3738-2014).

³⁸ Sentencias del 16 de julio de 2013 (4656-2012) y 14 de agosto de 2013 (862-2013).

³⁹ Sentencias del 21 de octubre de 2010 (3300-2009) y 10 de marzo de 2016 (1467-2014).

⁴⁰ Sentencias del 4 de mayo de 2011 (1101-2010), 24 de junio de 2014 (628-2013) y 25 de noviembre de 2015 (5955-2013).

⁴¹ Sentencia del 24 de octubre de 2017 (2112-2016).

⁴² "Ley específica. Una ley regulará lo relativo a las materias de esta sección" (sección tercera).

tradicional de sus tierras (“Las tierras de las cooperativas, comunidades indígenas o cualesquiera otras formas de tenencia comunal o colectiva de propiedad agraria [...] gozarán de protección especial del Estado”); incluso explicitando la naturaleza histórica de esa tenencia (“Las comunidades indígenas y otras que tengan tierras que históricamente les pertenecen y que tradicionalmente han administrado en forma especial, mantendrán ese sistema”).

En cuanto a este punto convergió, luego, con el citado precepto, lo establecido en el artículo 13, numeral 1, del C 169: “[L]os gobiernos deberán respetar la importancia especial que para las culturas y valores espirituales de los pueblos interesados reviste su relación con las tierras o territorios, o con ambos, según los casos, que ocupan o utilizan de alguna otra manera, y en particular los aspectos colectivos de esa relación”.

La Corte IDH ha desarrollado profusa y consistente jurisprudencia sobre el particular, enlazando lo preceptuado en el C 169 con el derecho de propiedad tutelado en el artículo 21 de la CADH:

[L]a conexión entre el territorio y los recursos naturales que han usado tradicionalmente los pueblos indígenas y tribales, y que son necesarios para su supervivencia física y cultural, así como el desarrollo y continuidad de su cosmovisión, deben ser protegidos bajo el artículo 21 de la Convención. Esta protección tiene como fin el garantizar que [...] puedan continuar viviendo su modo de vida tradicional y que su identidad cultural, estructura social, sistema económico, costumbres, creencias y tradiciones distintivas serán respetados, garantizados y protegidos por los Estados.⁴³

Sobre este aspecto, enlazado con el derecho de consulta previa que, según el C 169, asiste a los pueblos indígenas ante iniciativas de aprovechamiento de recursos naturales que previsiblemente les afectarán de modo directo,⁴⁴ ha sido especialmente sensible la falta de respuestas institucionales adecuadas por parte del aparato gubernamental. Altamente perniciosa ha resultado la inexistencia de un marco regulatorio específico a nivel interno acerca de cómo hacer efectivo el citado derecho.⁴⁵

⁴³ Al respecto ver, entre otros, Corte IDH, Caso Pueblos Kaliña y Lokono vs. Surinam, Sentencia del 25 de noviembre de 2015, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, núm. 309; Corte IDH, Caso Comunidad Garífuna de Punta Piedra y sus miembros vs. Honduras, Sentencia del 8 de octubre de 2015, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, núm. 304; Corte IDH, Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay, Sentencia del 17 de junio de 2005, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, núm. 125; y Corte IDH, Caso Pueblo Saramaka vs. Surinam, Sentencia del 28 de noviembre de 2007, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, núm. 172.

⁴⁴ Ver C 169, artículos 6, numerales 1 y 2; 7, numerales 1 y 3; y 15, numeral 2.

⁴⁵ Esto, a pesar de que la CC ha enfatizado que la sola ausencia de normativa interna *ad hoc* que regule el procedimiento de consulta no puede hacer nugatorio el derecho a que sea efectuada (entre otras, sentencias del 12 enero de 2016 [411-2014 y 3753-2014] y 31 de marzo de 2016 [2567-2015]).

El Ministerio de Energía y Minas ha extendido sistemáticamente licencias de autorización –o su prórroga– de proyectos mineros, hidroeléctricos y de transmisión de energía eléctrica, sin observar la obligación de consultar. Para el efecto, se ha amparado en el argumento de que su responsabilidad se ciñe a atender lo dispuesto en la legislación nacional, desconociendo abiertamente la fuerza normativa de los tratados internacionales y su preeminencia sobre las leyes ordinarias cuando versan sobre derechos humanos, al tenor del artículo 46 constitucional.⁴⁶

Por su parte, las comunidades indígenas guatemaltecas han creído encontrar una vía para canalizar sus reclamos frente a ese tipo de proyectos en los procedimientos consultivos previstos en los artículos 65 y 66 del Código Municipal. Sin embargo, según la CC,⁴⁷ tal práctica no es idónea para hacer efectiva la consulta, tal cual está concebida en el citado convenio internacional, por lo que la mencionada cartera ministerial no les ha reconocido vinculatoriedad alguna.

