

**Anuario de Derecho
Constitucional Latinoamericano**

20° año

Anuario 2014



**Konrad
Adenauer
Stiftung**

Programa Estado de Derecho para Latinoamérica

**Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano
2014**

Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano 2014



Programa Estado de Derecho para Latinoamérica

Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano

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

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

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

El Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano tiene como objetivo difundir trabajos de investigación de autores latinoamericanos y pretende lograr una distribución equitativa de temas y de nacionalidades de los autores.

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

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

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

© 2014 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

Editor responsable

Christian Steiner

Coordinación académica

Diana Dajer
Agustina González

Coordinación editorial

Nadya Hernández

Corrección de estilo

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

Traducción

Paulo Baptista (portugués)
Dieter Schonebohm (alemán)

Diagramación

Marta Rojas

Impresión

Unión Gráfica

ISSN 2346-0849

Impreso en Colombia – Printed in Colombia

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

El Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano está registrado en el Directorio Latindex y se encuentra disponible a texto completo en las siguientes páginas web:

Fundación Konrad Adenauer
www.kas.de/iusla

Biblioteca Jurídica Virtual, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México
<<http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/cont.htm?r=dconstla>>

Contenido

<i>Presentación</i>	11
---------------------------	----

I. Derecho constitucional

• Horacio Andaluz Vegacenteno (Bolivia) <i>Argumentación, arbitraje y arbitrariedad: las contradicciones del Tribunal Constitucional en el recurso directo de nulidad contra laudos</i>	15
• Carlos Justo Bruzón Viltres (Cuba) <i>Reforma constitucional en Cuba: ¿un camino para el perfeccionamiento del ordenamiento jurídico?</i>	43
• Ery Iván Castro Miranda (Bolivia) <i>La elección de autoridades judiciales como aporte al nuevo constitucionalismo boliviano y latinoamericano</i>	61
• Víctor Manuel Collí Ek (México) <i>Discursos de odio y su defensa en la doctrina constitucional mexicana</i>	79
• Emerson Affonso da Costa Moura (Brasil) <i>E assim surge a vida! Uma análise crítica do papel da jurisdição constitucional brasileira em questões onde haja desacordo moral razoável</i>	105
• Gonzalo Farrera Bravo (México) <i>Constitución y afrodescendencia: la constitucionalización de la afrodescendencia en América Latina</i>	123
• Fabián Marcelo Jaramillo Villa (Ecuador) <i>De una sociedad plurinacional y pluricultural a una justicia intercultural</i>	135
• Alan E. Vargas Lima (Bolivia) <i>La reelección presidencial en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia. La ilegítima mutación de la Constitución a través de una ley de aplicación normativa</i>	143
• Luis Ernesto Vargas Silva (Colombia) <i>Marco constitucional plural en Colombia. Algunas claves para la discusión</i>	167

II. Derecho procesal constitucional

- Roberto Hung Cavalieri (Venezuela)
El amparo constitucional en Venezuela. Acción de control constitucional extraordinaria o especial. Inconsistencias y contradicciones jurisprudenciales sobre su naturaleza que devienen en su propia negación 183
- Alexandre Veronese (Brasil)
Eduardo Manuel Val (Brasil)
Enzo Bello (Brasil)
Notas comparativas sobre las recientes reformas en el control de constitucionalidad en Chile, Argentina y Brasil 211

III. Democracia y Estado de derecho

- Herbert Landau (Alemania)
La democracia, el Estado de derecho y los derechos de participación ciudadana en atención a la realización de proyectos a gran escala 237
- María Gabriela Ábalos (Argentina)
Democracia y función judicial. El activismo decisonal en la Corte Suprema de Justicia de la Argentina..... 251
- Alexander Espinoza (Venezuela)
La competencia del Gobierno para emitir declaraciones públicas y la libertad de expresión de los funcionarios públicos. Alemania, Venezuela y el sistema interamericano de derechos humanos..... 271
- Alfonso Santiago (Argentina)
El alcance del control judicial de razonabilidad de las políticas públicas. Perspectiva argentina y comparada 289

IV. Derechos económicos, sociales y culturales

- Ricardo L. Lorenzetti (Argentina)
La evolución del derecho constitucional ambiental en América Latina 317
- Oscar G. Barrientos Jiménez (Bolivia)
Rober D. Espinal Jiménez (Bolivia)
Piso de protección social: doctrina contemporánea desarrollada por la Organización Internacional de Trabajo, herramienta clave para promover condiciones favorables en el ejercicio de los derechos económicos, sociales y culturales 327

- Domingo Hernández Emparanza (Chile)
Parámetros sobre el derecho a la protesta social y garantías constitucionales. El caso chileno 343
- José Francisco Rosales Argüello (Nicaragua)
Jurisdicción constitucional y derechos económicos, sociales y culturales en Nicaragua..... 359

V. Derecho internacional de los derechos humanos: control de convencionalidad y diálogo jurisprudencial

- Víctor Bazán (Argentina)
Vinculatoriedad de los estándares interpretativos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en los órdenes internos, control de convencionalidad y diálogo jurisprudencial..... 385
- Elena I. Highton de Nolasco (Argentina)
El diálogo jurisprudencial entre la justicia nacional y las cortes internacionales: Reflexiones desde la experiencia argentina 431
- Jorge T. Larrieux (Uruguay)
Diálogo jurisprudencial entre la justicia nacional y las cortes internacionales..... 453
- Gustavo Adolfo Sigüenza Sigüenza (Guatemala)
Desafíos del control de convencionalidad y su aceptación por parte de la Corte de Constitucionalidad de Guatemala..... 459
- Eduardo R. Soderó (Argentina)
Los desafíos del positivismo de los derechos humanos. El sistema internacional de protección de los derechos humanos: ¿La pesadilla y el noble sueño? 483

VI. Estado de derecho desde una perspectiva filosófica

- Luis Fernando Barzotto (Brasil)
Legalidade e direito natural institucional..... 503
- Fernando Adrián Bermúdez (Argentina)
El estado de excepción como paradigma de gobierno en Giorgio Agamben 523
- Eliana de Rosa (Argentina)
El ideal del rule of law en la teoría jurídica de John Finnis..... 539
- Ramiro Dillon (Argentina)
Del Estado de derecho al Estado constitucional de derecho. La revolución legal mundial según Carl Schmitt 549

- Daniel Alejandro Herrera (Argentina)
Del Estado de derecho moderno al actual.
Paradojas y justificaciones..... 567
- Maris Köpcke Tinturé (Inglaterra)
Desafíos del rule of law 591
- Julio E. Lalanne (Argentina)
¿Gobierno de la ley o gobierno de los hombres?
El problema en Platón y Aristóteles 611
- Carlos I. Massini-Correas (Argentina)
Sobre el rule of law y el concepto práctico del derecho..... 631
- Carlos Diego Martínez-Cinca (Chile)
Los casos difíciles y el pragmatismo de los jueces.
Claves de la declinación del Estado de derecho 649
- Juan Fernando Segovia (Argentina)
Los condicionamientos metaconstitucionales del derecho estatal..... 667
- Angela Vidal da Silva Martins (Brasil)
Fundamentos procedimentais do Estado democrático
de direito em Lon Fuller 685
- Rodolfo Vigo (Argentina)
Un concepto de validez jurídica funcional al rule of law..... 701

VII. Estado de derecho y sociedad

- Ricardo F. Crespo (Argentina)
Economía, política y Estado de derecho..... 729
- Fernando Hoffmam (Brasil)
José Luís Bolzan de Moraes (Brasil)
Jânia Maria Lopes Saldanha (Brasil)
Do processualismo mercadológico-hipermoderno
ao sistema de justiça mundial dos direitos humanos 741
- Carlos Alberto Gabriel Maino (Argentina)
Pervivencia del rule of law en sociedades líquidas.
Abordaje desde la perspectiva filosófico-política, jurídica y sociológica
de la vigencia del imperio de las instituciones en el Estado
constitucional posmoderno..... 763
- Hugo S. Ramírez García (México)
Fabio Macioce (Italia)
Estado de derecho, laicidad y espacio público 789
- Andrés Rosler (Argentina)
Estado de derecho, delito político y terrorismo 805

VIII. Justicia de transición/Justicia transicional

- Ricardo C. Pérez Manrique (Uruguay)
Justicia de transición..... 825
- Jorge Ignacio Pretelt Chaljub (Colombia)
*El desarrollo de la justicia transicional en Colombia:
un modelo de ponderación entre la paz y los derechos de las víctimas* 831

- Instrucciones para la presentación de artículos*..... 853

Presentación

Durante las últimas dos décadas, el *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano* –editado por el Programa Estado de Derecho para Latinoamérica de la Fundación Konrad Adenauer– ha sido un espacio caracterizado por recoger valiosos análisis sobre el desarrollo del derecho constitucional en el continente. Un desarrollo que en los últimos años, más que nunca, se ha incrementado y vuelto más profundo, ante la constante propuesta de diversos países de reformar sus constituciones, con el objetivo de otorgar más garantías a los ciudadanos. Así, junto a los cuestionamientos al modelo democrático que se levantan en diversos países del continente, se han despertado voces que apelan a reformas constitucionales. Para citar un caso, en México, entre 2006 y 2013, la Constitución Política se enmendó en promedio cada tres semanas.

Al observar de cerca los procesos constitucionales de la región durante más de dos décadas, uno tiende a cuestionar el sentido de nuevas reformas constitucionales que muchas veces cambian en el papel, mas no en la realidad. Más que retoques a una fachada que encubre una realidad muy distinta, podríamos identificar dos desafíos particulares compartidos por gran parte de América Latina, y de cuya solución dependerá el futuro de la región a mediano y largo plazo, así como la anhelada paz en territorios que aún sufren conflictos armados o tasas de violencia muy elevadas en el comparativo internacional. Dichos desafíos, además, parecen evidentes y triviales, pero en la práctica suponen enormes dificultades porque conllevan transformaciones de la cultura político-constitucional que no se producen por meras enmiendas textuales: hablamos de un *diálogo constructivo racional* y de la *materialización de los preceptos constitucionales*. O, en otras palabras, de la reconducción a posiciones moderadas en el juego político y la efectividad de las reglas que lo rigen.

El primer elemento, el *diálogo*, como un presupuesto para generar consensos y soluciones comunes a diferentes extremos en contextos de polarización, como los que es frecuente encontrar en diversas partes del continente hoy en día. En momentos de polarización, es importante hacer un llamado a la conciliación, la mediación y el diálogo, con el objetivo de que posiciones extremas, que implican una visión de ganadores y perdedores, abran paso a posiciones más moderadas, que si bien requieren tiempo, pueden ser más sostenibles a mediano y largo plazo que una solución netamente militar y de aniquilamiento del enemigo en un conflicto armado, o que busque suprimir al contrario político para materializar un proyecto político absoluto, excluyendo al disidente.

La riqueza de un diálogo constructivo –donde la contraparte deje de ser percibida como un enemigo que no tiene nada que aportar, para, en su lugar, ser entendida como un elemento valioso para la democracia, que debe ser escuchado– es una garantía para la consolidación real del Estado de derecho (social, constitucional y democrático) en América Latina.

El segundo elemento necesario que se impone como reto para el derecho constitucional del continente en los próximos años es la *materialización del derecho* en toda su amplitud, y no limitado al marco legal infraconstitucional. Es menester que América Latina no solo discuta en la teoría diversos dilemas constitucionales absolutamente pertinentes hoy en día y evite recaer en una dinámica de continuas refundaciones constitucionales, sino que busque políticas públicas de implementación de preceptos constitucionales en todos los niveles de gobierno.

Para conmemorar los 20 años de la publicación, que coinciden con los 65 de la Ley Fundamental de Alemania, promulgada en Bonn el 23 de mayo de 1949, el Programa ha incluido en esta edición artículos de diversas ramas del derecho constitucional, que se enmarcan precisamente dentro de esta propuesta de *fomentar el diálogo y la materialización de los preceptos constitucionales* en diferentes ámbitos del derecho regional: el derecho constitucional, el derecho procesal constitucional, la democracia y el Estado de derecho, los derechos económicos, sociales y culturales, el derecho internacional de los derechos humanos, el control de convencionalidad y el diálogo jurisprudencial, el Estado de derecho desde una perspectiva filosófica, el Estado de derecho y la sociedad, y la justicia transicional.

Estos textos, además, son el resultado de un proceso donde se seleccionaron trabajos que fueron enviados al Comité Editorial del *Anuario* a lo largo de los años 2013 y 2014. De igual forma, esta edición incluye trabajos presentados en el Seminario *El Estado de derecho y los desafíos de la hora presente*, organizado de manera conjunta por el Programa Estado de Derecho de la Fundación Konrad Adenauer y la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Mendoza en Argentina en el mes de mayo de 2014, así como ponencias de diferentes magistrados que asistieron al *XX encuentro de presidentes y magistrados de tribunales, salas y cortes constitucionales de América Latina*, llevado a cabo en junio de 2014, bajo el tema “Nuevas prácticas y narrativas constitucionales en América Latina: aportes desde la justicia”.

A los autores, organizadores y expositores de estos eventos, así como a los leales lectores del *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano* durante estos 20 años, un sentido saludo de gratitud de parte del Programa Estado de Derecho para Latinoamérica de la Fundación Konrad Adenauer por sus continuos aportes a la construcción del derecho constitucional en América Latina y sus permanentes esfuerzos para fomentar el diálogo y la materialización de los preceptos constitucionales en el continente.

Christian Steiner y Diana Dajer

Programa Estado de Derecho para Latinoamérica
Konrad-Adenauer-Stiftung

I. Derecho constitucional

- Horacio Andaluz Vegacenteno, Bolivia
Argumentación, arbitraje y arbitrariedad: las contradicciones del Tribunal Constitucional en el recurso directo de nulidad contra laudos
- Carlos Justo Bruzón Viltres, Cuba
Reforma constitucional en Cuba: ¿un camino para el perfeccionamiento del ordenamiento jurídico?
- Ery Iván Castro Miranda, Bolivia
La elección de autoridades judiciales como aporte al nuevo constitucionalismo boliviano y latinoamericano
- Víctor Manuel Collí Ek, México
Discursos de odio y su defensa en la doctrina constitucional mexicana
- Emerson Affonso da Costa Moura, Brasil
E assim surge a vida! Uma análise crítica do papel da jurisdição constitucional brasileira em questões onde haja desacordo moral razoável
- Gonzalo Farrera Bravo, México
Constitución y afrodescendencia: la constitucionalización de la afrodescendencia en América Latina
- Fabián Marcelo Jaramillo Villa, Ecuador
De una sociedad plurinacional y pluricultural a una justicia intercultural
- Alan E. Vargas Lima, Bolivia
La reelección presidencial en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia. La ilegítima mutación de la Constitución a través de una ley de aplicación normativa
- Luis Ernesto Vargas Silva, Colombia
Marco constitucional plural en Colombia.
Algunas claves para la discusión

Horacio Andaluz Vegacenteno* (Bolivia)

Argumentación, arbitraje y arbitrariedad: las contradicciones del Tribunal Constitucional en el recurso directo de nulidad contra laudos

RESUMEN

Este artículo analiza una sentencia del Tribunal Constitucional de Bolivia desde el punto de vista de la argumentación de las decisiones judiciales. En ella, el tribunal sostuvo que las pretensiones de nulidad contractual no eran materia arbitrable. A este texto no le concierne el fondo de esta afirmación sino sus implicancias respecto a los anteriores precedentes del propio Tribunal Constitucional. En este sentido, este escrito concluye que, para dictar la sentencia en análisis, el tribunal ha violado sus propios precedentes respecto al recurso directo de nulidad (que es el recurso específico que produjo la sentencia en comento), respecto a la licitud de someter pretensiones de nulidad contractual a arbitramento y respecto a la producción judicial del derecho. Al tratarse de una sentencia contraria a sus propios precedentes, se trata de una sentencia arbitraria, lo que da título al presente artículo.

Palabras clave: Arbitraje, motivación judicial, orden público, nulidad contractual.

ZUSAMMENFASSUNG

Der Artikel analysiert ein Urteil des bolivianischen Verfassungsgerichts unter dem Gesichtspunkt der Begründung von gerichtlichen Entscheidungen. In seinem Urteil vertritt das Gericht die Auffassung, dass der Antrag auf Vertragsnichtigkeit nicht Gegenstand von Schiedsverfahren sein kann. Der Text nimmt keine inhaltliche Betrachtung dieser Feststellung vor, sondern geht auf ihre Bedeutung im Kontext vorangegangener Entscheidungen

* Magíster en Derecho Constitucional y Filosofía del Derecho de Harvard Law School. Árbitro de la Cámara de Industria, Comercio, Servicios y Turismo de Santa Cruz – Bolivia (Cainco), profesor de Derecho en la Universidad Privada de Santa Cruz de la Sierra. Publicación vinculada a este tema: “Aplicación judicial de la constitución”, *El País*, 25 de enero de 2010. handaluz@cotas.com.bo.

gen desselben Verfassungsgerichts ein. Dabei kommt der Beitrag zu dem Schluss, dass das Gericht, indem es zu dem Urteil gelangte, gegen seine eigene vorherige Rechtsprechung zur direkten Klage auf Nichtigkeitserklärung (also zu der spezifischen Klage, die zu dem Urteil geführt hat), zur Frage der Zulässigkeit, Klagen auf Vertragsnichtigkeit einem Schiedsgericht vorzulegen, und zur Begründetheit der Klage verstoßen hat. Da das Urteil der ständigen Rechtsprechung widerspricht, handelt es sich um ein willkürliches Urteil, worauf sich der Titel dieses Beitrags bezieht.

Schlagwörter: Schiedsverfahren, Urteilsbegründung, öffentliche Ordnung, Vertragsnichtigkeit.

