

Anuario de Derecho
Constitucional Latinoamericano

21° año

Anuario 2015



Konrad
Adenauer
Stiftung

Programa Estado de Derecho para Latinoamérica

Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano 2015



**Konrad
Adenauer
Stiftung**

Programa Estado de Derecho para Latinoamérica

Presentación

El *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano* se ha consolidado hasta su vigesimoprimera edición como una plataforma especializada de debate sobre materias que resultan fundamentales para las estructuras y contenidos de nuestros Estados constitucionales. Como proyecto editorial de mediana duración, hemos visto con complacencia su evolución y la estrecha cercanía que abogados, litigantes y funcionarios judiciales de distintos países de la región tienen con este.

Nuestro compromiso con esta publicación reconoce el interés que el *Anuario* despierta en la comunidad jurídica y académica; de ahí que cada año nos proponemos tanto fortalecer los núcleos duros de los artículos como promover nuevas y necesarias agendas de discusión, sin sacrificar una perspectiva geográfica del continente lo más integral posible. Para el caso de la presente edición, el *Anuario* contó con una particular convocatoria que motivó a los autores a reflexionar, desde las bases del proyecto del Estado de derecho, sobre los procesos de crisis, transiciones sociales y transformaciones políticas relevantes para la coyuntura latinoamericana.

La invitación alentó preguntas sobre los contextos complejos y cambiantes, y sobre la exigencia que ello trae para revisar y problematizar nuestras clásicas respuestas, en torno a asuntos como: ¿de qué manera estamos pensando y abordando esas transformaciones?, ¿cuáles son las razones que las motivan?, ¿cuáles son los efectos de estos cambios?, ¿qué posibilidades emergen para América Latina en medio de la crisis?, ¿cuáles son las consecuencias para los habitantes de los países latinoamericanos?

Los trabajos reunidos en esta convocatoria dieron forma a la primera de las secciones del libro. A esta le siguen los apartes en los que se discute la protección de los derechos: entre la constitución y el derecho internacional, las tensiones de la justicia constitucional, perspectivas del derecho constitucional en los contextos latinoamericanos, y sujetos presentes y ausentes en el constitucionalismo de la región.

La diversidad y profundidad de cada una de estas importantes discusiones encuentran eco en todos los artículos que conforman esta versión del *Anuario*. Sin embargo, no dudamos que dichas discusiones requieren esfuerzos y diálogos adicionales, para los que esta presentación es tanto un hilo de continuidad como un abre bocas.

Como Programa Estado de Derecho para Latinoamérica venimos trabajando por más de dos décadas en la región, acompañando a las instituciones nacionales,

a los operadores judiciales y a la sociedad civil en sus procesos de reflexión y actuación jurídica estatal. Nuestra proximidad con las realidades latinoamericanas nos permite tanto valorar las particularidades nacionales como rastrear las similitudes en clave comparativa.

Un breve recuento de este acumulado nos ubica necesariamente frente a las condiciones de salud de los Estados latinoamericanos, de las que se desprenden algunos diagnósticos sobre patologías del funcionamiento del Estado democrático de derecho, que, a su vez, deben convertirse en evidentes focos de reflexión y análisis jurídico-político actual.

Para empezar, podríamos hablar de una disfuncionalidad orgánica en la maquinaria de los tres poderes públicos. Sus relaciones se describen de manera demasiado estática, con el concepto de separación, como si cada uno de ellos llevara una existencia aislada de los demás. Esta relación es recogida de mejor manera por la expresión anglosajona *checks and balances*, pues un adecuado funcionamiento del sistema constitucional democrático se fundamenta sobre un equilibrio, que, a su vez, requiere controles mutuos.

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

Una y otra situación, de ser prolongadas en el tiempo, pueden convertirse en amenazas a la estabilidad y al buen funcionamiento de los Estados. Ante este dilema, y con humildad democrática, es preciso volver a los orígenes del sistema. Por ello, consideramos que una interesante posibilidad es reabrir de manera directa el análisis sobre la relación entre derecho, justicia y política. Pero no de manera colateral, ni atesorada, ni tampoco de forma avergonzada.

En nuestro criterio, pese a los visibles conflictos estatales que se presentan en la región –que en una síntesis crítica, reduccionista y no generalizable pasan por los fenómenos de corrupción; cooptación de los poderes públicos por intereses privados y redes de criminalidad; afectaciones agudas a la independencia judicial interna y externa; deficiencias en la garantía y el acceso a derechos sociales, políticos y ambientales; problemas de credibilidad y legitimidad ante la ciudadanía, entre otros–, la propuesta fundante del Estado de derecho no es ni una idea obsoleta ni una idea estática frente a la que temamos deliberar.

Como se sabe, las relaciones entre los poderes públicos contenidas en la estatalidad del derecho han sido tema de debate central tanto para los teóricos clásicos

como para los estudiosos contemporáneos, y en ellas se cristalizan cuestiones nucleares como la consolidación de los Estados democráticos y los controles al poder para proteger las garantías y libertades. Pese a su importancia, hemos notado que, al plantear estas cuestiones con algún nivel de problematización, son más las sospechas y reacciones negativas generadas que los impulsos de integrarse a un debate sin prevenciones.