Como resultado de lo expuesto, los pueblos originarios identifican, en general, la explotación de recursos naturales en territorios donde habitan o son de su uso, posesión y propiedad, como factor de confrontación con el Estado.⁴⁸ Por otro lado, la resistencia comunitaria supone un factor que acarrea desgaste, incertidumbre y costos adicionales para los inversionistas de esos proyectos. Todo ello redundando en nuevas causas de polarización étnico-cultural, además de las ancladas en la idiosincrasia guatemalteca.

Al margen de las consecuencias nocivas de la ausencia de normativa adecuada o suficiente, es importante observar que la tensión que suscita ese tipo de operaciones industriales plantea divergencias no circunscritas al saber jurídico. Esas iniciativas

⁴⁶ “Artículo 46. Preeminencia del Derecho Internacional. Se establece el principio general de que en materia de derechos humanos, los tratados y convenciones aceptados y ratificados por Guatemala, tienen preeminencia sobre el derecho interno”.

⁴⁷ Ese tribunal constitucional ha razonado que la no idoneidad radica en los siguientes motivos: 1) Esas variantes de consulta únicamente conciernen a asuntos cuya decisión corresponde al Concejo Municipal, dentro de las competencias propias del municipio. Pese a irrogar efectos a nivel local, la determinación de autorizar operaciones o actividades vinculadas al aprovechamiento de recursos naturales corresponde, de conformidad con la normativa constitucional y legal vigente, al Organismo Ejecutivo (entre otras, sentencias de 21 de enero de 2015 [5229-2013], 28 de junio de 2015 [5251-2014] y 4 de diciembre de 2013 [acumulados 4639-2012 y 4646-2012]). 2) Esos procedimientos consisten en meras jornadas de captación de votos en las que, si bien se generan espacios de participación ciudadana, no toman parte todos los actores involucrados y no se pueden abordar todos los puntos que comprende una situación de esta índole, con la información, el análisis y la discusión necesarios. 3) El propósito de la consulta del C 169 es que todas las partes interesadas reconozcan como vinculantes los acuerdos consensuados a los cuales se logre arribar como consecuencia del diálogo informado y de buena fe entre sí, convocado y arbitrado por el poder central, no que una mayoría de vecinos de determinada localidad imponga su voluntad (entre otras, sentencias de 7 de julio de 2016 [5711-2013], 12 de enero de 2016 [3753-2014] y 4488-2015).

⁴⁸ Consejo de Organizaciones Mayas de Guatemala, *Balance general. 10 años de la vigencia y aplicación del Convenio 169 de la OIT sobre pueblos indígenas y tribales en Guatemala*, Guatemala, 2009, pp. 32, 44-45.

parecerían apoyarse, en gran medida, en argumentos eminentemente económicos; sin embargo, como lo ha hecho notar The Harvard Project on American Indian Economic Development,⁴⁹ los factores de esa naturaleza no pueden concebirse en esfera aislada de las cuestiones sociales, políticas y culturales. Representantes indígenas insisten en señalar que el *capital cultural y social* de sus pueblos suele definirse en términos de valores insuficientemente apreciados por los sectores dominantes de la población o, incluso, contradictorios con los suyos. Respetar los valores indígenas con frecuencia es percibido como incompatible con la preservación del modelo de vida y de desarrollo predominante en la sociedad.⁵⁰

En Guatemala, ese escenario de multifacético contraste entre cosmovisiones diferentes está siendo, con creciente asiduidad, reducido a la dimensión de controversia jurídica dentro del sistema de justicia constitucional, dejando a este la tarea de situar, en cada caso, el punto de equilibrio entre identidad cultural, salud, desarrollo sostenible, libertad de industria y medio ambiente sano.⁵¹

La responsabilidad de atender esta problemática, que en una organización estatal eficaz debiera ser principalmente discutida, reglada y solventada dentro del perímetro de competencias de los organismos Ejecutivo y Legislativo,⁵² ha terminado desplazándose casi enteramente hacia la jurisdicción constitucional, que solo debería intervenir excepcionalmente.

De esa cuenta, el déficit gubernamental en el manejo constitucionalmente coherente de las iniciativas de aprovechamiento de recursos naturales, no solo se trasluce en la inexistencia de regulación idónea al respecto, sino en la incapacidad de los órganos más emblemáticos de la democracia representativa para deliberar, decidir y actuar acerca de esta temática de evidente interés público, con las consideraciones legales, económicas, políticas, sociales, culturales y ambientales que ello amerita.

⁴⁹ Entidad fundada en 1987, forma parte de la prestigiosa John F. Kennedy School of Government, y su misión es contribuir a comprender y promover las condiciones para un desarrollo social y económico sostenido y autodeterminado de los pueblos indígenas americanos.

⁵⁰ Torbisco Casals, *op. cit.*, pp. 85-86.

⁵¹ En ese sentido, la CC ha sostenido: “La realidad económica, cultural, histórica y ecológica del Estado de Guatemala demanda de sus autoridades la permanente búsqueda de equilibrio y armonización entre elementos tales como el aprovechamiento racional de sus recursos naturales; la potenciación de proyectos de inversión orientados al desarrollo sostenible, en un clima de seguridad jurídica y paz social; el adecuado cumplimiento de sus obligaciones internacionales; y el ineludible deber de respetar y tutelar los derechos fundamentales de sus ciudadanos, en especial de aquellos que colectiva e individualmente han sido objeto de invertebrada marginación” (sentencias del 12 de enero de 2016 (411-2014 y 3753-2014) y 31 de marzo de 2016 [2567-2015]).