ABSTRACT

This article analyses a ruling of the Bolivian Constitutional Court from the point of view of the grounds on which judicial decisions are based. The Court held that requests for the annulment of contracts are not a matter for arbitration. We are not concerned with the substance of this decision but rather with its implications regarding the Constitutional Court's own previous decisions. We conclude that in handing down this decision, the Court has failed to respect its own precedents with regard to the direct appeal for annulment (which is the specific remedy considered in the judgment under examination), and also with regard to the legality of submitting requests for annulment of contracts to arbitration and regarding the judicial creation of the law. Since this ruling is contrary to the Court's own precedents, it is an arbitrary judgment, and this explains the paper's title.

Keywords: Arbitration, legal grounds of judgments, public order, nullity of contracts

1. Introducción

El título de este artículo se explica por sí mismo. Que una decisión judicial esté justificada (argumentada) significa que goza de cierto grado de corrección racional. A contrario, que materialmente carezca de justificación, o que la justificación que ostenta vaya en desacuerdo con la jurisprudencia ya afirmada, significa que es una decisión arbitraria. Y esto es lo que se tiene acá: en la Sentencia 2471 de 2012-RDN (22 de noviembre de 2012), el Tribunal Constitucional renegó de su propia jurisprudencia. No es que haya mutado sus líneas vigentes, sino que silenciosamente las ha rehuido. Al hacer esto, la arbitrariedad de su decisión quedó configurada. El título de este artículo viene de este hecho: contradecir la jurisprudencia propia sin modificarla expresamente es fallar arbitrariamente. Este es un estándar impuesto por el propio Tribunal Constitucional, que hace arbitraria la sentencia en comento por tres razones: (1) por contradecir la propia jurisprudencia constitucional sobre producción judicial del derecho, en lo que se refiere a rehuir los precedentes ya establecidos; (2) por contradecir la jurisprudencia sobre el recurso directo de nulidad, en lo que se refiere a la jurisprudencia aplicable a

sus presupuestos procesales; y (3) por contradecir la jurisprudencia sobre arbitraje, en lo que se refiere a la licitud de someter a arbitramento pretensiones de nulidad contractual.

En un Estado de derecho, toda decisión debe ser pasible de revisión judicial. Y los laudos no son la excepción. Negarlo supondría afirmar una contradicción, a saber, la validez de un producto jurídico producido extrasistémicamente. Tal planteamiento no tiene sostén. Si los laudos son derecho, entonces no pueden exorbitar el orden constitucional. Y si la Constitución es la fuente de validez del sistema jurídico, entonces los actos contrarios a ella merecen ser invalidados. Nada de esto es problema. El problema está en defender la Constitución violándola. Y eso es lo que ocurre cuando para su guarda se recurren a las vías procesales inconducentes a tal fin. Este es el problema acá. No se trata de enfrentar arbitraje y Constitución, sino de defender ambos. Y es así, porque solo salvaguardada la Constitución puede salvaguardarse el régimen de libertades en el que entronca el arbitraje.

Hay críticas de dos tipos en este artículo. Las primeras se refieren a la falta de coherencia interna entre los propios argumentos de la Sentencia 2471 de 2012-RDN. Puesto que no son el objeto mismo de este artículo, ellas son señaladas a tiempo de comentar descriptivamente dicha sentencia. La relevancia de hacerlas notar halla justificación en que las falacias argumentativas expresan una sutil forma de arbitrariedad judicial, que da un revestimiento de corrección racional a decisiones inconsistentes con el sistema jurídico. Bien por accidente o bien deliberadamente, tal sutileza es por igual peligrosa para el Estado de derecho. Las segundas son las críticas fundadas en la jurisprudencia que la Sentencia 2471 de 2012-RDN ha rehuido. Estas son el objeto principal, como viene desde el título. Los párrafos tienen una sola numeración correlativa e independiente de los títulos en los que se divide el artículo. Con indiferencia de su extensión, cada párrafo se define por la unidad conceptual que conforma.

2. Sentencia 2471 de 2012-RDN

La Sentencia 2471 de 2012-RDN es producto de un recurso directo de nulidad presentado por la Procuraduría General del Estado contra un tribunal arbitral, por el pronunciamiento de un laudo. Dos fechas relevantes son las siguientes: el laudo era de 21 de enero de 2008; el recurso directo de nulidad, de 3 de agosto de 2012. El laudo fue producido en un arbitraje entre una empresa pública y una sociedad anónima, que estaban vinculadas por dos actos jurídicos: un contrato de usufructo sobre un inmueble destinado a la prestación de un servicio público, de propiedad de la empresa pública, y un contrato de venta del mismo inmueble. A arbitramento se sometieron la pretensión de resolución de ambos contratos, más la pretensión accesorias de reparación de daños y perjuicios, por parte de la sociedad anónima (demandante principal), y la pretensión de nulidad de los contratos, y también la pretensión accesorias de reparación de daños y perjuicios, por parte de la empresa pública (demandante reconvenzional). Llegado el

laudo, este declaró (1) resuelto el contrato de usufructo, (2) improcedente la pretensión de resolución del contrato de venta, (3) nulo el contrato de venta con efectos retroactivos (i. e., devolución del precio) y (4) improbadamente la nulidad del contrato de usufructo.

Contra este laudo se dirigió el recurso directo de nulidad, por las dos razones siguientes, dependiente la segunda de la primera:

1. De un lado, la Procuraduría General del Estado argumenta que el laudo contrariaría el artículo 546 del Código Civil, que dice: “la nulidad y la anulabilidad de un contrato deben ser pronunciadas judicialmente”. De aquí concluye que el tribunal arbitral habría ejercido impropia y reservadamente las competencias reservadas a la jurisdicción ordinaria, por el hecho de haberse pronunciado en lo sustantivo sobre las acciones de nulidad llevadas al arbitraje. En su respaldo, se apoya en decisiones previas del Tribunal Constitucional y de la Corte Suprema de Justicia. Del primero, apela a la Sentencia 209 de 2007-RAC (29 de marzo) porque entiende que en ella la jurisdicción constitucional ya habría dicho que la nulidad contractual era materia exclusiva de la jurisdicción ordinaria. Y apela también a la Sentencia 49 de 2004-RDN (18 de mayo) porque entiende que el Tribunal habría ido más allá inclusive, reservando la nulidad contractual a la competencia exclusiva de la Corte Suprema. De la segunda, apela al Auto Supremo-Sala Plena 60 de 2003 (29 de agosto) porque entiende que la Corte Suprema habría hecho suya la jurisprudencia constitucional referida. Hasta aquí, la primera razón invocada.
2. De otro lado, la Procuraduría argumenta que el laudo se habría pronunciado sobre materia no arbitrable, por tres razones: (i) El objeto del contrato de venta era la traslación del dominio propietario de un inmueble que requeriría autorización legislativa para su venta. De aquí deriva que dicho inmueble no era disponible, de lo que concluye que el laudo se habría pronunciado sobre derechos indisponibles. (ii) El contrato de venta no podía ser materia arbitrable, porque entiende que se refería a derechos que afectaban al orden público. Por todo argumento, se limita a sostener que la sanción de nulidad es un asunto que concierne a tal orden. (iii) El tribunal arbitral habría decidido sobre un asunto concerniente a las funciones del Estado como persona de derecho público, porque al decidirse la nulidad de la venta habría desconocido el poder de imperio de este. Hasta aquí los argumentos de la Procuraduría, tal como fueron tomados por la Sentencia 2471 de 2012-RDN (párrafo I.1.1).

Dos comentarios al respecto:

1. Lastima cuestiones de la más básica juridicidad el hecho que la misma parte que demandó la nulidad de los contratos sea la que luego denuncie la nulidad del laudo por pronunciarse sobre las pretensiones que ella misma llevó al arbitraje. La aceptación de las reglas a conveniencia no es plausible en un Estado

de derecho. Para situaciones así, el derecho angloamericano conoce el *estoppel*, que impide que una parte haga una alegación contraria al sentido objetivo de su anterior conducta. A diferencia de la doctrina de los actos propios desarrollada por la tradición civil, el *estoppel* no crea, modifica ni extingue un acto jurídico: su eficacia es procesal, actúa como un medio de defensa que hace inadmisibles en juicio la alegación contraria al acto propio. Pero, al igual que la doctrina de los actos propios, el *estoppel* es también una derivación de la regla *venire contra factum proprium non valet* (no es lícito actuar en contra de los propios actos).¹

¹ En esta regla también toma fundamento la doctrina constitucional de los actos consentidos. Pero esta doctrina no es un *estoppel* porque no opera impidiendo procesalmente una pretensión, sino extinguiendo el derecho reclamado. Ver a continuación el razonamiento del Tribunal Constitucional y nótese el contenido sustantivo de la doctrina en cuestión, que atribuye su fundamento a la dejación de un derecho: “[la doctrina de los actos consentidos] tiene su fundamento en el respeto al libre desarrollo de la personalidad, lo que significa que toda persona puede hacer lo que desee en su vida y con su vida sin que la Sociedad o el Estado puedan realizar intromisiones indebidas en dicha vida privada; pues se entiende que toda persona tiene la absoluta libertad de ejercer sus derechos de la forma que más convenga a sus intereses, con la sola condición de no lesionar el interés colectivo o los derechos de las demás personas, por lo mismo, frente a una eventual lesión o restricción de su derecho fundamental o garantía constitucional la persona tiene la libertad de definir la acción a seguir frente a dicha situación, ya sea reclamando frente al hecho ilegal, planteando las acciones pertinentes o, en su caso, de consentir el hecho o llegar a un acuerdo con la persona o autoridad que afecta su derecho, por considerar que esa afección no es grave y no justifica la iniciación de las acciones legales correspondientes” (Sentencia 1890 de 2012-AAC, 12 de octubre, párrafo III.2.2). Ahora, compárese este razonamiento con el siguiente, propio del *estoppel*: “Es una regla jurídica bien establecida que el error no puede ser alegado como vicio del consentimiento si quien consintió contribuyó con su propia conducta al error o pudo haberlo evitado o, si las circunstancias lo permitían, pudo haberse enterado de ese posible error” (Corte Internacional de Justicia, asunto Templo de Preah Vihear, Camboya c. Tailandia, 1962). Compárese ambos razonamientos y se notará que el segundo no tiene eficacia sustantiva. No sostiene la extinción de un derecho, sino la imposibilidad de reclamar por un derecho a causa de una conducta propia. Se trata de un medio de defensa procesal, mientras que el acto propio de la tradición latina opera como un medio de defensa material. Una ventaja del razonamiento procesal del *estoppel* es que no genera la inexacta imagen de estar convalidando la validez de un acto viciado a través del consentimiento tácito, que en algunas ocasiones genera el razonamiento sustantivo de la doctrina de los actos propios. Ejemplo de esto es la Sentencia 1 de 2013-L (4 de enero), en la que el Tribunal Constitucional afirma que la doctrina de los actos consentidos no se aplica a las nulidades absolutas, definiéndolas como aquellas producto de la violación a normas imperativas de procedimiento (párrafo III.4). El razonamiento subyacente en esta afirmación es la eficacia sustantiva de los actos propios. Si por el acto propio se puede crear, modificar o extinguir un derecho, entonces la doctrina solo es aplicable a los actos que caen bajo el poder de disposición de los particulares. En consecuencia, como las normas procesales no son de libre disponibilidad, el consentimiento tácito manifestado en la inacción de una parte no puede extinguir su derecho. Hasta aquí claro. Pero, bien visto, la inacción de la parte no habrá extinguido su derecho, pero sí causado que, por efecto de la preclusión, el acto procesal vulneratorio de las normas de procedimiento ya no pueda ser revisado. Vale decir, el resultado es el mismo: la imposibilidad de atacar el acto y su firmeza por dicho motivo. La diferencia estriba en el razonamiento que lleva a esa conclusión: si se trabaja con el *estoppel*, será esta doctrina por sí sola la que sirva de sustento, porque como no tiene eficacia sustantiva, su aplicación no supone para el pensamiento jurídico la inexactitud de aparecer imponiendo como condición convalidatoria de validez un presupuesto no contemplado para la formación del acto. En cambio, si se trabaja con la doctrina de los actos pro-

Por tanto, en la medida en que es una consecuencia de racionalidad práctica derivada de la buena fe, todo sistema jurídico que reconozca a la buena fe como principio podrá jurisprudencialmente desarrollar el *estoppel* como una aplicación del mismo.² Hasta aquí el primer comentario.

2. La jurisprudencia alegada no es precedente constitucional a favor de que la declaratoria de nulidad de los actos jurídicos sea materia reservada excluyentemente a favor de la jurisdicción ordinaria, por lo siguiente: (i) En la Sentencia 209 de 2007-RAC, el Tribunal Constitucional decidió una acción de amparo demandada por la misma sociedad anónima que luego sería parte en el arbitraje. Los hechos: funcionarios del Ministerio Público, auxiliados por oficiales de la Policía Boliviana y del Ejército, tomaron el control efectivo del mismo inmueble que había sido materia de usufructo y de venta entre esta sociedad anónima y la empresa pública (la misma empresa que luego sería parte en el arbitraje). Luego, entregaron el inmueble a la empresa pública, destituyeron al administrador de la sociedad anónima y designaron a un interventor. Y todo esto sin orden judicial alguna. Como justificativo a tiempo del amparo, los recurridos alegaron que la venta del inmueble en cuestión era ilegal. Y fue acá donde el tribunal sostuvo que la declaratoria de nulidad no correspondía a la jurisdicción constitucional, sino a la jurisdicción ordinaria (párrafo III.2). En el contexto, lo que el tribunal está diciendo es que no le compete al Ministerio Público decidir sobre la validez de los actos jurídicos. De ahí que hubiese concluido que la actuación de los funcionarios de esta dependencia constituyó una vía de hecho atentatoria de los derechos constitucionales de la sociedad anónima (párrafo III.3). Pero el Tribunal no dijo que la declaratoria de nulidad no pudiese ser objeto de arbitramento, porque la pretensión específica materia de amparo versaba sobre la actuación de los funcionarios del Ministerio Público, no sobre la competencia de jurisdicción primaria alguna. (ii) La Sentencia 49 de 2004-RDN y el Auto Supremo-Sala Plena 60 de 2003 fueron pronunciados como incidencias en un asunto por cuya emergencia se pronunciaron en total cinco decisiones judiciales: tres del Tribunal Constitucional y dos de la Corte Suprema. El caso: el Ministerio de Defensa demandó en la Corte Suprema la nulidad de un contrato entre dicho despacho y una empresa privada. La empre-

pios, su aplicación llevaría al absurdo de postular que un acto que no requiere para su formación el consentimiento expreso de una parte, puede ser convalidado por su consentimiento tácito. Como tal conclusión no puede sostenerse, el pensamiento jurídico debe rechazarla, como lo ha hecho la Sentencia 1 de 2013-L. Y en su auxilio debe recurrirse a un instrumento netamente procesal: el de la preclusión, que por igual impide atacar el acto por haber vencido la oportunidad para hacerlo. Si de dos vías una es la más corta, pareciera que el pensamiento jurídico debiera decantarse por ella, como exigencia de limpieza intelectual para abordar el mismo objeto.

² Por lo demás, tampoco significaría la introducción *ex novo* de un contenido en el sistema jurídico, ya que en el ordenamiento nacional hay antecedentes legislativos de *estoppel*, como la prohibición a los cónyuges de fundar la acción de divorcio en su propia falta (artículo 134 del Código de Familia).

sa privada excepcionó la competencia de la Corte, alegando la existencia de una cláusula arbitral. Pero la Corte razonó que la declaratoria de nulidad era asunto propio de la jurisdicción ordinaria y que, tratándose de un contrato con el Poder Ejecutivo, correspondía a esa instancia la sede. Para lo primero se sustentó en el artículo 546 del Código Civil y para lo segundo en los artículos 775 a 777 del Código de Procedimiento Civil. Este fue el Auto Supremo-Sala Plena 60 de 2003 (29 de agosto). En vía paralela, el Ministerio de Defensa demandó en acción de amparo al tribunal arbitral que se había formado a partir de la demanda presentada por la empresa privada. Como la Ley de Arbitraje y Conciliación dice que se puede seguir con las actuaciones arbitrales “mientras la excepción [de incompetencia] esté en trámite ante el juez” (artículo 12.IV), el Tribunal Constitucional decidió que el tribunal arbitral era competente en tanto no se pronunciase la Corte Suprema (Sentencia 1424 de 2003-RAC, 29 de septiembre). Luego, el Ministerio de Defensa demandó en recurso directo de nulidad las actuaciones arbitrales producidas después de la declaratoria de competencia de la Corte Suprema. Como para ese momento ya se sabía del Auto Supremo-Sala Plena 60 de 2003, el Tribunal Constitucional declaró nulas las actuaciones demandadas (Sentencia 49 de 2004-RDN, 18 de mayo). Ya afirmada su competencia, la Corte Suprema se pronunció sobre el fondo del asunto, declarando la nulidad del contrato en cuestión (Auto Supremo-Sala Plena 148 de 2004, 19 de noviembre). Para terminar, la empresa privada demandó en amparo constitucional este último auto supremo. Pero el tribunal encontró que en la resolución del fondo del asunto no se habían vulnerado sus derechos constitucionales. Y, sobre el asunto de la competencia, encontró que había ya decisiones firmes que lo hacían irrevisable (Sentencia 631 de 2006-RAC, 30 de junio). Hasta aquí el caso. Pero ninguna de estas sentencias es precedente constitucional en sentido que la declaratoria de nulidad sea competencia reservada excluyentemente a favor de la jurisdicción ordinaria, por dos razones: (i) porque jamás se controvertió en la jurisdicción constitucional que la declaratoria de nulidad pudiese ser materia de arbitramento (la participación del Tribunal Constitucional no fue para pronunciarse sobre la competencia de una jurisdicción primaria) y (ii) porque la única decisión que afirma que la declaratoria de nulidad de los actos jurídicos es competencia de la jurisdicción ordinaria (el Auto Supremo-Sala Plena 60 de 2003) es en sí misma una decisión arbitraria, ya que, igual que la Sentencia 2471 de 2012-RDN, es una decisión que rehuyó la aplicación de la jurisprudencia constitucional vigente a tiempo de su dictado, como se verá en el párrafo 29 (queda al margen el hecho obvio que un fallo de la jurisdicción ordinaria no es precedente producido por la jurisdicción constitucional).