Pero, a nuestro entender, no es de esta manera como podemos enfrentar asuntos de gran calado para la región, como la excesiva politización de las elecciones de magistrados y funcionarios judiciales de las altas cortes, la porosidad de las fronteras de actuación entre uno y otro poder público, la alta insatisfacción ciudadana frente a la justicia, o el llamado al activismo judicial y la participación permanente en la formulación de políticas públicas de los jueces, como una solución, que debe ser temporal para ser sostenible frente al bloqueo institucional que ha abandonado la protección de los derechos.

Nuestra propuesta es que sembremos y reinstalemos de manera contundente en los espacios de debate jurídico y político la pregunta sobre las relaciones entre los poderes públicos, pues de una relación coordinada y complementaria, pero respetuosa de las facultades y competencias de cada poder público dependen, entre otras, el fortalecimiento de nuestras democracias y la funcionalidad de la actuación estatal.

Limitarse a la defensa formal de una supuesta clara delimitación entre derecho y política no es suficiente para dar respuesta a los dilemas que en la práctica se presentan en la zona gris, dentro del margen opinable que debe dejar el derecho al diseño de políticas públicas. En nuestras democracias es necesaria la contienda política por lo que no toda politización es indeseable. Las constituciones democráticas y plurales –y los convenios internacionales suscritos por cada Estado– son las barreras infranqueables relativamente abstractas en medio de las cuales se debe y se puede desarrollar la política. Si se sostiene, con razón, que las influencias y las injerencias indebidas entre los poderes públicos ponen en peligro el Estado democrático de derecho, resulta necesario llenar de contenido el concepto de lo “indebido”. En lo sustancial y lo procedimental, el espacio opinable requiere ser discutido y transparentado para minimizar los efectos negativos en la relación entre derecho, justicia y política.

En este sentido, ha sido tarea primordial de las constituciones políticas establecer el marco de maniobra, y de sus intérpretes –las cortes constitucionales–, concretar la norma de normas para orientar los márgenes de apreciación y configuración de los poderes públicos y privados, aquellos márgenes constitutivos de un sistema político que se fundamenta en el control del poder por el derecho, sin que ello implique una camisa de fuerza para la renovación constante de la sociedad y el Estado.

La hiperconstitucionalización que observamos en algunos textos fundamentales es consecuencia de una creciente desconfianza hacia los poderes políticos, por un lado, y hacia la fuerza normativa de la ley, por el otro. Pero cuanto más el constituyente densifica el tejido constitucional para regular particularidades que deberían estar sujetas a la contienda política, los actores políticos de turno se ven limitados en

su margen de respuesta a cambiantes coyunturas económicas, sociales, geopolíticas, ambientales y otras. Un hiperconstitucionalismo insinúa la existencia de verdades absolutas en relación con lo que en realidad debe estar sujeto al debate democrático.

Además, sugiere una omnipotencia estatal y soberana frente a realidades económicas, por ejemplo con la constitucionalización de derechos sociales y culturales, cuya efectividad depende fundamentalmente de las primeras. Se trata del momento de convergencia entre lo político y lo económico. Para la mejora de las condiciones económicas y sociales, el Estado requiere el esfuerzo, las ideas y la iniciativa de los actores privados; de empresarios, ciudadanos, sindicatos, organizaciones no gubernamentales, etc. Esto sintoniza con la idea de un Estado que existe en razón de la persona y no viceversa. En tal Estado, es constitutiva la participación de la persona en la definición de sus competencias y los controles al mismo. En el momento en el que el Estado se apodera de su propia definición, corre peligro de convertirse en otro Estado, uno en el cual la dignidad de la persona humana deja de ser el momento legitimador.

La tarea de definir la correlación de fuerzas entre los poderes del Estado, los niveles de complementariedad y aquellos de sana distancia, por supuesto, no es una exclusiva de la institucionalidad estatal y sus poderes. En ella deben involucrarse decididamente la sociedad civil y la academia informada y especializada, de manera que las funciones, los límites de las relaciones y los procesos de selección y nombramiento sean objeto de transparencia, participación y escrutinio público.

Y en esto, claro está, no se trata de definir modelos ideales y aplicables a todos los países; cada contexto y momento nacional delimitará los rumbos más adecuados. En todo caso, aprender de las experiencias de otras latitudes adquiere gran importancia. Varios países han motivado procesos de reformas constitucionales y legales que permitan mejorar las relaciones entre los poderes públicos y equilibrar las posibilidades que ofrece el sistema y el comportamiento histórico del país para que no se presenten injerencias indebidas entre el derecho, la justicia y la política. Infortunadamente, no podemos decir que todas las fórmulas aplicadas hayan resultado favorables hasta hoy; muchas veces, las inercias y las resistencias de las formas tradicionales de hacer política y hacer justicia encuentran nuevos cauces para que nada cambie.

Pero esto, no debe desestimular ni frenar las actuaciones críticas, propositivas y de buena fe. Lo dicho hasta aquí reivindica el debate sobre los asuntos complejos de la relación entre derecho, justicia y política. Desde el Programa Estado de Derecho estamos entusiasmados con este debate. Sabemos que son muchos los asuntos pendientes por indagar, pero confiamos en que seguiremos propiciando espacios favorables para que las ideas, como los granos, se siembren una a una y paso a paso, porque no hay nada peor que un año sin siembra.

Christian Steiner y Ginna Rivera

Programa Estado de Derecho para Latinoamérica
Konrad-Adenauer-Stiftung