⁵² Idealmente, con acompañamiento o vigilancia de organizaciones ciudadanas, académicas, gremiales, etc.

6. Reflexiones finales

En 1985, el constitucionalismo guatemalteco instauró –uno de los primeros de Latinoamérica en hacerlo– un estatuto especial para normar la situación de los pueblos indígenas y positivizó tanto el reconocimiento como el deber de tutela y promoción a su identidad cultural. Esa regulación se ha visto complementada y enriquecida, en clave del bloque de constitucionalidad, con una serie de estándares internacionales sobre la materia, entre los cuales destaca el C 169. Asimismo, la justiciabilidad de aquel derecho ha sido puesta de manifiesto en los pronunciamientos de la CC y de la Corte IDH.

Empero, existen síntomas de que entre autoridades y tecnócratas no se ha interiorizado el discurso constituyente, ni adquirido plena conciencia del imperativo de atender las obligaciones internacionales y los precedentes jurisprudenciales sobre la materia. En consecuencia, su proceder resulta insuficiente –cuando no contradictorio– para concretar políticas públicas, reformas estructurales, medidas legislativas y buenas prácticas que trasciendan las condiciones de vida de las *minorías nacionales*.

Esa brecha entre el *deber ser* constitucional y la praxis institucional del poder público conduce a agudizar la conflictividad social fincada en motivos étnico-culturales; provoca la tácita subrogación de funciones que sobre la materia atañen al Ejecutivo y al Legislativo, por la justicia constitucional; devalúa la impronta histórica de la Constitución de 1985 y los avances regulatorios del derecho internacional de los derechos humanos.

El reto de impregnar el respeto a la diversidad étnica y cultural y el fomento de la interculturalidad en la acción estatal se correlaciona con el derecho de los pueblos originarios a preservar, desarrollar y transmitir su cosmovisión y sus formas de vida. También está estrechamente ligado con la necesidad de generar condiciones mínimas de gobernabilidad, así como con la observancia de la fuerza normativa de los preceptos constitucionales y del carácter republicano y democrático del Estado de Guatemala.

Bibliografía

- ARIZA, Libardo, *Derecho, saber e identidad indígena*, Bogotá, Siglo del Hombre Editores, 2009.
- ARRIVILLAGA CORTÉS, Alfonso, *Marcos Sánchez Díaz: Ahari fundador y protector de Gulu Iyumou*, Guatemala, Nojib'sa, 2006.
- COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *Situación de derechos humanos en Guatemala*, CIDH, 2015. Disponible en: <http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/Guatemala2016.pdf>.

- CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE GUATEMALA - CORTE DE CONSTITUCIONALIDAD, *Diario de sesiones de la Asamblea Nacional Constituyente*, t. II, Guatemala, Editorial Serviprensa, 2014.
- CONSEJO DE ORGANIZACIONES MAYAS DE GUATEMALA, *Balance general. 10 años de la vigencia y aplicación del Convenio 169 de la OIT sobre pueblos indígenas y tribales en Guatemala*, Guatemala, 2009.
- CORRY, Stephen, *Pueblos indígenas para el mundo del mañana*, Madrid, Círculo Rojo, 2014.
- DEL REAL ALCALÁ, J. Alberto, "Alternativas de gestión del conflicto cultural en el Estado constitucional", en *Anuario de derecho constitucional latinoamericano*, Montevideo, Fundación Konrad Adenauer, 2009.
- DOMINGO BARBERÁ, Elia, "Los pueblos indígenas en la legislación internacional y en la legislación nacional de México", *Revista Jurídica del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Rafael Landívar*, núm. X, 2005.
- GARCÍA LAGUARDIA, Jorge Mario, *El estatuto indígena en la Constitución guatemalteca de 1945*, Guatemala, Editorial Serviprensa, 2010.
- GARGARELLA, Roberto, *La sala de máquinas de la Constitución. Dos siglos de constitucionalismo en América Latina (1810-2010)*, Madrid, Katz Editores, 2015.
- KYMLICKA, Will, *Ciudadanía multicultural. Una teoría liberal de los derechos de las minorías*, Barcelona, Paidós, 1996.
- ORDÓÑEZ CIFUENTES, José Emilio Rolando, "La opinión consultiva de la Corte de Guatemala sobre la constitucionalidad del Convenio 169 de la OIT. Una experiencia constructiva a favor de la paz", *Cuadernos Constitucionales México-Centroamérica*, núm. 30, 1998.
- PAPADÓPOLO, Midori, *El nuevo enfoque internacional en materia de derechos de los pueblos indígenas*, Guatemala, Instituto de Investigaciones Económicas y Sociales de la Universidad Rafael Landívar, 1995.
- SACOR, Hugo Fidel, *La comunidad xinka: memoria de los pueblos*, Serie Estudios Monográficos, Guatemala, Ministerio de Cultura y Deportes, 2006.
- TORBISCO CASALS, Neus, "Derechos indígenas: reconocimiento y desafíos para la democracia constitucional y para los derechos humanos", en Liborio HIERRO (coord.), *Autonomía individual frente a autonomía colectiva. Derechos en conflicto*, Madrid, Cátedra de Estudios Iberoamericanos Jesús de Polanco, Marcial Pons, 2014.