Llegado el tiempo de resolver, el Tribunal Constitucional comenzó elaborando sobre cuatro cuestiones de naturaleza procesal involucradas en el caso.

3. Abrió su motivación refiriéndose a la naturaleza jurídica del recurso directo de nulidad. Al respecto, dijo que el mismo tutelaba la garantía de competencia y que sancionaba con su nulidad los actos producidos *ultra vires*. Su retórica en este aspecto fue general e insuficiente. General, porque se limitó a explicar el texto del artículo 122 de la Constitución, que dice que los actos producidos sin competencia son nulos. E insuficiente, porque no elaboró respecto al carácter directo del recurso en cuestión, que es precisamente lo que define su entidad jurídica procesal. Lo único que podría asumirse como una motivación referente al caso concreto es la cita subrayada que hizo del artículo 157 de la Ley del Tribunal Constitucional Plurinacional, en lo referido a que el recurso procede contra los actos “de quien ejerza jurisdicción o potestad que no emane de la ley” (párrafo III.1). Pero esta inferencia dista mucho de satisfacer la obligación de explicar los fundamentos del caso en análisis, que corresponde a todo tribunal.
4. Luego, el Tribunal justificó la legitimación de la Procuraduría General del Estado para accionar en este caso. Su explicación fue textualista: ya que el artículo 231 de la Constitución dice que la Procuraduría puede actuar en defensa de los intereses del Estado como sujeto procesal de pleno derecho en todas las acciones judiciales y administrativas, interponiendo recursos ordinarios y acciones de defensa, entonces puede, sin necesidad de decir más, accionar en este caso (párrafo III.2.1).
5. Del hecho que la demanda estuviese dirigida contra el tribunal arbitral, el tribunal razonó que el recurso directo de nulidad también es aplicable a los particulares que ejerzan una función de relevancia pública, porque “el ejercicio competencial o jurisdiccional puede en su caso ser de relevancia bajo la perspectiva del orden público, como sucede en el caso de autos” (párrafo III.2.2). La cita adelanta un criterio de excepción: no está definiendo el objeto de la pretensión del recurso directo de nulidad a partir de la garantía de competencia (i. e., es materia del recurso la violación a dicha garantía), sino a partir de la importancia (“relevancia”) de la competencia ejercida. Dos cosas al respecto: si lo que define al objeto de la pretensión del recurso directo de nulidad es la relevancia de la competencia comprometida, entonces (i) su naturaleza jurídica es distinta a la que refirió el tribunal en la misma sentencia, y (ii) es reprochable que el tribunal no se detuviese a explicar lo que hace relevante a una competencia como para que su transgresión califique como objeto del recurso directo de nulidad: desde el punto de vista de la justificación de las decisiones judiciales, motivar respecto del objeto de la pretensión parece una exigencia impuesta por el puro sentido común, porque de la claridad jurisprudencial de su definición depende el destino de la acción.
6. Finalmente, sobre el plazo de presentación del recurso directo de nulidad se construyó el siguiente argumento: (i) el plazo aplicable a esta acción en particular estaba reglado por la Ley del Tribunal Constitucional Plurinacional y era de seis meses a partir de la notificación o de la ejecución del acto denunciado (artículo 159); (ii) aunque entre la fecha del laudo (21 de enero de 2008) y la fecha del recurso (3 de agosto de 2012) hay más de seis meses, el ejercicio de la acción no ha-

bía caducado aún, porque la Procuraduría General del Estado conoció recién del laudo el 13 de julio de 2012, cuando le fue comunicado por el Ministerio de Obras Públicas, Servicios y Vivienda (párrafo III.2.3). De momento, lo siguiente: si el plazo comenzaba a correr a partir de que la Procuraduría tomase conocimiento, entonces su participación en el caso no sería en representación del Estado, sino a nombre propio. Para que los fundamentos 2 y 4 guardasen coherencia entre sí, o bien la Procuraduría actuaba como representante del Estado y el plazo estaba caducado, o bien actuaba a nombre propio y el plazo estaba vigente, pero no las dos cosas a la vez.

Para llegar a que la declaratoria de nulidad del contrato de venta fue una actuación arbitral contraria al orden público por arrogarse competencias reservadas a la jurisdicción ordinaria, el tribunal dio dos argumentos:

1. Comenzó por lo obvio: el carácter arbitrable de una controversia (párrafo III.3). Para esto, se sirvió primero de los artículos 3, 6 y 63.I de la Ley de Arbitraje y Conciliación, para concluir en la imposibilidad de arbitrar controversias sobre (i) “materias expresamente excluidas”, (ii) “derechos sobre los cuales no se puede pactar libremente” y (iii) “indisponibilidad de aspectos vinculados al orden público que solo pueden ser dilucidados por la jurisdicción estatal” (arbitrabilidad objetiva, párrafo III.3.a). Esta clasificación es redundante. Lo es, porque las “materias expresamente excluidas” son aquellas que “no se pueden pactar libremente” y que “solo pueden ser dilucidadas por la jurisdicción estatal”, como queda de la literalidad de los artículos 3 y 6 de la Ley de Arbitraje y Conciliación. Para no repetirse doblemente, hubiese bastado con referirse al género (i. e., “materias expresamente excluidas”), sin escindirlo innecesariamente en sus propias especies. Hecho esto, el tribunal tomó el artículo 4 de la Ley de Arbitraje y Conciliación para decir que el Estado puede someter sus controversias sobre derechos disponibles a arbitramento (arbitrabilidad subjetiva, párrafo III.3.b).
2. Dicho esto, siguió refiriéndose al régimen de nulidad de los contratos. Sobre este, dijo que los vicios de nulidad se producen cuando se transgreden normas imperativas, que como tales suponen una limitación a la libre autonomía de la voluntad. Hasta aquí bien. Pero luego tornó en equivalentes las normas imperativas, cuya violación produce un vicio de nulidad, con el orden público. Y de esto concluyó (“por lo cual”, dijo, párrafo III.4) que la declaratoria de nulidad correspondía únicamente a la jurisdicción ordinaria, citando al efecto el artículo 546 del Código Civil. Hasta aquí dos cosas: (i) la equivalencia entre orden público y normas imperativas revela que el tribunal desconoce la distinción entre orden público interno y orden público internacional, y (ii) que el régimen de nulidades nazca de normas imperativas no quiere decir, por vía de deducción, que su declaratoria esté reservada al Estado: todo lo que quiere decir es que dicho régimen no admite excepción de pacto en contrario y que, en

consecuencia, quien conozca de una acción de nulidad está obligado a aplicar tales normas imperativas. La competencia para declarar la nulidad de un acto jurídico es un asunto de derecho positivo y es con esto que tiene que lidiar el tribunal, a partir del artículo 32.II de la Ley de Arbitraje y Conciliación, que dice: “La decisión arbitral que declare la nulidad de un contrato no determinará de modo necesario la nulidad del convenio arbitral”. Enfrentado con esta norma, el Tribunal Constitucional dice que ella “permitiría entrever” (párrafo III.4) que la declaratoria de nulidad puede ser materia de arbitramento, pero que una interpretación sistemática no avala esto. Según tal interpretación, (i) como el Código Civil dice que la nulidad solo puede ser declarada judicialmente, entonces nadie más que los jueces puede declararla; y (ii) como la anterior afirmación vacía de contenido al artículo 32.II de la Ley de Arbitraje y Conciliación, el Tribunal dice que ese artículo se refiere al régimen de nulidades pactadas contractualmente. Sobre esto último: si en el mismo párrafo III.4 el propio tribunal está diciendo que el régimen de nulidades nace de normas imperativas y las casa con el orden público, entonces según su propio razonamiento no puede haber un régimen de nulidades que nazca de la autonomía de la voluntad de las partes contratantes, como de hecho no lo hay, porque la declaratoria de nulidad importa la pérdida de validez y solo puede condicionar la validez una fuente con anterioridad lógico-normativa a la fuente cuya validez deriva de ella; de ahí que el régimen de nulidades venga de la misma fuente que condiciona la validez de los contratos, que para el caso es el Código Civil.

Así fue como se llegó a la declaratoria de nulidad del laudo, pero con una disidencia. Al votar, la magistrada Chanez Chire disintió (1) del plazo de presentación del recurso y (2) de la legitimación de la Procuraduría General del Estado para accionar. Aunque aparentan ser dos fundamentos independientes, se trata en puridad de uno solo, el primero, respecto del cual el segundo es un argumento de consecuencia, como lo advierte la propia disidencia (párrafo I): (1) del plazo, da por bien hecho que la mayoría lo hubiese regido por la Ley del Tribunal Constitucional Plurinacional, pero disiente de su cómputo. A su juicio, los seis meses que dicha ley establece para el ejercicio de la acción habrían ya caducado a tiempo del recurso directo de nulidad (párrafo II.3). (2) De la legitimación de la Procuraduría, no controvierte su competencia para representar al Estado, pero sí que la haya ejercido fuera de plazo (párrafo II.4). Aplicados estos argumentos al caso, concluye que, para el tiempo de presentación del recurso directo de nulidad, el laudo arbitral ya gozaba de la inmutabilidad propia de las decisiones sobre las que recae la calidad de cosa juzgada. Ergo, la Procuraduría no podía accionar contra una decisión que el ordenamiento prodebo variar lo de arriba, sol,o lo de anabajocesal había declarado firme y definitiva. Y ya que se dio lugar al recurso a pesar de haber caducado el derecho para su accionamiento, dice que (1) le es preocupante los efectos que pueda tener una “interpretación lesiva para la estabilidad del ordenamiento jurídico”; y (2) que la interpretación de la mayoría “corre el riesgo de abrir un precedente incierto, que origine un

escenario de estado de indefensión no querido por el orden constitucional” (párrafo II.5). Los dos son temores fundados.

3. Argumentación y arbitrariedad

La aceptación de una decisión es un pronunciamiento sobre su corrección racional. Hay corrección racional cuando las decisiones son justificables por su universalidad, su coherencia y su consecuencia con los valores del sistema. La justificación de las decisiones judiciales es una exigencia del Estado de derecho, no un elemento lógico del sistema jurídico. Solo en el Estado de derecho se considera que una decisión no está suficientemente justificada por el solo hecho de haber sido dictada por una autoridad competente (determinismo metodológico). Aquí, a la estabilidad formal de las decisiones debe agregársele la corrección racional de su justificación. Fundamentar una decisión judicial no es exponerla (labor descriptiva), sino justificarla. Dar razones que sostengan la corrección racional de la decisión adoptada. La justificación conlleva la formulación de juicios evaluativos (formales o materiales) sobre el derecho y los hechos del caso. De esto se desprende, como regla natural, que la argumentación será más compleja cuanto más complejos sean los casos. Tratándose de la justicia constitucional, la labor argumentativa arrastra las complejidades propias de (1) resolver en el marco de la indeterminación característica de las constituciones y (2) decidir autoritativamente sobre el significado jurídico de la Constitución. Con esto, en cada decisión constitucional, los tribunales tienen en sus manos todo el Estado de derecho.

La justificación de las decisiones significa control democrático sobre los tribunales por dos razones:

1. Porque es la precondition de toda segunda instancia y de toda vía recursiva. Aquí los afectados accionan fundándose en la justificación de la decisión objetada. Piden que un órgano autorizado para enjuiciar los actos de otro se pronuncie al respecto. Se trata del sistema de frenos y contrapesos aplicado *intra organum* y promovido como contenido de una pretensión procesal. Constituye el derecho a obtener una sentencia fundada, que nace de la tutela judicial efectiva y del debido proceso (artículo 115 de la Constitución). Ya estaba suficientemente afirmado en la jurisprudencia (i) la relación entre motivación, debido proceso y tutela judicial efectiva; (ii) que el cumplimiento de la exigencia de motivar se medía por su cometido constitucionalmente asignado de proporcionar conocimiento material efectivo sobre las razones de la decisión; y (iii) que la carencia de motivación significaba comisión de acto arbitrario (por todas, Sentencia 1163 de 2006-RAC, 20 de noviembre, párrafo III.2; y Sentencia 937 de 2006-RAC, 25 de septiembre, párrafo III.3.1). Esto no ha variado (por todas, Sentencia 2212 de 2010-AAC, 19 de noviembre, párrafo III.3; y Sentencia 275 de 2012-AAC, 4 de junio, párrafo III.2.1). La reafirmación de la jurisprudencia ha llevado (i) a

- enfaticar la mayor importancia que tiene la motivación cuando se está ante un tribunal de cierre (Sentencia 2210 de 2012-AAC, 8 de noviembre, párrafo III.1) y (ii) a determinar el contenido esencial del derecho a obtener una sentencia fundada a partir del *telos* propio de la justificación de las decisiones en el Estado de derecho. Con esto, la motivación ha adquirido corporeidad propia, que redunde en su garantía. Como su autonomía normativa viene de los fines que debe cumplir, para el respeto de su contenido esencial, las decisiones deben (i) expresar el sometimiento manifiesto a la Constitución y al derecho ordinario en general; (ii) convencer de que la decisión es expresión de justicia, razonabilidad y congruencia con lo pedido, y no fruto de la arbitrariedad; (iii) garantizar la posibilidad de control de la decisión por los medios de impugnación respectivos; y (iv) permitir el control democrático de los tribunales (Sentencia 2221 de 2012-AAC, 8 de noviembre, párrafo III.1).
2. Porque es la precondition para la creación judicial del derecho. Un precedente se afirma por la fuerza de su justificación y se lo cambia cuando la fuerza de otra justificación articula mejor en el sistema jurídico. Acá, la justificación de las decisiones judiciales es una exigencia que viene del derecho a la igualdad ante la ley (artículos 8.II y 14.III) y de la garantía de seguridad jurídica (artículo 178.I). En un inicio, el Tribunal Constitucional no tuvo esto en claro. Su argumento para fundar la obligatoriedad de sus precedentes tomaba apoyatura en su Ley de Organización (Sentencia 1781 de 2004-RAC, 16 de noviembre, párrafo III.1), sin advertir lo denigrante de tal razonamiento para la supremacía constitucional. Si para ser vinculantes los precedentes necesitan de una ley, entonces sería la ley la fuente suprema del ordenamiento y no la Constitución. Pero esto ha sido enmendado por el propio tribunal. En la Sentencia 846 de 2012-AAC (20 de agosto, párrafo III.3), el tribunal (i) afirmó el valor de la jurisprudencia como fuente directa del derecho; (ii) fundó su fuerza vinculante en la igualdad y en la seguridad jurídica; (iii) reconoció la importancia de los precedentes para la unidad y coherencia del ordenamiento; (iv) recordó que los cambios jurisprudenciales deben estar fundados en interpretaciones que acomoden mejor con la Constitución; (v) respecto al cambio de precedentes, sostuvo que puede hacerse con la “motivación suficiente” (i. e., no rehuirlos silenciosamente, párrafo III.3.1.d); (vi) diferenció entre precedente y *dicta*; (vii) afirmó la aplicación inmediata en el tiempo de la jurisprudencia; (viii) introdujo el concepto de *prospective overrule*; y (ix) hizo pedagogía acerca de la aplicación e invocación de sus precedentes.

La argumentación de una decisión exige una rigurosa economía del razonamiento jurídico, que por criterio de razón suficiente evite cuestiones impertinentes al asunto en cuestión. La adecuada justificación de las decisiones judiciales comienza por distinguir entre casos fáciles y difíciles. (1) Son fáciles los casos cuyas premisas normativas y fácticas no son controversiales. Puesto que sus premisas son convencionalmente aceptadas,

se producen conclusiones racionalmente aceptables sin necesidad de mayor esfuerzo argumentativo. Por esto, el razonamiento deductivo es suficiente para justificar la decisión. Esta es una justificación formal o de primer nivel. Aquí el silogismo de Beccaria basta.³ (2) Son difíciles los casos cuyas premisas no son convencionalmente aceptadas. (i) Tratándose de sus premisas normativas, esto puede deberse a problemas de relevancia o de interpretación. Son problemas de relevancia las dudas sobre la determinación de la norma aplicable o sobre su propia existencia. Los problemas de interpretación suponen dudas sobre el significado jurídico de la norma aplicable. (ii) Tratándose de las premisas fácticas, que no sean convencionalmente aceptadas puede deberse a problemas de prueba o de calificación. Se llaman problemas de prueba a las dudas sobre la existencia de los hechos requeridos para hacer operativa la hipótesis de la norma. Y son problemas de calificación las dudas sobre la determinación del significado jurídico de un hecho probado.

Desde el punto de vista de la argumentación, el razonamiento deductivo es insuficiente para justificar la decisión de un caso difícil. Aquí, a la lógica formal (justificación de primer nivel), debe sumársele criterios de razonabilidad (justificaciones de segundo nivel). De esta manera, cada premisa problemática debe justificarse en criterios que sostengan la corrección racional de la decisión tomada. Hecho esto, la justificación formal puede ejecutarse. En este sentido, el razonamiento deductivo no solo describe los casos fáciles, sino también los difíciles. No hay caso en que la decisión judicial, desde que es aplicación del derecho, no vaya de una norma general a una particular. El problema está en determinar las premisas del silogismo. Una vez justificadas, la decisión podrá describirse como un proceso deductivo. Necesitándose justificaciones de segundo nivel, decidir un caso difícil con base en una justificación de primer nivel es abusar de la deducción. La decisión descansaría en un razonamiento formalista, una degeneración del pensamiento formal. El formalismo es el error de no darse cuenta que la decisión necesita de justificaciones de segundo nivel. Es el caso del juez que ignora que está ante una laguna y que le corresponde su integración, o que ignora que está ante una antinomia y que su decisión debe eliminarla. Como efecto, el formalismo corre en contra de la aceptación racional de la decisión. Y, al contrario, decidir un caso fácil con base en una justificación de segundo nivel es caer en un error sustantivista. Este es una degeneración del pensamiento sustantivo (material). El error consiste en no darse cuenta de que el razonamiento deductivo es suficiente para justificar la decisión.⁴

Para MacCormick,⁵ los criterios de razonabilidad para la construcción de justificaciones de segundo nivel son tres:

³ Refiriéndose al derecho penal, decía Beccaria: “En todo delito debe hacerse por el juez un silogismo perfecto: la premisa mayor debe ser la ley general; la menor, la acción conforme o no con la ley; la consecuencia, la libertad o la pena” (Cesare Beccaria, *De los delitos y de las penas*, Madrid, Aguilar, 1974, p. 76).

⁴ Las definiciones de formalismo y sustantivismo son de P.S. Atiyah, Robert S. Summers, *Form and Substance in Anglo-American Law*, Nueva York, Clarendon Press, 1987, p. 28.

⁵ Cf. Neil MacCormick, *Legal Reasoning and Legal Theory*, Nueva York, Clarendon Press, 1978. En la bibliografía nacional puede consultarse Pedro Talavera, *Interpretación, integración y argu-*

1. La universalidad, que no es nueva en el pensamiento jurídico: donde hay identidad de razón debe haber identidad de derecho (*ubi eadem ratio iuris, ibi eadem legis dispositio*). Supone dar el mismo tratamiento a todos los casos cuyas premisas sean las mismas y tratar de modo distinto a los que tengan premisas diferentes. Implícitamente, este es el razonamiento que ha llevado al Tribunal Constitucional a afirmar la obligación de una “protección constitucional reforzada de los derechos de las personas pertenecientes a sectores en condiciones de vulnerabilidad” (Sentencia 846 de 2012-AAC, 20 de agosto, párrafo III.1). La universalidad de una decisión descansa, a su vez, en una decisión previa: la determinación de las premisas relevantes del caso y la determinación de las premisas relevantes de los casos con los que será confrontado.
2. La coherencia, que (i) cuando se refiere a las premisas normativas significa que la justificación no es antinómica con las normas del sistema jurídico, o inconsistente con los valores implícitos que lo unifican. Consecuencia práctica inmediata de esto es la revisión de la legalidad ordinaria en vía de amparo, cuando la “labor interpretativa resultare insuficientemente motivada, arbitraria, incongruente, absurda e ilógica o con error evidente” (Sentencia 832 de 2012-AAC, 20 de agosto, párrafo III.4); (ii) cuando se refiere a las premisas fácticas, la coherencia significa que la prueba y calificación de los hechos debe estar en conformidad con las leyes científicas aplicables y con los datos convencionalmente aceptados por la experiencia. Aquí, la consecuencia práctica inmediata es la revisión constitucional de la valoración de la prueba, cuando “exista apartamiento de los marcos legales de razonabilidad y equidad previsibles para decidir” (Sentencia 832 de 2012-AAC, 20 de agosto, párrafo III.5).
3. Y la consecuencia, que conlleva la consideración de las consecuencias de la decisión según los valores adoptados por el sistema jurídico. La decisión cuyas consecuencias mejor sirvan a estos valores estará mejor justificada. Su fuerza justificatoria está en relación directa con los objetivos sociales que persigue el sistema. Por tanto, las justificaciones de consecuencia son adecuadas si contribuyen con tales objetivos. Ya esto ha venido haciéndose desde hace cerca de una década, cuando el Tribunal Constitucional explicitó la aplicación directa de los principios y valores superiores del ordenamiento (Sentencia 1846 de 2004-RAC, 30 de noviembre, párrafo III.2). Este ha sido el razonamiento, por ejemplo, detrás de la decisión de permitir que en los supuestos de tutela por medidas de hecho se flexibilicen las reglas de legitimación pasiva, cuando quien acude en amparo no pueda identificar a sus demandados (Sentencia 1478 de 2012-AAC, 24 de septiembre, párrafo III.1.2). De no permitirse esta excepción, el ordenamiento estaría trabajando a favor de su propia ruptura, premiando con la imposibilidad de ser demandado a quien lo quebranta por un acto de fuerza patente, beneficiándolo así con su propio ilícito.

Hasta aquí, la jurisprudencia en materia de argumentación. A partir de ella, dos cosas pueden decirse respecto a la justificación de las decisiones judiciales en la jurisdicción constitucional: (1) el Tribunal Constitucional arrastra una consolidada tradición garantista respecto a que la justificación de las decisiones judiciales enraza en el derecho a la tutela judicial efectiva y en la garantía del debido proceso; y (2) tal tradición va a la par, cuando menos, de las opiniones doctrinales comúnmente aceptadas en la materia. Esta es la altura de la valla que el propio tribunal ha erigido. Contra ella tiene que medirse la justificación de su Sentencia 2471 de 2012-RDN.

4. Incumplimiento de la jurisprudencia aplicable a los presupuestos procesales del recurso directo de nulidad

4.1. Naturaleza directa del recurso directo de nulidad

El recurso directo de nulidad es, por definición, directo. Su entidad procesal quedó definida por el AC 426 de 2001-CA (1 de noviembre), que dijo que el recurso directo de nulidad solo procedía para “aquellos supuestos en los que no es posible obtener la reparación del agravio por no prever el orden legal otro medio de impugnación”. Desde que es tal (directo), el recurso directo de nulidad no supone el agotamiento de ninguna vía procesal previa (subsidiariedad), habida cuenta que solo procede ante la falta de previsión de vías por parte del sistema jurídico. A contrario, de haber una vía que remedie la garantía de competencia, esta excluye la procedencia del recurso. Esto ha sido recientemente reiterado por el Tribunal Constitucional, a propósito de reencausar un precedente suyo en el que había equiparado la naturaleza directa del recurso en comentario con el carácter subsidiario de la acción de amparo constitucional.⁶ Al corregir el equívoco, el Tribunal dijo: “El recurso directo de nulidad, no se rige por el principio de subsidiariedad por lo que a diferencia de la acción de amparo constitucional y conforme se extrae de su propia denominación para su planteamiento no requiere agotar las instancias intra-procesales pero a la vez este recurso, no puede ser sustitutivo de los recursos intra-procesales ordinarios” (Sentencia 693 d 2012-AAC, 2 de agosto, párrafo III.2). Esto no quiere decir que en estos casos la garantía de competencia no pueda ser amparada por la jurisdicción constitucional. Todo lo que quiere decir es que no puede serlo por la vía del recurso directo de nulidad. Para los casos en los que la garantía de competencia tiene remedios previstos en el ordenamiento, su agotamiento es condición para el ejercicio de la acción de amparo: un remedio procesal distinto al recurso directo de nulidad, que no tutela la garantía de competencia en sí misma, sino que

⁶ Se trata de la Sentencia 99 de 2010-RAC (10 de mayo), que dijo: “[Para la procedencia del recurso directo de nulidad] se deben agotar previamente los mecanismos internos efectivos para la restitución de la garantía de competencia” (párrafo III.7).

repara los daños que la actuación incompetente hubiese generado en los derechos de orden constitucional. Para el caso del arbitraje, el ordenamiento ordinario ha dispuesto mecanismos de salvaguarda de la garantía de competencia, que, en consecuencia, son excluyentes del recurso directo de nulidad. Tal es el caso de la excepción de incompetencia por (1) inexistencia de materia arbitrable, (2) inexistencia del convenio arbitral, (3) nulidad del convenio, (4) caducidad del mismo y (5) exceso en el mandato del tribunal arbitral (artículo 33 de la Ley de Arbitraje y Conciliación). Y es el caso del recurso de anulación contra el laudo por (1) pronunciarse sobre materia no arbitrable, (2) existencia de casos de nulidad o anulabilidad del convenio arbitral, (3) referencia a controversias no previstas en el convenio arbitral o resueltas en exceso del mismo y (4) emisión del laudo fuera de plazo (artículos 63.I.1, 63.II.1, 63.II.4 y 63.II.7 de la Ley de Arbitraje y Conciliación). En todos estos supuestos, la razón de la pretensión para accionar el medio de defensa específico es la misma: la actuación sin competencia del tribunal arbitral. Todo lo que varía en cada uno de ellos es la causa de dicha incompetencia, que es lo que da a cada supuesto su autonomía normativa (v. g., incompetencia por inexistencia de materia arbitrable, incompetencia por nulidad del convenio o incompetencia por laudo fuera de plazo). Por tanto, si lo que se quiere es accionar contra un laudo en la jurisdicción constitucional por haber violentado la garantía de competencia, deberá hacérselo a través de la acción de amparo, pidiendo que se repare el daño que la actuación incompetente produjo en los derechos de orden constitucional (que para el caso será la garantía al debido proceso), y previo ejercicio de la excepción dicha y del correlativo recurso de anulación, cuya causal deberá guardar identidad con el supuesto alegado para excepcionar incompetencia. Pero la vía no es el recurso directo de nulidad, que queda de inicio excluida al haber en el ordenamiento que gobierna el arbitraje medios previstos para tutelar la garantía de competencia.

4.2. Competencias materia del recurso directo de nulidad

Acordemos lo siguiente: competencia y capacidad tienen el mismo significado, pero ámbitos distintos de aplicación. Ambos significan una habilitación del sistema jurídico para hacer algo, un poder. Son el contenido específico de una regla secundaria, que autoriza a introducir, modificar o aplicar el derecho vigente (*power conferring rules*). Quienes están habilitados para hacer esto tienen poderes normativos. En el derecho privado, los poderes normativos se denominan capacidad; en el derecho público, competencia.⁷ Las cosas por su naturaleza: un tribunal arbitral no es un poder constituido, por tanto, la habilitación normativa que recibe de la Ley de Arbitraje y Conciliación con el nombre de competencia es por su entidad una capacidad, la capacidad de arbitramento, que es tal porque se desenvuelve en el ámbito del derecho privado, como consecuencia del derecho a arbitrar. Ahora esto: el recurso directo de nulidad está para guardar las competencias de fuente constitucional (no legal) de los poderes constituidos:

⁷ Cf. H.L.A. Hart, *The Concept of Law*, Nueva York, Clarendon Press, 1994, p. 81.

Ha de entenderse que el recurso directo de nulidad tiene como finalidad declarar la invalidez de aquellos actos de cualquier persona o autoridad que usurpe funciones que se arroga sin que la Constitución Política del Estado le confiera tal autoridad. En ese contexto, son funciones del Estado, primero, aquellas que son propias de los órganos del poder público como las de juzgar (Órgano Judicial), Legislar (Órgano Legislativo) o administrar (Órganos Ejecutivo y Electoral); segundo, los que fungen, conforme prevé el art. 12.II de la CPE, las funciones de control (Contraloría), defensa de la sociedad (Ministerio Público y Defensoría del Pueblo) o defensa del Estado (Procuraduría), y finalmente, tercero, otros órganos a los que la Norma Suprema expresamente les asigna determinadas funciones. (Sentencia 265 de 2012-RDN, 4 de junio, párrafo III.2)

Hasta aquí bien, porque el recurso directo de nulidad es un medio de defensa de la Constitución, no de la legalidad ordinaria. Pero este es el problema: el hecho de dictar un laudo no es materia del recurso directo de nulidad, porque (1) no es producido por un órgano constitucional en cumplimiento de una competencia pública nacida de la Constitución, sino que (2) es producido por particulares en ejercicio de una capacidad delegada por el derecho a arbitrar que ostentan las partes. Y, como es producido por particulares, es producido por quienes están excluidos de ser sujetos pasivos del recurso directo de nulidad: “Las resoluciones emanadas de entidades privadas o personas particulares, [...] al no estar investidas de autoridad pública, no pueden [...] impugnarse a través del recurso directo de nulidad” (Sentencia 276 de 2010-RAC, 7 de junio, párrafo III.6). Acá debe distinguirse el derecho a arbitrar, del que deriva la capacidad de arbitramento (derecho privado), del poder de jurisdicción, que corresponde al Poder Judicial (derecho público).

El arbitraje es un derecho, no una competencia pública, y es de fuente constitucional, porque deriva de la propiedad privada (artículo 56 de la Constitución). Deducir un derecho en la vía arbitral es en naturaleza jurídica un acto de disposición. Cuando la Constitución garantiza la propiedad, garantiza sus facultades, esto es, la posibilidad de usar, gozar y disponer de un derecho de contenido patrimonial. Como siendo propietario se puede disponer de un derecho, al garantizar la propiedad se está garantizando también la libertad de contratación, como medio para ejercer dicho poder de disposición. Por tanto, derechos tales como vender, comprar o donar, que tienen todos su fuente en un contrato, enraízan en la Constitución, porque todos derivan de un acto de disposición comprendido en las facultades de la propiedad, instrumentalizado, en el caso de los ejemplos, a través de un acto jurídico. Y lo mismo ocurre con el arbitraje. Que se pacte someter a la decisión de un tercero una controversia de carácter patrimonial es tan solo hacer ejercicio de la facultad de disposición que corresponde a los titulares de los derechos envueltos en tal controversia. Por eso, que la Ley de Arbitraje y Conciliación diga que son arbitrables las controversias de las partes “mediante el ejercicio de su libre arbitrio sobre derechos disponibles” (artículo 3), porque la decisión de pactar el arbitraje solo puede corresponder a las partes y porque dicho pacto solo puede hacerse sobre un

derecho respecto al cual tengan poder de disposición. Ergo, habiendo propiedad, hay arbitraje. Llevado al derecho procesal, en el derecho de propiedad enraíza el principio dispositivo, que define al proceso civil por oposición al proceso penal, regido por el principio de necesidad. Según el principio dispositivo, corresponde únicamente a las partes iniciar el proceso y ponerle fin, y definir su contenido y los alcances de la tutela solicitada. “Como decía Calamandrei, el deducir un derecho en vía jurisdiccional es un modo de disponer del mismo y, por consiguiente, el condicionar la tutela jurisdiccional a la petición del interesado es una consecuencia lógica de la autonomía negocial reconocida al particular sobre su propia esfera jurídica”.⁸ La razón: al tratarse de asuntos dejados por el sistema jurídico a la libre disponibilidad de los particulares, solo a ellos corresponde la decisión sobre la suerte de sus propios derechos. Como el arbitraje comparte con el proceso civil esa misma racionalidad, no solo que su ejercicio derive del artículo 56 de la Constitución, sino que, una vez que las partes deciden ejercer su derecho a someterse a arbitramento, la habilitación a los árbitros nace también de ese mismo artículo (su capacidad de arbitramento), porque los árbitros solo pueden decidir sobre aquello que ellas dispusieron someter a su juicio.

Pero una cosa es capacidad de arbitramento y otra poder de jurisdicción. Ambas juzgan, pero sus respectivas entidades quedan definidas por la distinta fuente de la que cada una obtiene su habilitación para juzgar. Y es que mientras la capacidad de arbitramento deriva de la libertad de disposición y supone, como tal, la práctica de un derecho, solo el poder de jurisdicción deriva de la soberanía popular y supone, como tal, el cumplimiento de una competencia pública. Se trata de la unidad jurisdiccional, que la hay cuando la justicia que emana del pueblo (artículo 178.I) solo la ejerce el Poder Judicial (artículo 179.I). Dice de su encargo soberano a un solo órgano, por oposición a los poderes Ejecutivo y Legislativo. Arraiga en la división de poderes, porque es consecuencia de la prohibición de delegación de las competencias públicas (artículo 12.III) y su consecuencia obvia es la prohibición de tribunales de excepción (como organización, artículo 180.III; como derecho, artículo 120.I). Como el Poder Judicial está formado por una pluralidad de órganos independientes entre sí (jueces y tribunales), todos ellos forman una unidad si sus decisiones son revisables, directa o indirectamente, por un único órgano supremo. Y como todo acto de aplicación del derecho está sujeto a las garantías constitucionales, el órgano que da unidad al Poder Judicial es el Tribunal Constitucional, encargado de su tutela (artículo 196.I). Aplicado al arbitraje, la unidad jurisdiccional significa la competencia que tiene el Poder Judicial para enjuiciar la validez de las decisiones arbitrales. Pero esto va al margen de la capacidad de arbitramento. Los árbitros no juzgan por delegación de la soberanía popular (artículo 7), sino por mandato de la voluntad de las partes, que en ejercicio de su libertad de actuación disponen de sus derechos, encargando la resolución de sus controversias a un tercero. Esto es consecuencia de su propia naturaleza privada, derivada de la libertad de disposición como facultad aneja al derecho de propiedad. Este

⁸ Juan Montero Aroca, *Los principios políticos de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2001, p. 64.

es el razonamiento implícito en esta afirmación del Tribunal Constitucional, que de otra forma no podría entenderse: “Los tribunales arbitrales [...] responden a la voluntad de las partes” (Sentencia 17 de 2001-RAC, 19 de marzo, párrafo IV.5). Consecuencia de que la capacidad de arbitramento derive de la libertad de disposición es la relación que los árbitros mantienen con las partes:

Para que se cumpla con el objeto del arbitraje [...], se hace necesario el árbitro. Y al árbitro, obviamente, hay que contratarlo. Ese contrato entre quien arbitrará y quienes están obligados a que una controversia sea arbitrada es un contrato de locación de servicios. Queda celebrado el contrato de locación de servicios cuyo objeto es en este caso la prestación de un servicio de arbitraje, cuando el designado por las partes, ya sea directamente o a través de un mecanismo establecido en la cláusula arbitral, acepta prestar ese servicio personalísimo.⁹

La diferencia de concepto en la relación del árbitro con las partes y la de los jueces con los litigantes es consecuencia de la fuente de la cual derivan sus respectivas habilitaciones para juzgar. En esta última existe una relación de derecho público, nacida directamente de la soberanía popular, cuya traducción llana en términos operativos es que los jueces no necesitan ser nombrados por las partes en litigio. En cambio, como la capacidad de los árbitros para resolver una controversia no deriva de la soberanía popular, sin nombramiento de las partes carecen de título que los habilite para conocer la controversia. Pero de espaldas a todo esto está la Sentencia 2471 de 2012-RDN. Para entenderla, habría que asumir que capacidad de arbitramento y poder de jurisdicción son lo mismo (i. e., que los árbitros son un órgano constitucional que juzga por delegación de la soberanía popular). Una de dos: (1) o se acepta esto como consecuencia de la Sentencia 2471 de 2012-RDN, o (2) se acepta que ella rehuyó la aplicación de los precedentes reglados en la Sentencia 265 de 2012-RDN y en la Sentencia 276 de 2010-RAC.