VOLVER A LA TABLA DE CONTENIDO

Danilo Rojas Betancourth* (Colombia)

El ideal ético del juez: dos preguntas sobre comportamiento y percepción

RESUMEN

Considerando las obligaciones y responsabilidades de los jueces, el artículo constata que algunas de las más importantes son la integridad personal y el respeto por la ética profesional o judicial. Sin embargo, la ética siempre tiene dos caras: la teórica y la práctica; en todo caso son necesarios reglamentos que la clasifiquen y estructuren. En este sentido, el texto contiene diversas reflexiones sobre el ideal ético, tanto teórico como práctico, del juez.

Palabras clave: ética judicial, moral, integridad personal.

ZUSAMMENFASSUNG

Im Hinblick auf die Pflichten und Verantwortlichkeiten von Richtern betont der Beitrag insbesondere die persönliche Integrität und die Beachtung der richterlichen Berufsethik. Die Ethik hat allerdings eine theoretische und eine praktische Seite; auf jeden Fall sind Richtlinien zu ihrer Klassifizierung und Strukturierung erforderlich. Dementsprechend enthält der Text einige Reflexionen über ethische Ideal des Richters in Theorie und Praxis.

Schlagwörter: Richterliche Ethik, Moral, persönliche Integrität.

SUMMARY

This article notes that some of the most important obligations and responsibilities of judges are personal integrity and respect for professional or judicial ethics. However,

* Abogado de la Universidad Libre, especialista en Derecho Público y Administrativo. Fue recientemente electo como magistrado del Tribunal de Justicia Especial para la Paz (JEP), y hasta hace poco fue miembro de la Sección Tercera del Consejo de Estado de Colombia, órgano que presidió; profesor asociado de la Universidad Nacional de Colombia. danilorojas2o@hotmail.com

there are always two sides to ethics: the theoretical and the practical, and in any case, regulations are needed to classify and structure them. In this regard, the text contains different reflections on the ethical ideal, both theoretical and practical, of judges.

Key words: Judicial ethics, moral, personal integrity.

De las tantas preguntas que pueden hacerse sobre la ética judicial, voy a detenerme en dos de ellas: una con visos más teóricos que prácticos –en la que no repararé mucho– y otra práctica que, sin embargo, exige una respuesta (en parte) teórica acerca del tema. Lo que se diga en torno a tales preguntas permitirá hacer notar que, además del conocimiento de la deontología jurídica, es necesario un movimiento pendular que resalte la condición de ser humano como ser social, cualquiera sea el escenario –político, judicial, etc.–. Esto, a su turno, implica igualmente una concepción de la ética que primero reafirme al individuo y luego lo proyecte socialmente.

Al desarrollar esta idea se intentará dejar clara la necesidad de priorizar la integridad como el valor guía de nuestro actuar en tanto personas y jueces.

1. ¿Ética judicial o ética aplicada a lo judicial?

¿Existe un campo de conocimiento especial que pueda llamarse ética judicial? La respuesta más simple puede darse tomando en préstamo la dada por Ulrich Klug a un cuestionamiento semejante sobre la lógica jurídica.¹ No existe, dice Klug, un campo especial del conocimiento que pueda llamarse así. La lógica es una sola aplicada a distintos ámbitos de conocimiento, entre ellos el jurídico. La ética es igualmente una sola, aplicable a distintas áreas del conocimiento, lo que permite que hablemos de ética política, médica, empresarial o judicial.²

La importancia de hablar de ética a secas –aplicada en distintos escenarios, profesionales o no– radica en que ayuda a disolver una distinción perversa y quizá inconsciente, conforme a la cual debo cuidar mi comportamiento cuando estoy en el ejercicio de la función, pero no estaría obligado a hacerlo cuando estoy fuera de ese circuito, es decir, cuando ejerzo como ser humano.

En esta separación se puede ver que la acción en el primer escenario es claramente estratégica frente a normas positivas sobre cómo comportarse, en donde el juzgamiento del hacer o no hacer corresponde a un tercero –v. g. una institución– y respecto del cual mi acción u omisión puede quedar impune –en función de mi

¹ Ulrich, Klug, *Lógica jurídica*, traducción del alemán de Juan David García Bacca, Universidad Central (Facultad de Derecho), Caracas, Venezuela, 1961.

² El uso de estas expresiones se explica entonces solo por economía de pensamiento.

audacia, por ejemplo. –. Pero aún quedan dos observadores adicionales: los pares y las personas concernidas, con frecuencia más atentos y menos complacientes.