4.3. Legitimación activa de la Procuraduría General del Estado en sede constitucional

Ya el Tribunal Constitucional había distinguido la participación de la Procuraduría General del Estado en la jurisdicción constitucional según las competencias constitucionales que ejerciese. Al efecto, distinguió entre su competencia para ejercer la representación del Estado y su competencia para supervisar a las unidades jurídicas de la administración pública. En el caso de la primera, la Procuraduría puede actuar directamente como parte en representación del Estado. Pero no ocurre lo mismo con la segunda. Aquí, “cuando sean las entidades públicas las que ejerzan directamente la representación de las entidades públicas y por ende sean éstas parte procesal en causas

⁹ Mario Castillo Freyre y Ricardo Vásquez Kunze, *Arbitraje: el juicio privado*, Lima, Palestra, 2007, pp. 63-64.

jurisdiccionales o administrativas, el rol de la Procuraduría General del Estado, será el de supervisar a las unidades jurídicas de la administración pública en cuanto a su actuación procesal” (Sentencia 353 de 2012-AAC, 22 de junio, párrafo III.1). Y aquí viene la contradicción: en el caso del arbitraje cuyo laudo fue luego sometido al recurso directo de nulidad, la Procuraduría no asumió la defensa en sede arbitral, sino la propia empresa pública demandada. En consecuencia, a la Procuraduría le correspondía únicamente ejercer su tarea supervisora sobre la unidad jurídica de dicha empresa, pero no asumir la representación procesal del Estado en la jurisdicción constitucional.

4.4. Norma aplicable en el tiempo para computar el plazo para ejercer el derecho de acción

El laudo era de 21 de enero de 2008 y el recurso directo de nulidad de 3 de agosto de 2012. Entre ambos mediaron 44 meses. En ese mismo período se sucedieron tres leyes en la materia: (1) la Ley del Tribunal Constitucional, de 1 de abril de 1998, que daba 30 días para el ejercicio del recurso directo de nulidad (artículo 81) y que mantuvo su vigor hasta el “primer día hábil del año 2011”, de acuerdo con la Disposición Abrogatoria de la Ley del Tribunal Constitucional Plurinacional; (2) la Ley del Tribunal Constitucional Plurinacional, que extendía dicho plazo a seis meses (artículo 159), y que entró en vigor en su integridad el 2 de enero de 2012, al posesionar a los nuevos magistrados constitucionales, de acuerdo con su Disposición Transitoria Segunda; y (3) el Código Procesal Constitucional, de 5 de julio de 2012, pero en vigor recién desde el 6 de agosto del mismo año (Disposición Transitoria Primera), a partir de cuyo silencio al respecto se interpreta que el recurso se puede presentar en cualquier tiempo (i. e., el paso del tiempo ya no opera como una condición convalidatoria de la invalidez del acto producido *ultra vires*). Este es un conflicto de normas en el tiempo. El problema: cuál de estas leyes es la aplicable: (1) ¿la ley vigente a la fecha del laudo?, que si fuera así sería la Ley del Tribunal Constitucional; (2) ¿la ley vigente a la fecha de presentación del recurso?, que para el caso sería la Ley del Tribunal Constitucional Plurinacional; o (3) ¿la ley vigente después de la presentación del recurso, pero anterior a su resolución?, que para el caso sería el Código Procesal Constitucional. Tanto la mayoría como la disidencia aplicaron la ley vigente a la fecha de presentación del recurso (i. e., la Ley del Tribunal Constitucional Plurinacional). Y aquí está la contradicción: debieron aplicar la ley vigente a la fecha del laudo (i. e., la Ley del Tribunal Constitucional). La razón: a eso lleva la jurisprudencia constitucional sobre irretroactividad.

El artículo 123 de la Constitución norma que (1) “la ley solo dispone para lo venidero y no tendrá efecto retroactivo” (regla general), excepto (2) “en materia laboral, cuando lo determine expresamente a favor de los trabajadores”, (3) “en materia penal, cuando beneficie al imputado” (*favor rei*) y (4) “en materia de corrupción, para investigar, procesar y sancionar los delitos cometidos por servidores públicos contra los intereses del Estado” (esta última excepción es inaplicable por contraria al *favor rei*, de acuerdo con la Sentencia 770 de 2012-AIC, 13 de agosto, párrafo III.4.1). La garantía de irretroacti-

vidad es una regla para la resolución de los conflictos de normas en el tiempo. Estos conflictos se resuelven por la aplicación irretroactiva, ultraactiva o retroactiva de las normas. (1) La irretroactividad supone la aplicación inmediata de una norma, que es “inmediata” porque se aplica a los hechos, situaciones o relaciones que ocurren mientras tiene vigencia: desde su entrada en vigor hasta su derogación. (2) La ultraactividad supone la aplicación de una norma a los hechos, situaciones o relaciones que ocurren luego de que ha sido derogada: después de finalizada su aplicación inmediata. (3) Y la retroactividad supone la aplicación de una norma a hechos, situaciones o relaciones pasadas, que acaecieron antes de que la norma entrase en vigor: antes de su aplicación inmediata.

Llegados acá, lo que la Constitución prohíbe es la retroactividad (la ley “no tendrá efecto retroactivo”, artículo 123), y la determinación del carácter retroactivo de una norma se resuelve alternativamente a partir de una de las dos soluciones teóricas siguientes.

1. La teoría de los derechos adquiridos, que sostiene que una vez un derecho ha nacido y se ha consolidado para un sujeto, las normas posteriores no pueden modificarlo. “En consecuencia, el derecho seguirá produciendo los efectos previstos al momento de su constitución, bien por el acto jurídico que le dio origen, bien por la legislación vigente cuando tal derecho quedó establecido”. “Tiende a conservar las situaciones existentes y rechaza la modificación de las circunstancias por las nuevas disposiciones legales”. La teoría “diferencia entre derechos adquiridos, facultades y expectativas. Las facultades son atribuciones genéricas para actuar de acuerdo con el derecho y, en tanto tales, no son derechos y no pueden ser adquiridas”. “De otro lado, las expectativas son previsiones no protegidas jurídicamente de que yo pueda, eventualmente, llegar a tener tal bien o cosa”.¹⁰ Ejemplo de la aplicación de esta teoría es el asunto *Lochner v. New York* (1905), en el que la Corte Suprema de Estados Unidos declaró que una ley del Estado de Nueva York que imponía una jornada laboral de ocho horas para los panaderos era inconstitucional por violar la libertad contractual, ya que los contratos entre los patrones y los panaderos debían regirse hasta su terminación por la ley vigente a tiempo de su celebración.
2. La teoría de los hechos cumplidos, que sostiene que cada norma jurídica debe aplicarse a los hechos que ocurran durante su vigencia (aplicación inmediata). “Si se genera un derecho bajo una primera ley y luego de producir cierto número de efectos esa ley es modificada por una segunda, a partir de la vigencia de esta nueva ley, los nuevos efectos del derecho se deben adecuar a esta y ya no ser regidos más por la norma anterior bajo cuya vigencia fue establecido el derecho de que se trate. Es una teoría que privilegia la transformación del Derecho a impulso del legislador”.¹¹

¹⁰ Marcial Rubio Correa, *Aplicación de la norma jurídica en el tiempo*, Lima, PUCP, 2007, p. 27.

¹¹ *Ibid.*, p. 28.

Hasta acá la doctrina, ahora el derecho positivo. Desde la introducción en el texto de la Constitución de la garantía de irretroactividad de la ley en las reformas de 1846¹² hasta el presente, la Constitución jamás ha determinado ella misma el significado jurídico de dicha garantía: no ha tomado partido por la teoría de los derechos adquiridos ni por la teoría de los hechos cumplidos. Por tanto, en su condición de intérprete final de la Constitución, tal determinación normativa corresponde al Tribunal Constitucional. Y este lo ha venido haciendo, tomando partido por la teoría de los hechos cumplidos desde su primera sentencia en la materia: “Se entiende por retroactividad no auténtica conocida también como retrospectividad cuando una Ley regula o interviene en situaciones fácticas aún no concluidas” (Sentencia 11 de 2001-RII, 5 de febrero, párrafo VI.1).¹³ Al decir esto, la jurisprudencia constitucional está diciendo que es retroactiva toda norma que regule hechos, relaciones o situaciones cuyas consecuencias jurídicas ya se produjeron (hechos cumplidos). Es seña manifiesta de afincamiento de la teoría de los hechos cumplidos en el pensamiento constitucional boliviano la siguiente afirmación de la jurisprudencia, producida luego de una década de iniciada la línea en comentario: “El principio de irretroactividad no se contrapone con la necesidad de mutaciones normativas, que impiden la petrificación de un orden jurídico que ha de ser dinámico, en el sentido de ajustar a las condiciones y circunstancias actuales, sin que esto implique el desconocimiento de situaciones jurídicas definidas de acuerdo con la ley, ni la vulneración de los derechos adquiridos” (Sentencia 1045 de 2011-RAC, 29 de junio, párrafo III.2; y también en Sentencia 770 de 2012-AIC, 13 de agosto, párrafo III.3). Por consiguiente, todo cambio legislativo (“mutaciones”, como las llama la jurisprudencia citada) que alcance a las consecuencias jurídicas no cumplidas de un hecho, relación o situación es irretroactivo. Y, a la inversa, todo cambio legislativo que alcance a las consecuencias jurídicas ya cumplidas de un hecho, relación o situación será retroactivo. Así planteadas las cosas, conocido el laudo arbitral, este comenzó a producir efectos jurídicos. Uno de estos es que su notificación echó a andar los plazos previstos para su impugnación. Vencidos estos plazos, por su entidad procesal, los mismos quedaron caducos. Es decir, que la consecuencia del paso

¹² Artículo 89 de la Constitución reformada en 1843: “Ninguna ley puede tener fuerza retroactiva”.

¹³ Tal vez, los casos políticamente más connotados de aplicación de este precedente fueron los dos siguientes: (1) El asunto de la reforma del artículo 93.III de la Constitución (texto de 1967), acusándose que su aplicación a la convocatoria de elecciones generales de 2005 sería retroactiva por acortar el período para el que fueron electos los miembros del Congreso, el tribunal resolvió que la aplicación inmediata del artículo reformado era irretroactiva. Si acá aplicaba la teoría de los derechos adquiridos, hubiese resuelto que el período de funciones de los parlamentarios no podía acortarse (Sentencia 76 de 2005-RDI, 13 de octubre, párrafo III.3). (2) Y el caso de la obligación de migrar a un nuevo régimen legal que impuso la Ley de Hidrocarburos de 2005, al derogar la ley que la precedía en la materia. También acá, el tribunal sostuvo que tal obligación era irretroactiva. Y, también acá, si el tribunal hubiese razonado a partir de la teoría de los derechos adquiridos, habría tenido que concluir que la nueva regulación no podía ser aplicable a los titulares de contratos de riesgo compartido celebrados al amparo de la anterior ley (Sentencia 45 de 2006-RDI, 2 de junio, párrafo I.1).

del tiempo quedó cumplida, haciendo que los medios impugnatorios cuyos plazos de interposición caducaron ya no pudiesen ser ejercidos. Como el laudo era de 21 de enero de 2008, la ley aplicable era la Ley del Tribunal Constitucional, porque era la única ley vigente en la materia a ese tiempo. Como esta ley establecía un plazo de 30 días para la presentación del recurso directo de nulidad, transcurridos los mismos, el ejercicio del recurso quedó excluido, por caducidad del plazo para su interposición.

5. Incumplimiento de la jurisprudencia sobre arbitraje

5.1. Reconstrucción del concepto jurisprudencial de orden público

El Tribunal Constitucional jamás ha elaborado expresamente sobre el concepto de orden público, así que, en justicia, es imposible refutarle lo que no ha hablado. Y esto es lo reprochable: ya que el fundamento para declarar la nulidad del laudo de 21 de enero de 2008 fue que el mismo era violatorio del orden público; desde el punto de vista de la justificación de las decisiones judiciales, era necesario que la Sentencia 2471 de 2012-RDN comenzase por definirlo. A pesar del silencio al respecto, por comparación, es posible reconstruir una definición jurisprudencial de orden público a partir del concepto que maneja la jurisprudencia extranjera. Es decir, a pesar de no haberse referido a él expresamente, el Tribunal Constitucional sí se ha referido al mismo contenido, que en la jurisprudencia comparada se denomina orden público. Que no le haya dado el nombre es cosa que no afecta a su entidad jurídica, pero que sí lo exime de reprochársele una contradicción directa, frontal, a su propia jurisprudencia, con la salvedad dicha por callar respecto a su formulación.

En la jurisprudencia extranjera, el orden público es un concepto de principio. Como tal, es de formulación abstracta, pero de aplicación restrictiva (i. e., no todo hecho repudiable es una violación de principio). En el caso estadounidense, por ejemplo, el orden público se contrae a “las nociones más básicas de moralidad y justicia” (Corte de Apelaciones del Segundo Circuito de Estados Unidos, asunto *Parsons & Whittemore Overseas Co. v. Société Générale de l’Industrie du Papier*, 1974).¹⁴ El mismo criterio, incluyendo el lenguaje empleado en su formulación, se usa en Hong Kong (Corte Superior de la Región Administrativa Especial de Hong Kong, asunto *Hebei Import and Export Corporation v. Polytek Engineering Company Ltd*, 1998)¹⁵ e Irlanda (Corte Superior de Irlanda, asunto *Brostom Tankers AB v. Factorías Vulcano SA*, 2004).¹⁶ Lo mismo que en Alemania y Suiza, donde no toda violación al derecho encarna una violación al orden

¹⁴ Disponible en: <https://bulk.resource.org/courts.gov/c/F2/508/508.F2d.969.74-1676.74-1642.174.637.html>.

¹⁵ Disponible en: http://arbitrationlaw.com/files/free_pdfs/hebei_import_and_export_corp_v_polytek_engineering_co_ltd_cacv_116-1997.pdf.

¹⁶ Disponible en: <http://www.bailii.org/ie/cases/IEHC/2004/198.html>.

público, excepto, respectivamente, cuando se infringe “una norma que regula los principios básicos de la vida pública o económica o cuando tal infracción contradice de un modo intolerable el concepto alemán de justicia”, o cuando “el sentimiento innato de justicia es lastimado de modo intolerable al inaplicarse una disposición fundamental del sistema jurídico suizo”.¹⁷ Igual es el caso noruego, en el que hay violación al orden público “únicamente cuando [el laudo] discrepa en grado inaceptable con el orden jurídico del Estado, violando un principio fundamental del mismo” (*Pulsarr Industrial Research BV v. Nils H. Pilsen AS*, 2002).¹⁸ O en Canadá, donde una violación al orden público es tal por ser “contraria a la moralidad esencial del Estado” (Corte de Ontario, Canadá, asunto *Arcata Graphics Buffalo Ltd. v. Movie-Magazine Corp.*, 1993).¹⁹ Y en España, país en el que se denomina orden público constitucional al régimen compuesto por los derechos y libertades fundamentales reconocidos en su Constitución.²⁰

Reconstruido a partir de la jurisprudencia comparada, el concepto de orden público se refiere al fundamento ético del sistema jurídico del Estado en cuestión: es el sustento moral de la filosofía política que lo determina. Aunque lingüísticamente abstracto, su significado jurídico puede ser objeto de determinación, aunque con el margen de vaguedad propio de los conceptos indeterminados. Tratándose de Estados de cuño liberal, su fundamento ético es la libertad individual.²¹ Y para que esta quede asegurada tiene que asegurarse la existencia del Estado en la acepción garantista del término.²² Esto es, como un gobierno de poderes limitados, cuyas competencias se organizan en la forma de frenos y contrapesos. Ya sobre esto ha dicho el Tribunal Constitucional que “el Estado de derecho [se] caracteriza por la sujeción de los poderes públicos y los ciudadanos al ordenamiento jurídico vigente, [y] por su vinculación a un ordenamiento superior en que se consagran y garantizan unos valores (derechos y libertades) que, desde el punto de vista moral y político, se consideran básicos para la convivencia humana y la conse-

¹⁷ Kenneth Ungar, “The Enforcement of Arbitral Awards under Uncitral’s Model Law on International Commercial Arbitration”, *Columbia Journal of Transnational Law*, 25, 1987, p. 751.

¹⁸ Gary Born, *International Commercial Arbitration: Commentary and Materials*, 2ª ed., La Haya, Kluwer, 2001, p. 740.

¹⁹ Disponible en: <http://interarb.com/clout/clout037.htm>.

²⁰ Cf. José Carlos Fernández Rozas y Sixto Sánchez Lorenzo, *Derecho internacional privado*, 2ª ed., Madrid, Civitas, 2003, p. 314.

²¹ En esto lleva la razón Popper: “No escogemos la libertad política porque nos prometa esto o aquello. La escogemos porque hace posible la única forma de convivencia entre individuos digna de un ser humano; la única forma en la que podemos ser completamente responsables por nosotros mismos”. “La libertad política es una condición previa de nuestra responsabilidad personal, de nuestra humanidad” (Karl R. Popper, *La responsabilidad de vivir. Escritos sobre política, historia y conocimiento*, Barcelona, Paidós, 1995, pp. 147 y 236).

²² Y en esto lleva la razón Sartori: “[Que] el Estado constitucional haya sido concebido en los tiempos del Estado pequeño y como un Estado que ‘nada hace’ (el Estado como perro guardián), nada prohíbe que se transforme, si es necesario, en un Estado grande que ‘hace mucho’, con esta condición esencialísima: cuanto más deja de ser un Estado mínimo, tanto más importante que permanezca como Estado constitucional, en la acepción garantista del término” (Giovanni Sartori, *¿Qué es la democracia?*, Madrid, Taurus, 2003, pp. 276 y 277).

cución de la paz social” (Sentencia 101 de 2004 RAC, 14 de septiembre, párrafo III.2). Hasta aquí queda que el orden público común a toda república estaría compuesto por (1) las libertades constitucionales y (2) el sistema de frenos y contrapesos. A esto, para el caso boliviano en específico, debiera añadirse (3) su “carácter plurinacional”, que ha sido definido como el “hecho fundante básico del Estado y de la Constitución boliviana” (Sentencia 112 de 2012 RHC, 27 de abril, párrafo III.1.2). Contrastado lo dicho con la Sentencia 2471 de 2012-RDN, no parece que encargar a un tribunal arbitral declarar la nulidad de un acto jurídico atente contra el fundamento político y moral del Estado boliviano. Al menos *prima facie* no parece disolver su “hecho fundante básico”, que para el caso nacional es el equivalente jurisprudencial a “las nociones más básicas de moralidad y justicia” referido por la jurisprudencia comparada.

5.2. Licitud de someter a arbitramento pretensiones de nulidad contractual

Al decir que “la nulidad y la anulabilidad de un contrato deben ser pronunciadas judicialmente”, el artículo 546 del Código Civil está diciendo dos cosas: (1) se está refiriendo a la presunción de validez que acompaña a todo el proceso de producción jurídica; y (2) está habilitando a los jueces para declarar vencida dicha presunción (i. e., declarar la invalidez de los actos jurídicos). Toda la producción jurídica se rige por la presunción de validez: las normas son válidas hasta que el órgano atribuido de competencia por el sistema jurídico no declare su invalidez. Si constitutivamente el sistema jurídico requiere un acto formal para que una norma comience a existir como derecho, también requiere una declaratoria formal de invalidez para que una norma cese su existencia jurídica. Validez e invalidez son datos objetivos, consecuentes con el carácter formal del sistema jurídico, no juicios subjetivos a cargo de las partes contratantes. Aplicada al derecho contractual, la presunción de validez opera impidiendo a las partes valerse de la nulidad como argumento eximente de su responsabilidad por incumplimiento, pues, en tanto el acto jurídico no sea declarado formalmente nulo, sus efectos seguirán produciéndose. Hasta aquí el significado jurídico del artículo 546 del Código Civil. Pero, tomado en pareja con el artículo 32.II de la Ley de Arbitraje y Conciliación, su segundo significado varía. Contrario a lo dicho por el Tribunal Constitucional, no solo los jueces pueden declarar la nulidad de los actos jurídicos, sino también los árbitros. Al enfrentarse con el artículo 32.II de la Ley de Arbitraje y Conciliación, el Tribunal Constitucional dijo que este se refería a nulidades pactadas contractualmente. La vacuidad de este oxímoron ya fue explicada en el párrafo 8.2. Para llegar a tal solución, el Tribunal dijo que hacía una interpretación sistemática entre dicho artículo y el artículo 546 del Código Civil. Y ya que concluyó que por virtud del segundo la declaratoria de nulidad era materia reservada a la jurisdicción ordinaria, habrá que asumir que el tribunal entiende que, contrariamente al pensamiento jurídico común, (1) la norma anterior deroga a la posterior y (2) la norma general se aplica con preferencia a la norma especial. Tal el absurdo sostenido a título de interpretación sistemática. Si la norma

que dice “la decisión arbitral que declare la nulidad de un contrato no determinará de modo necesario la nulidad del convenio arbitral” (artículo 32.II de la Ley de Arbitraje y Conciliación) es una norma posterior en el tiempo (1997) y especial por su materia (arbitraje) respecto a la norma general (Código Civil) de 1976 que dice “la nulidad y la anulabilidad de un contrato deben ser pronunciadas judicialmente” (artículo 546 del Código Civil), entonces, una de dos: (1) o se entiende que se está ante una derogación tácita o (2) se entiende que se está ante una regulación especial. En ambos casos, el resultado es el mismo: el significado jurídico del artículo 32.II de la Ley de Arbitraje y Conciliación es que la declaratoria de nulidad de los actos jurídicos es asunto arbitrable. No otra cosa puede significar decir “la decisión arbitral que declare la nulidad de un contrato”.

A esta conclusión ya había llegado el propio Tribunal Constitucional una década atrás:

Que las normas impugnadas supuestamente entran en contradicción con el artículo 116-II y III de la Constitución Política del Estado que dispone que no pueden establecerse tribunales o juzgados de excepción y que la facultad de juzgar en la vía ordinaria, contenciosa y contencioso-administrativa y la de hacer ejecutar lo juzgado corresponde a la Corte Suprema y a los tribunales y jueces respectivos, bajo el principio de unidad jurisdiccional, así como con el artículo 30 de la Carta Fundamental que establece que los poderes públicos no podrán delegar las facultades que les confiere esta Constitución y con el artículo 546 del Código Civil que señala que la nulidad y la anulabilidad de los contratos serán pronunciados judicialmente. Que el parágrafo I del artículo 32 de la Ley de Arbitraje y Conciliación no tiene ninguna relación con las normas constitucionales que supuestamente contradice. Por su parte, el parágrafo II de dicha disposición legal así como el artículo 12-II y III de la Ley de Arbitraje y Conciliación, al otorgar la posibilidad de que una decisión arbitral declare la nulidad de un contrato sin que ello determine necesariamente la nulidad del convenio arbitral, así como al ordenar que la autoridad judicial se inhiba de conocer el caso si está sujeto a convenio arbitral, o que interpuesta la excepción de arbitraje pueda declararla probada o desestimarla, no conllevan delegación ni desconocimiento de las facultades propias del Poder Judicial ni atentan contra el principio de unidad jurisdiccional; por ende, no contradicen los artículos 30 y 116-III de la Constitución, ya que la Ley de Arbitraje y Conciliación establece expresamente las atribuciones del tribunal arbitral, así como sus limitaciones, detallando en el artículo 6 las materias excluidas de arbitraje, dentro de las que se encuentra la referente a la capacidad de las personas esgrimida en el proceso principal que origina el presente Recurso. Que por otra parte, los tribunales arbitrales o de conciliación no constituyen tribunales o juzgados de excepción, al contrario, responden a la voluntad de las partes expresada en un contrato escrito y tienen por objeto llegar a un acuerdo sin necesidad de llegar a los estrados judiciales, constituyéndose en un medio alternativo que contribuye a la administración de justicia. Que por otra parte, los tribunales arbitrales tienen plena competencia para declarar la rescisión

o nulidad de los contratos que estén sometidos a su conocimiento. (Sentencia 17 de 2001-RII, 19 de marzo, párrafos IV.3 a IV.5)

De acuerdo con su propia jurisprudencia sobre producción judicial del derecho, el Tribunal Constitucional es libre de mutar este precedente si considera que otra interpretación acomoda mejor en el sistema jurídico (i. e., si es más consecuente con el mismo por su universalidad y coherencia). Lo que no es libre de hacer es rehuir silenciosamente sus propios precedentes. Eso es arbitrariedad, y es eso lo que ha ocurrido acá.

Bibliografía

- ATIYAH, Patrick S. y Robert S. SUMMERS, *Form and Substance in Anglo-American Law*, Nueva York, Clarendon Press, 1987.
- BECCARIA, Cesare, *De los delitos y de las penas*, Madrid, Aguilar, 1974.
- BORN, Gary, *International Commercial Arbitration: Commentary and Materials*, La Haya, Kluwer, 2001.
- CASTILLO FREYRE, Mario y Ricardo VÁSQUEZ KUNZE, *Arbitraje: el juicio privado*, Lima, Palestra, 2007.
- FERNÁNDEZ ROZAS, José Carlos y Sixto SÁNCHEZ LORENZO, *Derecho Internacional Privado*, Madrid, Civitas, 2003.
- HART, Herbert L. A., *The Concept of Law*, Nueva York, Clarendon Press, 1994.
- MACCORMICK, Neil, *Legal Reasoning and Legal Theory*, Nueva York, Clarendon Press, 1978.
- MONTERO AROCA, Juan, *Los principios políticos de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2001.
- POPPER, Karl, *La responsabilidad de vivir. Escritos sobre política, historia y conocimiento*, Barcelona, Paidós, 1995.
- RUBIO CORREA, Marcial, *Aplicación de la norma jurídica en el tiempo*, Lima, PUCP, 2007.
- SARTORI, Giovanni, *¿Qué es la democracia?*, Madrid, Taurus, 2003.
- TALAVERA, Pedro, *Interpretación, integración y argumentación jurídica*, Santa Cruz, El País, 2008.
- UNGAR, Kenneth T., "The Enforcement of Arbitral Awards under Uncitral's Model Law on International Commercial Arbitration", *Columbia Journal of Transnational Law*, núm 25, 1987.

Carlos Justo Bruzón Viltres* (Cuba)

Reforma constitucional en Cuba: ¿un camino para el perfeccionamiento del ordenamiento jurídico?

RESUMEN

En el presente artículo se analizan aspectos relacionados con la reforma constitucional en Cuba, sus antecedentes y el vínculo directo de esta institución con el perfeccionamiento del derecho vigente. Las modificaciones realizadas a la Constitución cubana posteriores a 1976 no han atendido los problemas identificados en torno al funcionamiento sistémico del ordenamiento jurídico, lo que ha constituido una vía idónea para incorporar soluciones a situaciones como la indeterminación del sistema de fuentes del derecho o la carencia de mecanismos para garantizar la eficacia de los principios básicos del ordenamiento jurídico. El contexto actual, resulta propicio para introducir este debate, aunque estos y otros puntos clave para avanzar en el mencionado perfeccionamiento del derecho en Cuba no parecen estar entre las prioridades de una futura reforma.

Palabras clave: Reforma constitucional, Constitución cubana, derecho cubano, ordenamiento jurídico, sistema de fuentes.

ZUSAMMENFASSUNG

Der vorliegende Artikel untersucht einige Aspekte der Verfassungsreform in Kuba, ihre Hintergründe und den direkten Zusammenhang zwischen diesem Institut und der Weiterentwicklung der bestehenden Rechtsordnung. Die seit 1976 vorgenommenen Änderungen der kubanischen Verfassung haben die Probleme hinsichtlich der systemischen Funktionsweise der Rechtsordnung nicht behoben, weshalb die Einführung von Lösungen zu Fragen wie etwa der Unbestimmtheit des Systems der Rechtsquellen oder des Fehlens von Mechanismen, die die Wirksamkeit der Grundprinzipien der Rechtsordnung

* Profesor de Teoría General del Derecho, decano de la Facultad de Ciencias Sociales y Humanísticas de la Universidad de Granma. Asociado Joven de la Academia de Ciencias de Cuba. cbuzonv@udg.co.cu.

sicherstellen, angebracht ist. Der derzeitige Kontext eignet sich für eine derartige Debatte; allerdings scheint es, dass diese und andere für die angesprochene Verbesserung der kubanischen Rechtsordnung wesentlichen Punkte nicht zu den Prioritäten einer künftigen Reform gehören.

Schlagwörter: Verfassungsreform, kubanische Verfassung, kubanisches Recht, Rechtsordnung, System der Rechtsquellen.

ABSTRACT

This paper analyses some aspects of the constitutional reform in Cuba, its background and direct relationship with the improvement of the current legal system. Changes to the Cuban Constitution after 1976 have failed to solve difficulties in the operation of the legal system, including issues such as the lack of determination of the sources of law or the need for mechanisms to guarantee the effectiveness of the legal system's basic principles. The present context is favourable for such a debate; however, these and other key issues for improving the law in Cuba do not appear to be priorities for a future reform.

Keywords: Constitutional reform, Cuban constitution, Cuban law, legal system, sources of law.

1. Introducción

Inmersa en un proceso de actualización de su modelo económico y social, Cuba se adentra al mismo tiempo en lo que se viene denominando en los círculos académicos como un “nuevo ciclo constitucional”.

La razón se encuentra en los reiterados anuncios que la dirección política del país ha venido realizando desde la clausura del VI Congreso del Partido Comunista de Cuba (fuerza dirigente superior de la sociedad cubana, al tenor de la letra constitucional), en abril de 2011, y en otros escenarios importantes: la I Conferencia Nacional del Partido en 2012, las sesiones ordinarias de la Asamblea Nacional del Poder Popular durante el último año, hasta la reciente instalación de la VIII legislatura de esta, la máxima instancia legislativa de la República, en febrero del presente año.¹

Vista así, la reforma podría convertirse en el colofón del mencionado proceso de actualización, tendente a perfeccionar el modelo de gestión económica e institucional cubano, en un paso hacia la consolidación del sistema sociopolítico en medio de un complejo escenario internacional y de su impacto en la economía y sociedad cubanas.

No será esta la primera experiencia en torno a la reforma de la ley suprema del Estado, pues luego de un largo período de provisionalidad, una vez proclamado el texto de la

¹ Referencias en la prensa periódica en Cuba pueden consultarse en *Granma*. Disponible en: <http://www.granma.co.cu> (30/1/2012 y 25/2/2013).

Constitución de la República de Cuba en 1976, se sucedieron posteriores modificaciones, como se explicará más adelante.

Lo peculiar de este proceso que se anuncia, sin embargo, está en las expectativas que levanta desde el punto de vista técnico-jurídico en cuanto a los posibles aspectos por reformar. Si bien algunos puntos van quedando meridianamente definidos, existe todo un universo de cuestiones jurídicas que merecen un abordaje dentro de la futura reforma.

No se trata de exponer exhaustivamente estos elementos, pero sí, al menos, de plantear algunos de los más necesarios –jurídicamente hablando–, muchos de los cuales parecen no estar claramente definidos aún en parte de nuestro sector doctrinal y político.

Este es el caso, por ejemplo, del perfeccionamiento de nuestro derecho mediante la creación de mecanismos efectivos que minimicen el impacto de fenómenos estudiados desde la teoría y contrastados en la práctica, como las lagunas normativas y antinomias jurídicas, que permitan un verdadero enfoque de sistema del ordenamiento jurídico, especialmente a partir del reconocimiento de nuevas fuentes y de instrumentos para garantizar los principios básicos de este (constitucionalidad, legalidad, jerarquía), y que aseguren la supremacía normativa de la Constitución, más allá de su consabido carácter histórico y político.

Estos mecanismos bien pudieran incorporarse en la reforma constitucional que se avecina, si no en su totalidad, al menos los más importantes.

2. Un paso necesario: en torno a la reforma constitucional como mecanismo de defensa

La reforma constitucional es uno de los mecanismos de defensa de la norma suprema del Estado; como señala Pérez Royo, una de las “garantías constitucionales” en el sentido de aquellas que la Constitución se da a sí misma, “para asegurar su ‘primacía’ respecto de las demás normas del ordenamiento jurídico”.² Por su carácter de fuente y su nivel jerárquico, así como por el procedimiento de creación –origen–, la Constitución cuenta con una cláusula para su propia reforma, que no tiene parangón en ninguna otra disposición normativa.

Su utilización, sin embargo, se ha debatido entre la apreciación del carácter de permanencia con que se conciben las constituciones y la idea, como plantea Sieyés, de que “ante todo, una nación no puede ni alienar ni prohibirse el derecho de querer; y cualquiera que sea su voluntad, no puede perder el derecho a cambiarla en el momento que su interés lo exija”.³

En el proceso de evolución del constitucionalismo, especialmente en la posguerra, se ha afianzado la noción de que la reforma constitucional como instituto, más que una amenaza, se ha convertido en una garantía de la Constitución –reforzando el plantea-

² Javier Pérez Royo, *Curso de Derecho Constitucional*, Madrid, Tecnos, 1995, p. 145.

³ Emmanuel Sieyés, *¿Qué es el Tercer Estado?*, Buenos Aires, Americalee, 1943, p. 113.

miento citado de Pérez Royo–, puesto que “la reforma permite su adaptación a la realidad cambiante y, por tanto, facilita su permanencia [y esta tiene además] una justificación democrática pues permite a cada generación decidir por sí misma sin quedar atada a la que en su día gestaron los constituyentes”,⁴ renovándose de esta manera la legitimidad del texto constitucional (bien total, o parcialmente).