La vivencia cotidiana con los pares es, al tiempo, una permanente –y quizá inconsciente– evaluación del comportamiento mutuo, del que no resulta fácil escaparse. Algo semejante ocurre, aunque con distinta intensidad y diferente resultado, con el resto de personas concernidas con mi comportamiento, que va desde la familia y los vecinos hasta los amigos, los enemigos, los para mí desconocidos y los destinatarios de mi acción profesional.

Nada de esto es posible, en el segundo escenario, en caso de obrar mal frente a la norma moral, pues el juzgador es uno mismo y allí no hay escape para sanciones autoinfligidas como la culpa o la vergüenza. En sentido inverso el resultado es no menos oneroso. El ideal ético, entonces, pareciera referir ambos escenarios –el personal y el social o institucional–; pero, por supuesto y como puede verse intuitivamente, el segundo solo es factible si el primero está consolidado en términos conscientes.

Por ello quizá no tiene sentido decir que alguien es un buen médico o un juez justo, y al tiempo decir que es un alcohólico. La sola intuición rechaza la idea de encontrarse en buenas manos médicas o judiciales ante un beodo consumado. Aunque, como se vio, la percepción social es determinante en esta exigencia, me parece que el reto mayor lo padece la intimidad. Para no confundir la ética con la santidad –o peor aún, con la santurronería–, quizá la palabra que mejor expresa lo que debe ser un comportamiento virtuoso, que no santo –sin perjuicio de quien así quiera comportarse–, es responsabilidad, que lleva de inmediato a un uso razonable de la libertad.

Lo anterior pone de relieve dos cosas: el comportamiento y la percepción del mismo. Normalmente, una buena acción es recíprocamente bien per(re)cibida. Incluso cuando sea tergiversada políticamente, la ética del actor queda indemne (por las razones ya indicadas). Salvo la del cínico o del maniaco, una mala acción, en cambio, suele ser presentada de tal forma que sea externamente bien per(re)cibida, lo que activa tres de cuatro formas de control: la institucional, la profesional y la ciudadana. La primera, por distintas razones suele ser evadida, pero nunca las dos restantes. Y aquí se producen sanciones morales importantes que se resumen en la pérdida de confianza.

2. ¿Por qué es difícil comportarse éticamente?

La segunda pregunta quiero situarla en el ámbito específico de lo judicial y puede formularse así: ¿por qué (en ocasiones) resulta tan difícil comportarse éticamente (responsablemente) a pesar de tener un conocimiento y entendimiento claro de los deberes y las normas éticas –la deontología– de nuestra profesión? La respuesta provisional que trataré de justificar en lo que sigue es la siguiente: porque a nuestro comportamiento virtuoso –que es el éticamente relevante– se sobrepone

(o permitimos sobreponer) el comportamiento político –esto es, guiado por códigos estratégicos– o el jurídico –esto es, guiado por códigos de coerción–.

Quizá la conciencia de que ello es así y, especialmente, de que existen buenas razones para ordenar la ética (la virtud), la política y el derecho, porque se trata de expresiones de la realidad que poseen pesos diferentes, ayude a modificar la prelación que solemos dar a tales formas de la razón práctica. Ello, bajo el entendido de que el comportamiento ético es un desiderátum que no se agota con el momento del abandono de la función judicial (de la pensión de jubilación).

Dos autores nos pueden guiar en esta empresa: Carlos Santiago Nino³ y Fernando Savater.⁴ El primero examinó la relación entre derecho, moral y política desde la teoría jurídica, mientras el segundo ha venido examinando la relación entre ética, política y derecho desde la filosofía. Ambos, me parece, llegan a conclusiones semejantes, con procedimientos y materiales diferentes. La conclusión general compartida se puede adelantar desde ya: la ética (la moral) tiene un mayor peso epistemológico que la política y el derecho y, por lo mismo, debe ser la guía principal de nuestro actuar. No hacerlo conlleva consecuencias indeseadas relacionadas con la desmoralización del derecho (Nino) y la enajenación y falta de amor propio (Savater).

Antes es necesario recordar, sucintamente, que en el ámbito judicial latinoamericano existen reglas deontológicas usualmente conocidas por los jueces y vistas más o menos con indiferencia, en la creencia, quizá, de que la formación moral con la que se está social y culturalmente apercibido resulta suficiente para enfrentar los retos éticos. Tres conjuntos normativos sobresalen por su cobertura, legitimación y la capacidad de síntesis, de lo que se espera del comportamiento de los jueces: el Estatuto del Juez Iberoamericano (Canarias, 2001), los Principios de Bangalore sobre la conducta judicial⁵ y el Código Modelo Iberoamericano de Ética Judicial, adoptados en la XIII Cumbre Judicial Iberoamericana en 2006.⁶

En estas normas se puede ver resumida toda la actividad judicial, pues refieren las condiciones ideales del ingreso al cargo, el ejercicio de la función y las garantías para el buen desempeño. A estas tres categorías corresponden, vía ejemplo y respectivamente, la estabilidad laboral, la motivación de las sentencias y el buen comportamiento del juez. Para lo que reseñaré a continuación tomaré como base solo los

³ Carlos Santiago Nino, *Derecho, moral y política*, Barcelona, Ariel, 1994.