Se ha transitado hacia la implementación de mecanismos de revisión constitucional con un carácter rígido, en muchas ocasiones agravado. Esto impide, en esencia, cambios constitucionales propiciados por mayorías ocasionales y asegura la estabilidad del texto constitucional, en tanto sobre él pueda operar la interpretación y no requiera transformarse para adaptarse a las mutantes circunstancias sociales y materiales.

En el caso de la Constitución cubana de 1976, el procedimiento de reforma, rígido y agravado, se regula en el artículo 137, cuya modificación más reciente se produjo en 2002 mediante un proceso plebiscitario, incluyendo un elemento que, a pesar de cierta resistencia teórica, guarda mucha relación con las denominadas “cláusulas de intangibilidad”.⁵

La manera en que el instituto de la reforma ha sido utilizado en Cuba, y la relación que este tiene con el proceso de perfeccionamiento del ordenamiento jurídico en sí, se comentan a continuación.

3. Principales momentos de reforma constitucional en Cuba

La Constitución de la República de Cuba fue proclamada solemnemente el 24 de febrero de 1976. El proceso de ratificación popular concluyó con un 97,7 % de respaldo del electorado a la ley fundamental –en la celebración de un referéndum el 15 de febrero de 1976, donde concurrió a las urnas el 98 % de los electores inscritos–, poniendo así término a un largo período de provisionalidad, desde 1959.

Resulta, por ende, un texto relativamente joven. Desde su promulgación hasta la fecha se han operado tres modificaciones. La primera de ellas se produjo en el año 1978, con un carácter simbólico. Consistió en la modificación del artículo 10 a), para cambiar de denominación al territorio de Isla de Pinos, que pasó a nombrarse Isla de la Juventud, con ocasión de la celebración del XI Festival Mundial de la Juventud y los Estudiantes ese año en La Habana.

⁴ Antonio Torres del Moral, *Principios de Derecho Constitucional español*, Madrid, Servicio de Publicaciones UCM, 2004, p. 137.

⁵ Que podemos definir también como un “mecanismo de reforzamiento de la tutela del texto constitucional y el orden jurídico”, cuya función fundamental ha estado orientada a garantizar la invulnerabilidad de nuestro sistema sociopolítico. La raíz de esta modificación es precisamente de motivación política, con importantes implicaciones jurídicas, muy poco abordadas en Cuba desde la teoría constitucional. Cf. Carlos Justo Bruzón Viltres, “La trascendencia jurídica de los artículos 3, 11 y 137 de la Constitución de la República de Cuba en el reforzamiento de los mecanismos de defensa constitucional”, *Revista del Equipo Federal del Trabajo*, núm. 72. Disponible en <http://www.eft.org.ar>.

En los años 1992 y 2002 se produjeron las más importantes modificaciones del texto constitucional, no solo por su extensión, sino por los contenidos suprimidos y agregados.

3.1. La reforma de 1992

Como nos explican Pérez y Prieto, “la Constitución necesita ser estable, perdurar en el tiempo; pero esa estabilidad y perdurabilidad no es sinónimo de inamovilidad de sus contenidos [...] la reforma es una necesidad para que la Constitución formal se corresponda con la material”⁶.

En estas condiciones, y en medio de un complejo panorama internacional –derrumbe del campo socialista, desintegración de la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas– e interno –grave crisis económica, recrudescimiento de las medidas de presión externas, complejo escenario social–, se produce la reforma constitucional en el año 1992.

De manera general, puede decirse que constituyó una reforma amplia. Se modificaron 77 artículos de un total de 141, quedando estos reducidos a 137. Se adicionaron importantes capítulos, entre ellos el de Extranjería, División político-administrativa y Estado de emergencia. En el orden económico se operaron transformaciones trascendentales: por un lado, se incorpora como forma de propiedad la de las empresas mixtas, sociedades y asociaciones económicas, junto a un desarrollo más extenso del resto de las formas de propiedad reconocidas en el texto vigente. Se suprimió, con ello, el carácter irreversible de la propiedad estatal socialista, reconocido en el antiguo artículo 15 de la Constitución. Respecto a la división político-administrativa, se reconoce la personalidad jurídica de municipios y provincias y se constitucionalizan los consejos populares, escenarios importantes para la participación popular.

Entre otras adiciones se reconoce el derecho de los ciudadanos a combatir, por todos los medios, incluyendo la lucha armada, contra el que intente derribar el orden político, social y económico establecido en la Constitución.

Como puede observarse, aquellas modificaciones, además de amplias, fueron profundas. El artículo 141 de la Constitución de 1976 antes de la revisión de este texto en 1992 establecía el procedimiento de reforma de esta norma suprema, facultando a las dos terceras partes de los diputados, como mínimo, para aprobar una reforma total o parcial del texto. Se oponía como excepción y, en consecuencia, se establecía un mecanismo rígido agravado, en los casos que se tratase de la integración y facultades de la Asamblea Nacional del Poder Popular y el Consejo de Estado, o de derechos y deberes consagrados en la Constitución.

La reforma de estos contenidos especialmente protegidos debía someterse, posteriormente, a referéndum popular de ratificación, donde se exigía la mayoría de los votos favorables de los ciudadanos con derecho electoral.

⁶ Lisette Pérez Hernández y Martha Prieto Valdés, *Temas de Derecho Constitucional cubano*, La Habana, Félix Varela, 2002, p. 363.

Las modificaciones de 1992 se realizaron conforme al primero de los procedimientos descritos y, por ende, no fueron sometidas a ratificación popular. Este hecho ha generado múltiples críticas y problemas de orden doctrinal.⁷ Este proceso se calificó de coyuntural.

No existen dudas sobre el complejo escenario presente en Cuba durante ese período, pero cabe recordar también que muchos de los contenidos incorporados habían tenido un desarrollo normativo previo, al margen de otra discusión presente en cuanto a que carecían de respaldo constitucional. Así, por ejemplo, la inversión extranjera se regulaba a través del Decreto-Ley 50 de 1982, y en el Código Civil –Ley 59 de 1987– se habían incorporado otras formas de propiedad, no contempladas en el texto constitucional. Entre estas, la de las empresas mixtas, conjuntas e internacionales y de otras personas jurídicas con características especiales, al tenor del artículo 160.2 de esta disposición normativa.

Por su parte, las experiencias en cuanto a los consejos populares⁸ se venían desarrollando desde hacía algunos años y resultaba necesario dotar a los espacios locales –provincias y municipios– de plena personalidad jurídica.

Esta no fue una respuesta desesperada ante el complejo cuadro económico y social vivido, sino una adecuación necesaria de la norma constitucional. Pero, al mismo tiempo, y alejándonos de todo conformismo político, desde la perspectiva jurídica se adoleció de no integrar oportunamente, buscando respaldo en la propia Constitución, aquellos nuevos elementos que luego se incorporan con la reforma de 1992, y que venían ganando espacios desde la década de los ochenta en el escenario jurídico cubano. Se hubiese evitado lo que pudiera calificarse como una práctica paralela de instituciones “constitucionales” fuera de la Constitución, cuyo reconocimiento oportuno en esta norma hubiese sido la fórmula jurídica más acertada.

Como puede apreciarse, aunque esta reforma introdujo elementos claves en el diseño político del Estado cubano, no aludió a elementos esenciales de funcionamiento del derecho, que en buena medida reforzarían el carácter normativo de la Constitución, y la sistematización del ordenamiento jurídico.

Continuarían pendientes elementos trascendentales como el rediseño del modelo de control de la constitucionalidad de las leyes, la determinación de las fuentes jurídicas y sus principios de ordenación (entre ellos, algunos de los más importantes, como nos muestra Crisafulli:⁹ competencia y jerarquía). Algunos de estos temas experimentarían

⁷ Entre ellos, el relativo a si entender la *propiedad* como un derecho constitucionalmente reconocido o no, porque en caso afirmativo hubiese supuesto la obligatoriedad de ratificar mediante referéndum esta modificación, que a la postre no sucedió. Este, entre otros ejemplos controvertidos.

⁸ Cf. Jesús P. García Brigos, *Gobernabilidad y democracia. Los órganos del Poder Popular en Cuba*, La Habana, Ciencias Sociales, 1998; Faustino C. Caballero Santana, *Órganos superiores y locales del Poder Popular (1976-2013)*, La Habana, ANPP, 2013, e Isabel C. Varona Fragueta *et ál.*, “Acerca de los Consejos Populares”, *Revista Cubana de Derecho*, núm. 8, 1992, pp. 13-18.

⁹ Vezio Crisafulli, “Jerarquía y competencia en el sistema constitucional de las fuentes”, *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, núm. 1, enero-junio, 2004, pp. 323-353.

un repunte a mediados de los años noventa e inicios del nuevo siglo, mas no tendrían tampoco una solución normativa posterior en nuestro contexto.¹⁰

3.2. La reforma de 2002

A diferencia de la reforma de 1992, el proceso de modificación constitucional llevado a cabo una década después echa mano de uno de los institutos de la democracia directa.

El 10 de junio de 2002, en un proceso de consulta sin precedentes, tanto en asambleas extraordinarias convocadas por las organizaciones sociales y de masas como en las marchas populares de los días siguientes, se inició la ratificación del contenido socialista de la Constitución, que reunió la firma pública y voluntaria de más de ocho millones de electores. Se proponía a la Asamblea Nacional del Poder Popular la reforma de la norma suprema, consagrando el carácter irrevocable del socialismo y del sistema sociopolítico reconocido en su texto, así como la imposibilidad de admitir cualquier negociación de las relaciones económicas, diplomáticas y políticas con otro Estado, bajo amenaza, coacción o agresión alguna.

Este proceso concluyó con la adopción unánime del Acuerdo V-74 de 26 de junio de 2002, por el que se aprobó la Ley de Reforma Constitucional, que a la postre permitió la modificación de los artículos 3, 11 y 137, incluyendo además la inalterabilidad de los contenidos modificados en los artículos 3 y 11, mediante reforma. Se trató, en esencia, de un proceso plebiscitario. Se generaron, en su momento, algunas discusiones teóricas respecto a la naturaleza de esta reforma, salvadas en la propia Nota de la Asamblea Nacional del Poder Popular, que precede al actual texto modificado, al reconocer como un “proceso plebiscitario popular sin precedentes” esta consulta.

Con ello se empleaba una forma legítima de ejercicio de la voluntad popular, típica de la democracia directa, en contraposición a lo establecido por algunos autores, como Burdeau,¹¹ respecto a considerar este procedimiento como una alteración del referéndum constituyente a partir de una concepción *cesarista* que reduce la participación popular y la expresión de su soberanía a un plano pasivo, en cuanto el pueblo ya no decide sino que tan solo acepta en condiciones que no ofrecen alternativas.

Debe ser reconocida, a partir de esta experiencia, la eficacia de esta institución como un paso para ratificar con las debidas garantías la totalidad o partes esenciales de un

¹⁰ Ese ha sido el caso de las propuestas de mecanismos de control de la constitucionalidad de las leyes, pálidamente continuados en el debate doctrinal cubano, luego de algunos acercamientos y propuestas: Julio Fernández Bulté, “Los modelos de control constitucional y la perspectiva de Cuba hoy”, *El Otro Derecho*, vol. 6, núm. 2, 1994; Ángel Mariño Castellanos, *El control constitucional en Cuba*, tesis en opción al grado científico de doctor en Ciencias Jurídicas, Santiago de Cuba, 1996; Lisette Pérez Hernández y Martha Prieto Valdés, *op. cit.*, pp. 369-384.

¹¹ Georges Burdeau, *Derecho Constitucional e instituciones políticas*, Madrid, Editora Nacional, 1981.

texto constitucional. Como señala García Pelayo,¹² es una de las formas de expresión de la *democracia directa*.

El procedimiento seguido, aunque se insiste en su naturaleza más política que jurídica, tuvo inevitablemente una gran importancia respecto a este último ámbito. Este proceso no alcanzó, sin embargo, a los elementos funcionales y sistémicos –aun planteado su perfeccionamiento como una necesidad– de nuestro derecho, lo que se explica por la propia motivación que condujo al plebiscito en 2002.

4. La reforma como vía para introducir desde la Constitución mecanismos para el perfeccionamiento del ordenamiento jurídico

Asensi Sabater nos recuerda que la “historia constitucional refleja, pues, los cambios producidos en el sistema político; a su vez, las constituciones, al articular el conjunto del sistema jurídico, disciplinan y condicionan el propio proceso de cambio”.¹³

De ahí que las constituciones jueguen un papel esencial en la configuración de un “sistema” jurídico formando también parte intrínseca del mismo. En tal sentido, la determinación de dicho “sistema” resulta del efecto de una doble operación: “la producción del derecho y su aplicación. En ambos procesos, la Constitución ha llegado a ser la norma clave”.¹⁴

Estas precisiones nos permiten asumir que el proceso de reforma constitucional puede contribuir sustancialmente a la introducción de mecanismos que garanticen, desde la Constitución, como norma suprema y ordenadora, un mejor funcionamiento del ordenamiento jurídico.

Bien es conocido que no son el legislador ni el constituyente quienes “sistematizan” el derecho. Este tiende a funcionar como un sistema en la medida en que los elementos que lo constituyan operen de tal forma que permitan la interrelación necesaria y efectiva entre ellos. De hecho, aún resulta muy controvertido asumir este carácter “sistémico” del derecho que ha abierto paso a la extensión del término “ordenamiento jurídico” como un recurso más efectivo y preferido para describir el conjunto de normas vigentes (más principios, valores) en un determinado territorio, bajo ciertos criterios de validez y eficacia.¹⁵

¹² Manuel García Pelayo, *Derecho Constitucional*, Madrid, Manuales de la Revista de Occidente, 1951.

¹³ José Asensi Sabater, *Constitucionalismo y Derecho Constitucional. Materiales para una introducción*, Barcelona, Tirant lo Blanch, 1996, p. 77.

¹⁴ *Ibid.*, p. 83.

¹⁵ La impronta que en tal sentido tuvo la obra de Santi Romano puede revisarse en Carmen María García Miranda, “La unidad en el concepto de ordenamiento jurídico de Santi Romano”, *Anuario da Faculdade de Dereito*, núm. 2, La Coruña, 1998, pp. 287-297. En Cuba, sobre el desmontaje de la noción del derecho como sistema: Walter Mondelo García, “La unidad del derecho, ¿orden o sistema?”, *Revista Santiago*, núm. 98, 2002, pp. 377-382.

Sin embargo considero que, inevitablemente, corresponde a estos sujetos introducir los cambios necesarios en el propio ordenamiento, de manera tal que permitan su armonización constante y su progresiva sistematización.

En el caso de Cuba, por ejemplo, existe una indeterminación del sistema de fuentes del derecho. Siguiendo el modelo de H. L. A. Hart, el profesor Pérez Carrillo advierte dos grandes causas de este fenómeno: la omisión por parte del legislador y la propia “textura abierta” del ordenamiento jurídico.¹⁶ Esto, sin obviar los referentes históricos que han obligado a asumir como única fuente válida al acto normativo, típico del sistema romano-germánico-francés.¹⁷

Como consecuencia, hoy puede advertirse un desarrollo paralelo de otras vías para la creación del derecho, toda vez que no podemos sustraernos del hecho de que nuestro ordenamiento positivo se ve afectado, constantemente, por problemas como las lagunas normativas.¹⁸ Entran en escena aquí la labor jurisprudencial del Tribunal Supremo Popular, a partir de su Consejo de Gobierno,¹⁹ muy polémica en cuanto a ser admitida como forma de creación jurídica –aunque efectivamente sí lo es–, o la solución a partir de la aplicación de principios generales del derecho y la analogía –entre otras fórmulas– en instancias judiciales ordinarias.

El resultado final de esta muestra: no se ha impuesto la voluntad del legislador/constituyente de introducir estas figuras jurídicas, que bien pudiera haberse hecho mediante la modificación del actual Código Civil cubano (rescatando los derogados preceptos contenidos en el artículo 1 del Código Civil español vigente en Cuba hasta 1987) o introduciendo mediante reforma constitucional la determinación del sistema de fuentes del derecho de nuestro ordenamiento, posición, a mi juicio, más consecuente, recordando el carácter de “fuente de fuentes” de la Constitución que, entre tantos otros autores, el propio Kelsen reconociera.²⁰

¹⁶ Cf. Juan Ramón Pérez Carrillo, “Causas de indeterminación en el sistema de fuentes del derecho”, *Problema. Anuario de Filosofía y Teoría del Derecho*, núm. 4, 2010, p. 306.

¹⁷ Ni el hecho de que este problema se ha agudizado a partir del desfase entre la regulación positiva de las fuentes en el derogado Código Civil español vigente en Cuba hasta 1987, y el postulado constitucional. Al proclamarse la Constitución cubana en 1976 poseía la legislación civil sustantiva española plena vigencia en nuestro ordenamiento y contenía en su artículo 1 la regulación de fuentes jurídicas como los principios o la jurisprudencia. Sin embargo, derogado este Código, no se previó esta regulación en el actual, por lo que el sistema de fuentes quedó en un plano de indeterminación.

¹⁸ La investigación más completa en Cuba sobre el problema de las lagunas normativas puede revisarse en Majela Ferrari Yaunner, “Las lagunas jurídicas. Posiciones doctrinales y jusfilosóficas”, *Revista Cubana de Derecho*, núm. 34, julio-diciembre, 2009, pp. 45-68; y de la misma autora: *Los principios de legalidad y seguridad jurídica como fundamentos del proceso de integración del Derecho para colmar las lagunas de la ley en Cuba*, tesis en opción al grado de doctora en Ciencias Jurídicas, Universidad de La Habana, 2010.

¹⁹ Sobre el tema, ver Carlos Justo Bruzón Viltres, “Jurisprudencia en Cuba: análisis de las consecuencias de su reconocimiento como fuente formal del ordenamiento jurídico”, *Revista Opinión Jurídica*, vol. 12, núm. 23, enero-junio, 2013.