⁴ Fernando Savater, *Ética como amor propio*, Barcelona, Grijalbo Mondadori, 1995.

⁵ El Borrador del Código de Bangalore sobre la conducta judicial de 2001 fue aprobado por el Grupo Judicial de Reforzamiento de la Integridad Judicial y revisado en la Reunión en Mesa Redonda de Presidentes de Tribunales Superiores celebrada en el Palacio de la Paz de La Haya, Países Bajos, el 25 y 26 de noviembre de 2002.

⁶ En Colombia no existe un código de ética judicial. El Consejo Superior de la Judicatura, participante en la XIII Cumbre Judicial Iberoamericana, sugirió la adopción del Código Iberoamericano de Ética Judicial y, a su turno, en el año 2009, expidió un Código de Ética y Buen Gobierno.

tres artículos del Código Iberoamericano de Ética Judicial referidos a la integridad del juez, los cuales señalan lo siguiente:

Capítulo VIII.

Integridad

Art. 53. La integridad de la conducta del juez fuera del ámbito estricto de la actividad jurisdiccional contribuye a una fundada confianza de los ciudadanos en la judicatura.

Art. 54. El juez íntegro no debe comportarse de una manera que un observador razonable considere gravemente atentatoria contra los valores y sentimientos predominantes en la sociedad en la que presta su función.

Art. 55. El juez debe ser consciente de que el ejercicio de la función jurisdiccional supone exigencias que no rigen para el resto de los ciudadanos.

Con ello se quiere resaltar que en el comportamiento más íntimo del juez, y no en otra cosa, puede estar la clave de todo dilema ético. Bien mirados, las restantes reglas sobre ética refieren los deberes del juez, no respecto de sí mismo, sino del campo en que se desempeña: v. g. imparcialidad e independencia y dignidad del cargo.

2.1. Nino y las relaciones entre derecho, moral y política

Para lo que aquí interesa, baste recordar algunas conclusiones de Nino sobre el tema:

- El derecho tiene relaciones justificadoras e interpretativas con la moral. Las primeras proporcionan argumentos últimos para la toma de una decisión correcta y la segunda hace notar que siempre hay expresiones valorativas en el contenido de las normas.
- Como los argumentos últimos del razonamiento justificador son morales, se necesita hacer notar la relación directa del derecho con la política y así evitar la trivialización del derecho.
- En todo caso, el derecho es una obra colectiva y, como tal, (i) ninguno de los operadores tiene el control total sobre el mismo, lo que sugiere que la mejor respuesta no suele ser la proveniente de un razonamiento individual, sino (ii) la segunda mejor.

2.2. Savater y el amor propio

La centralidad del sujeto, del individuo, es quizá la nota más sobresaliente de la ética como amor propio sostenida por el filósofo español. Con un acento particularmente spinozista, Savater recuerda que “lo que para el hombre vale es lo que el hombre quiere; pero el hombre no puede querer cualquier cosa, sino que quiere de

acuerdo con lo que es”.⁷ La “autoafirmación de lo humano” se constituye entonces en la única fuente de valores –“llamamos valor y concedemos valor a aquello que más nos interesa”–,⁸ que se expresan de distintas formas: ética, jurídica y política.

La autoafirmación de lo humano “en el plano de la razón práctica tiene como *factum* irreductible el conjunto de necesidades de reconocimiento, ayuda y concordia inherentes a la polimorfa naturaleza social de los hombres”. A ellas responde “el querer (ser) de la voluntad humana” a través de distintos valores: de la política, del derecho y de la ética. Los dos primeros toman como “unidad de acción” los grupos humanos, mientras que la última al individuo.⁹ El “compromiso libre” respalda “la opción por un valor determinado”.¹⁰ Así, “el compromiso libre de la política se debe al afán de *predominio y seguridad*; el del derecho al afán de *pacto y justicia*; el de la ética, al anhelo de la *excelencia y perfección*”.

De esta forma, el único valor que no requiere coacción institucional es el ético, y de ahí la superioridad frente a los jurídicos y políticos, que sí la requieren:

solo la individualidad, en cuanto emancipada de las exigencias grupales facciosas y los límites de la coacción instituida, puede confrontarse a la universalidad de lo humano. Precisamente porque sus valores tienen la raíz más individualista, la ética es capaz de una universalidad en acto que ni el derecho ni la política alcanzan por su parte.¹¹

2.3. Del compromiso institucional al amor por las cosas

Suele pasar, sin embargo, que esta jerarquía de valores se invierte con frecuencia y facilidad. Lo que en el fondo ocurre es una enajenación individual en favor del grupo, (i) como forma de protección (lo político) –te enajenas y yo te protejo–, (ii) o de sometimiento pacífico/traslapamiento/camuflaje (lo jurídico) –haces lo ordenado y no te castigo–. A cambio de esto hay compromiso por el cumplimiento de los códigos político o jurídico.

Este giro tiene al menos dos consecuencias: (i) comportarse según unas reglas cuya corrección será evaluada institucionalmente hará que el sujeto actúe de manera estratégica, y (ii) el compromiso con lo institucional por encima de lo personal –véanse aquí los visos de solidaridad–, puede conducir (e incluso inducir) compromisos con lo externo y por esa vía con las cosas. Todo ello se encuentra facilitado por la fragilidad, consecuencia de la enajenación, o lo que vendría a ser lo mismo,

⁷ Savater, *op. cit.*, p. 18.

⁸ *Ibid.*, p. 22.

⁹ *Ibid.*, p. 23.

¹⁰ *Ibid.*, p. 22.

¹¹ *Ibid.*, p. 24.

por la ausencia de *autoafirmación de lo humano*. Sobra decir que el apego a las cosas es la ruta pavimentada para llegar a la corrupción.

Resultará difícil, entonces, anteponer la valía de lo humano al valor otorgado a las cosas, si los únicos códigos que se pretende obedecer son los institucionales, sean jurídicos o políticos, pues como se ha dicho, una acción estratégica puede evadirlos, con un saldo de revalorización de las cosas y el consecuente aplauso al bandido.

2.4. Reordenar los valores

Lo dicho puede explicar por qué, a pesar de conocer las reglas de comportamiento ético que se imponen institucionalmente, muchos no las siguen, lo que genera su ineficacia. Si este recorrido es correcto, la conciencia de lo que sucede puede ser el inicio del cambio. La importancia de tener claras las consecuencias de la enajenación o falta de afirmación de lo humano, quizá obligue a volver sobre ello, en una típica corrección moral, que exige una mayoría de edad, es decir, un uso de la libertad.

Así, si aun solo por hipótesis el sujeto admite su valía y, además, tiene la capacidad de evaluar los costos de sopesar solo lo externo –por ejemplo, instituciones y cosas–, habrá posibilidades de que concluya la pertinencia de poner el mayor peso en su propia humanidad. Al fin y al cabo será lo que a la postre más le interesa, ahora por la vía de la introspección y no por el fallido recorrido de lo externo.

Y así llegamos, de la mano de Savater y sus antecesores –en especial Spinoza–, al punto crucial: solo podré comportarme correctamente si soy consciente de que el juzgador no es externo: soy yo mismo. El único respecto del cual no es posible actuar estratégica sino genuinamente. El único del que no es posible huir. Así resultará que el cumplimiento del deber no tiene como propósito la aceptación –o el juzgamiento– de un tercero, sino la mía propia, lo que impulsará la perfección y la excelencia y, con ello, el virtuosismo y la satisfacción. El amor propio. “La ética de la que hablo –resalta Savater– es una propuesta de vida de acuerdo con valores universalizables, interiorizada, individual y que en su plano no admite otro motivo ni sanción que el dictamen racional de la voluntad del sujeto”.¹²

No veo entonces salida distinta para el comportamiento ético pleno, que volver conscientemente al orden de valores descrito –que no propuesto– por Savater. El resultado práctico, en materia judicial, debería ser el cumplimiento de los deberes del juez indicados por los códigos de ética, luego de una evaluación consciente e interna de las bondades que tiene mejorar su propio yo, y si necesitase un juez, que no sea otro que quien lo escruta fijamente desde el espejo. No está demás hacer notar el rendimiento neto que por esta vía tendrían los valores de la política y el derecho.

De alguna manera, es la idea ya implícita expuesta en un texto que analizó los distintos códigos de ética judicial existentes hasta 2004. Al hablar del artículo 8 de

¹² *Ibid.*, p. 24.

lo que se consideran las primeras reglas de la ONU sobre el tema –los Principios Básicos Relativos a la Independencia de la Judicatura (1985)– referido a la dignidad del cargo, la imparcialidad y la independencia, se dijo que tal norma “manifiesta ya la relación de tensión que existe entre el ejercicio de los derechos humanos que les corresponde a los jueces en tanto individuos, por una parte, y las exigencias propias del ejercicio de la magistratura, por la otra”.¹³

Bibliografía

- KLUG, Ulrich, *Lógica jurídica*, traducción del alemán de Juan David García Bacca, Universidad Central (Facultad de Derecho), Caracas, Venezuela, 1961.
- NINO, Carlos Santiago, *Derecho, moral y política*, Barcelona, Ariel, 1994.
- ROOS, Stefanie Ricarda y Jan WOISCHNIK, *Códigos de Ética Judicial. Un estudio de derecho comparado con recomendaciones para los países latinoamericanos*, Montevideo, KAS, 2005.
- SAVATER, Fernando, *Ética como amor propio*, Barcelona, Grijalbo Mondadori, 1995.

¹³ Stefanie Ricarda Roos y Jan Woischnik, *Códigos de Ética Judicial. Un estudio de derecho comparado con recomendaciones para los países latinoamericanos*, Montevideo, KAS, 2005, p. 18.

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:

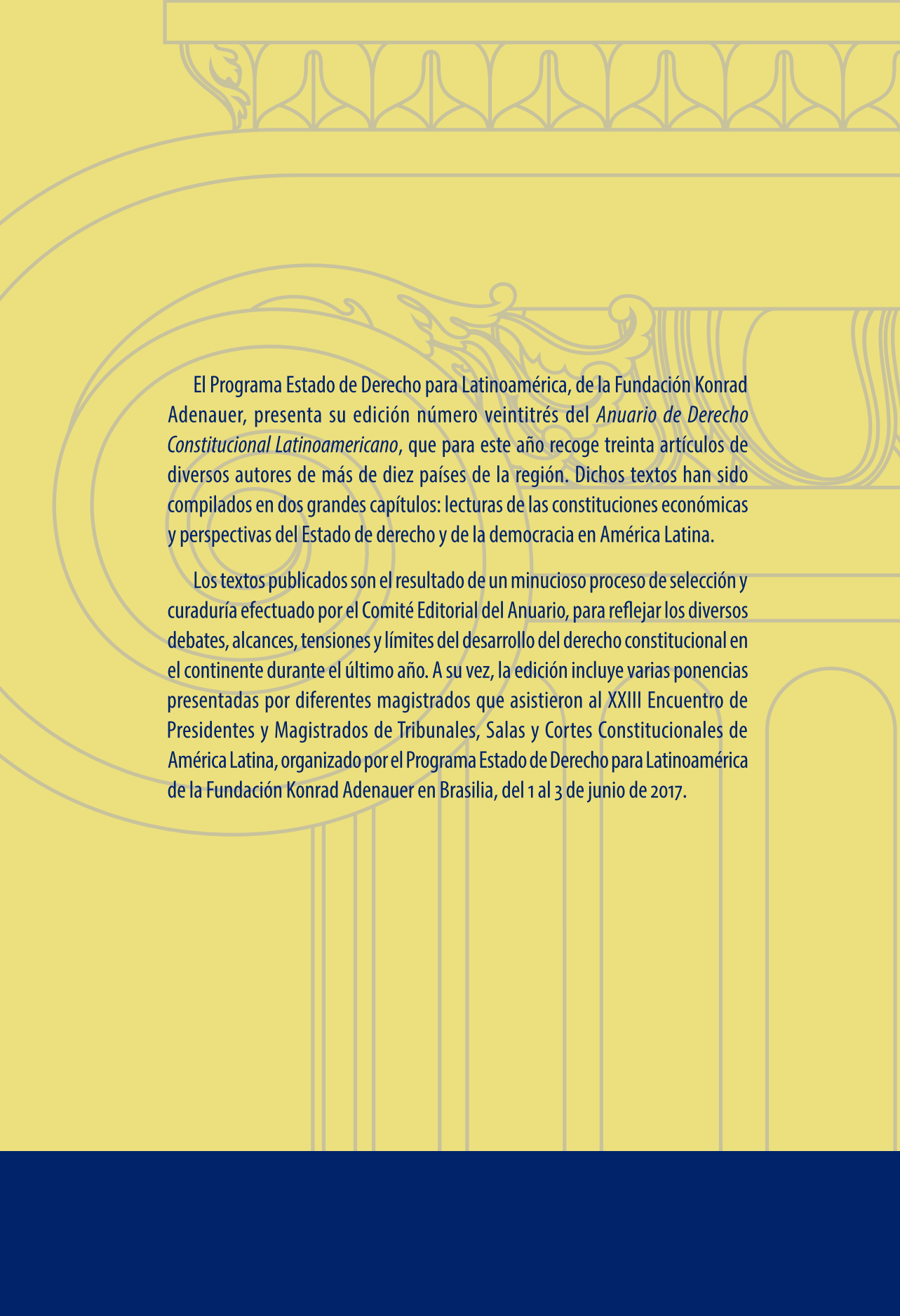
DULITZKY, Ariel, “La censura previa en la Convención Americana sobre Derechos Humanos: el caso Martorell”, en *Equipo Nizkor. Derechos humanos en América Latina*. Disponible en: <http://www.derechos.org/koaga/vii/du-litzky.html>.

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, presenta su edición número veintitrés del *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, que para este año recoge treinta artículos de diversos autores de más de diez países de la región. Dichos textos han sido compilados en dos grandes capítulos: lecturas de las constituciones económicas y perspectivas del Estado de derecho y de la democracia en América Latina.

Los textos publicados son el resultado de un minucioso proceso de selección y curaduría efectuado por el Comité Editorial del Anuario, para reflejar los diversos debates, alcances, tensiones y límites del desarrollo del derecho constitucional en el continente durante el último año. A su vez, la edición incluye varias ponencias presentadas por diferentes magistrados que asistieron al XXIII Encuentro de Presidentes y Magistrados de Tribunales, Salas y Cortes Constitucionales de América Latina, organizado por el Programa Estado de Derecho para Latinoamérica de la Fundación Konrad Adenauer en Brasilia, del 1 al 3 de junio de 2017.