²⁰ Cf. Hans Kelsen, *Teoría pura del Derecho*, México, UNAM, 1982. Resalta en este sentido el vínculo entre la noción de fuente del derecho y el fundamento de validez del orden jurídico (p.

En definitiva, puede asumirse que la fundamentalísima función de la reforma constitucional está relacionada con la adecuación de la carta a la nueva realidad, una vez agotados los recursos de su interpretación. Este mecanismo serviría al mismo tiempo de tutela y garantía de continuidad del texto constitucional.

No obstante, como se ha dicho, la Constitución no se hace en un determinado momento, se va haciendo constantemente, de ahí que “no debe considerarse como un hecho anómalo o patológico, sino fisiológico”,²¹ con un valor inestimable para su pervivencia. De tal manera, lograr la pervivencia y estabilidad del orden constitucional sería lograr la estabilidad del ordenamiento jurídico en general.

En tal sentido, pudiera agregarse que este mecanismo de defensa también tiene una función de actualización y perfeccionamiento del orden normativo que la propia Constitución preside y tutela.

5. Nuevo ciclo constitucional: elementos a debate ante una futura reforma

Como se ha expresado en la introducción del presente artículo, se abre para Cuba una nueva etapa o ciclo constitucional que suponemos cierre con una reforma del texto supremo del Estado. Hasta el presente, y atendiendo a las intervenciones de los principales líderes políticos, algunos aspectos por reformar ya se van delineando.

Pueden citarse, entre otros, la propuesta de limitar a dos períodos consecutivos de cinco años el ejercicio de los cargos de dirección en los órganos superiores del Estado y del Gobierno. De forma similar, la definición de la edad límite para ocuparlos.

Por la experiencia práctica pueden introducirse cambios relacionados con la estructura y el funcionamiento de los órganos locales del Poder Popular, que desborden la regulación reglamentaria y su concepción actual, aunque sin afectar su esencia, y sean susceptibles de incorporarse en la letra constitucional.

Debe elevarse a rango constitucional la Contraloría General del Estado, órgano que ostenta la facultad de realizar la más alta fiscalización de la gestión de las entidades estatales y que debe incorporarse al sistema de órganos superiores del Estado. Este es un ejemplo de funcionamiento en paralelo respecto a la Constitución, pues no caben dudas acerca de la necesidad de conferirle naturaleza constitucional, como resulta además típico en la gran mayoría de los Estados que poseen una institución con estas características. Al parecer se ha preferido esperar la futura reforma, en la cual debe efectuarse esta incorporación.

243). Pérez Royo atribuye, dentro de la “triple dimensión” desarrollada por la Constitución en torno a las fuentes del derecho, la capacidad de esta de regular la producción jurídica, de ser “norma delimitadora y reguladora del sistema de fuentes del derecho” (Javier Pérez Royo, *Las fuentes del Derecho*, Madrid, Tecnos, 2007, p. 40).

²¹ Juan María Bilbao Ubillos, Fernando Rey Martínez y José Miguel Vidal Zapatero, *Lecciones de Derecho Constitucional I*, Valladolid, Lex Nova, 2010, p. 290.

Otras materias califican también como susceptibles de introducirse en el debate en torno a la futura reforma. Especialmente controvertida resulta la relacionada con las posibles modificaciones en el régimen económico, en particular las formas de propiedad, con el fomento de nuevas formas de gestión no estatal de la economía, y el papel que este sector no estatal (o privado, como se ha ido generalizando en varios medios) asume hoy en el sostenimiento e impulso de la economía nacional.

En la prensa y otros espacios se ha debatido sobre los límites del ejercicio de estas formas de gestión por superar o chocar con preceptos constitucionales vigentes, como sucede con el artículo 21 respecto a la concepción de la propiedad personal y la prohibición de usar los medios de trabajo personales o familiares para la obtención de ingresos provenientes de la explotación del trabajo ajeno, realidad que se ha ido transformando paulatinamente.

Sería necesario también introducir modificaciones en la concepción de la propiedad cooperativa, a partir de la creación de cooperativas no agropecuarias, en un proceso de experimentación bajo el amparo del Decreto-Ley 305 “De las cooperativas no agropecuarias”, publicado en la *Gaceta Oficial de la República* de 11 de diciembre de 2012. Estas nuevas organizaciones exceden lo establecido en el artículo 20 constitucional.

Puede incluirse además, como un elemento de especial trascendencia que va configurando a la vez un cambio en la cultura económica del cubano, el *deber de tributar*. Para algunos, este queda subsumido en la regulación establecida en el artículo 64 respecto al cumplimiento inexcusable de los “deberes cívicos y sociales”, y en el artículo 34 constitucional al momento de equiparar a los extranjeros y los nacionales en “la obligación de contribuir a los gastos públicos en la forma y la cuantía que la ley establece”, pero requiere ser enunciado de forma explícita, reitero, por su importancia en el contexto económico cubano actual.

Estos son algunos de los elementos de mayor relieve que han ido encontrando entre los diferentes sectores sociales motivos para su discusión y que seguramente serán contemplados, de una forma u otra, en el proceso de reforma constitucional.

No deben descartarse otros que puedan surgir, se confirmen o no se solucionen dentro del amplio número de modificaciones legislativas que el propio proceso de actualización del modelo económico y social exige. Pienso, por ejemplo, en relaciones jurídicas del ámbito del derecho de familia, o del derecho al trabajo, entre otras, que deben pasar a discutirse o se encuentran ya en fase de discusión en proyectos legislativos.

Ahora bien, en relación con el tema del presente estudio, existen otros puntos que no están tan claramente definidos y que contribuirían al proceso de perfeccionamiento del ordenamiento jurídico cubano que, como se ha dicho, posee deficiencias en cuanto a su funcionamiento sistémico y en relación con la capacidad para dar respuesta y solucionar los problemas que lo afectan.

Los “Lineamientos para la política económica y social del Partido y la Revolución” constituyen hoy la guía principal en el proceso de actualización en Cuba. Aunque esta labor descansa fundamentalmente en un amplio número de modificaciones legislativas (se prevén no menos de 700 cambios legislativos para implementar los Lineamientos),

resulta llamativo que ninguno esté directamente vinculado al perfeccionamiento de los mecanismos que garanticen el funcionamiento armónico y sistémico del ordenamiento jurídico.

Claro está, tal como sucede con la reforma, que en la medida en que se introducen transformaciones jurídicas, se contribuye a perfeccionar el orden normativo existente, y esencialmente las relaciones políticas y socioeconómicas que este tutela. Mas este hecho no resulta suficiente, si subsisten aspectos formales que no reciben un tratamiento similar.

Concretamente, a modo de ejemplo, todavía se manifiestan –y con cierta intensidad en algunos sectores– serias antinomias jurídicas (dadas en lo fundamental por colisiones entre normas de diverso rango, que terminan generalmente afectando algún principio básico del ordenamiento jurídico, especialmente el de *jerarquía normativa*).

Subsisten dificultades en materia de técnica legislativa²² que redundan también en problemas de eficacia normativa (y que constituyen caldo de cultivo para transgresiones frecuentes de la legalidad, fundamentalmente en el ámbito económico y en las diversas relaciones sociales de convivencia).

Con razón se ha abogado por el rescate del valor normativo de la Constitución, por su directa aplicabilidad y, consecuentemente, por la estricta observancia de su mandato jurídico.²³ El principio de constitucionalidad, como pilar esencial del ordenamiento, no ha ocupado el lugar que le corresponde, aunque resulta innegable el esfuerzo actual por recuperar espacios en la educación cívica, en la cultura del respeto a la legalidad y a la propia Constitución, factores sociológicos de indiscutible importancia para materializar el mencionado principio.

Un elemento clave que influye en estas dificultades, dentro del terreno jurídico, han sido las limitaciones del modelo de control de la constitucionalidad de las disposiciones normativas, como se ha comentado con anterioridad. Razones históricas y políticas han llevado a suprimir, incluso del debate doctrinal más reciente, propuestas concretas para su rediseño.

No significa que Cuba no posea vías para asegurar el respeto de su ley fundamental,²⁴ pero efectivamente no se da en puridad un órgano que permita actuar con cierto grado de imparcialidad ante una eventual vulneración del mandato constitucional, al que puedan recurrir de manera directa los ciudadanos o cualquier sujeto afectado a través

²² Cf. Josefina Méndez López, *El modelo de creación de leyes en Cuba*, tesis en opción al título de doctora en Ciencias Jurídicas, Santiago de Cuba, 1999; Yoel Carrillo, “Régimen político y calidad de las leyes en Cuba”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, LXIII, núm. 128, 2010, pp. 623-669.

²³ Ver Martha Prieto Valdés, “En pos de la aplicabilidad directa de la Constitución cubana de 1976. Un breve comentario”, *Revista Cubana de Derecho*, núm. 31, enero-junio, 2008, pp. 5-18.

²⁴ En este sentido, la propia Constitución confiere la atribución de decidir sobre la constitucionalidad de las leyes, decretos-leyes, decretos y demás disposiciones generales, con amparo en el artículo 75 c), al propio órgano legislativo (la Asamblea Nacional). De igual manera, el Consejo de Estado, que representa entre uno y otro período ordinario de sesiones a la Asamblea, puede revocar determinadas disposiciones que “no se ajusten” a la Constitución. Otros órganos, a partir de su mandato, contribuyen con este proceso, como sucede con la Fiscalía General de la República.

de un recurso específico. En otras palabras, no puede hablarse de un modelo de justicia constitucional, de los que en algún momento Cuba fuese abanderada en el continente.²⁵

Algo similar ocurre con el sistema garantista de los derechos, el cual se halla disperso, con prevalencia en la práctica de mecanismos extrajudiciales y extralegales,²⁶ que bien pudiera quedar definido en una futura reforma constitucional. Propuestas no han faltado, de mucha valía, pero algunas no han logrado implementarse en el contexto jurídico cubano.²⁷

Otro de los puntos no tan claros para una reforma, y que posee un significado trascendente en el funcionamiento del derecho, es el relacionado con la indeterminación del sistema de fuentes, que fuera analizado con anterioridad. Resta solo apuntar, derivado de este elemento, lo importante que resultaría definir las fuentes jurídicas en nuestro contexto para combatir los problemas que más directamente afectan al ordenamiento jurídico, por un lado, y establecer delimitaciones competenciales en la producción normativa, por otro.

Cuando se realiza un examen de los más tradicionales métodos de solución de las lagunas normativas,²⁸ por ejemplo, podemos percatarnos cómo resulta inviable tratar de resolver un supuesto lagunoso en nuestro ordenamiento jurídico, dada la inoperatividad (esto es, porque no están debidamente reconocidos) de los principios generales del derecho o la analogía (como métodos de autointegración), o de fuentes distintas a la dominante (heterointegración), toda vez que solo reconocemos una (el acto normativo),

²⁵ García Belaúnde habla incluso de un “modelo cubano”, que se origina tras la Constitución de 1901, mediante el empleo del “recurso de inconstitucionalidad de carácter general”, modelo que avanza en 1940 con la creación del Tribunal de Garantías Constitucionales y Sociales, que actuaba como una sala del Tribunal Supremo (cf. Domingo García Belaúnde, “Los tribunales constitucionales en América Latina”, *Revista de Derecho Político*, núm. 61, 2004, p. 314). Haciendo justicia a los hechos acontecidos, este tribunal, como la propia Constitución de 1940, pasó a esterilizarse, sobre todo tras el golpe de Estado del dictador Fulgencio Batista en 1952 –cuya sala no fue capaz de condenar–, una de las razones históricas que condujo a no reproducir este modelo tras el triunfo revolucionario de 1959.

²⁶ En el contexto cubano se ha privilegiado el condicionamiento material de los derechos como principal garantía, lo cual resulta sumamente importante. A la par, operan estos mecanismos o vías, de los cuales podemos ilustrar como ejemplos, entre los extrajudiciales, a los departamentos de protección de derechos ciudadanos adscritos a los órganos fiscales, y entre los extralegales, a las oficinas de las instituciones políticas y gubernamentales de atención a la población, donde se tramita un número importante de las quejas remitidas por los ciudadanos.

²⁷ Al respecto, Danelia Cutié Mustelie, *El sistema de garantías de los derechos humanos en Cuba*, tesis presentada en opción al grado científico de doctora en Ciencias Jurídicas, Santiago de Cuba, 1999; Ángel Mariño Castellanos, Danelia Cutié Mustelie y Josefina Méndez López, “Reflexiones en torno a la protección de los derechos fundamentales en Cuba. Propuestas para su perfeccionamiento”, en Pérez Hernández y Prieto Valdés, *op. cit.*, pp. 324-344.

²⁸ Cf., entre otros, Julio Fernández Bulté, *Teoría del Estado y del Derecho, II*, La Habana, Félix Varela, 2004, pp. 224-231; Encarnación Fernández, “El Derecho como ordenamiento jurídico”, en Javier de Lucas (coord.), *Introducción a la teoría del Derecho*, La Habana, Félix Varela, 2006, pp. 161 y ss.; José Juan Moreso y Josep M. Vilajosana, *Introducción a la teoría del Derecho*, Madrid-Barcelona, Marcial Pons, 2004, pp. 109-113; Ferrari Yañner, *Los principios...*, *op. cit.*, pp. 58-98.

sumergiéndonos voluntaria o involuntariamente en la ficción del “dogma de la plenitud” del ordenamiento jurídico.

La consecuencia de este fenómeno repercute negativamente en el propio ordenamiento, y afecta principios como el de seguridad jurídica, al no establecerse una regulación específica de determinadas relaciones socialmente trascendentales para el derecho (algo que no resulta extraño a otros sistemas jurídicos, pero que corresponde resolver en aras de una tutela normativa efectiva por parte del Estado o, en un sentido más amplio, de los sujetos productores de derecho).

Resultaría igualmente factible en el proceso de perfeccionamiento de nuestro ordenamiento delimitar ciertos ámbitos de competencia en la actividad legislativa. Puede apreciarse en la actualidad una amplísima producción normativa desde el Consejo de Estado, mediante decretos-leyes, en comparación con las leyes adoptadas en la Asamblea Nacional del Poder Popular. El número no es el factor determinante, sino la variedad, amplitud y complejidad de materias que se regulan mediante las primeras disposiciones normativas, considerando además el complejísimo papel y funciones de este órgano²⁹ (sobre el que recae la máxima dirección y representación del Estado cubano) y su membresía (solo 31 diputados, lo que representa alrededor del 5% de la Asamblea).

Si bien a la Asamblea se le otorga la facultad de revocar los decretos-leyes (art. 75 ch) constitucional), en la práctica no tenemos noticia de que esto suceda, a lo cual hay que añadirle que, por acuerdo interno del máximo órgano legislativo, aquellas disposiciones gozan de cierta equiparación con las leyes, en su rango y valor normativo, supuesto que no encaja, en buena técnica jurídica, en los parámetros de jerarquía normativa, considerando el órgano que las produce. Son puntos, reitero, que merecerían un estudio de cara a la reforma, con el propósito de perfeccionar el diseño jurídico y político, sin que por ello debamos negar su funcionalidad en la realidad cubana actual.

En el plano de los otros sujetos con facultades normativas, especialmente en sede administrativa, el problema es más complejo, si se tiene en cuenta que pueden llegar a regularse materias mediante resoluciones u otras disposiciones de inferior jerarquía, que competencialmente debían corresponder a órganos y mediante disposiciones de superior jerarquía. Esto se entronca con el problema de “hipertrofia” del ordenamiento jurídico que pudiera ocasionar el “cambio normativo frenético” del que en algún momento hablara el profesor García de Enterría al aludir a la crisis del liberalismo en el último tercio del siglo XIX, y que hoy pudiera cobrar nuevas energías si no se hacen los correctivos efectivos en este proceso.

Una adecuada delimitación de competencias en la producción normativa, con base en la Constitución, serviría de contén a esta situación. Sería una interesante propuesta, al mismo tiempo, en vista de la futura reforma del texto constitucional.

²⁹ Sobre este particular, pueden consultarse, Carlos Villabella Armengol, *Historia constitucional y poder político en Cuba*, Camagüey, Ácana, 2009, pp. 105 y ss.; Carlos Justo Bruzón Viltres, “Fortalezas, dificultades y retos en la labor de la Asamblea Nacional cubana”, *Revista de la Red de Expertos Iberoamericanos en Parlamentos*, núm. 10, 2012, pp. 31-34; Caballero Santana, *op. cit.*, pp. 57-59.

A la par de que el “problema de la reforma se ha desproblematizado”,³⁰ como nos indica Torres del Moral, es importante definir que el recurso a este mecanismo no debe ser lo característico, lo usual, que no debe ser recurrente, como tampoco deben pretenderse reformas “totalizadoras”, en el sentido de querer abarcar demasiados asuntos, desnaturalizando la razón fundamental de la misma.

Pero en la idea de acercar lo más posible esa Constitución *formal* a la Constitución *material*, a la realidad siempre cambiante (verdadero y esencial móvil de la reforma), es preciso no olvidar algunos de los elementos descritos, esencialmente funcionales, jurídicos por antonomasia.

Siendo así, la reforma constitucional constituiría un vehículo para la transformación y el perfeccionamiento del derecho, visto más allá de la urdimbre de relaciones económicas, sociales y políticas que el propio orden legal protege, como un complejo conjunto de interacciones normativas que precisa de unidad, coherencia y plenitud para asegurar la efectiva tutela de los intereses de la sociedad en su conjunto.

6. A modo de conclusiones

La reforma constitucional, como mecanismo de defensa y garantía jurídica de la Constitución, es un medio esencial para el perfeccionamiento del ordenamiento jurídico, visto desde los elementos formales de su estructura y funcionamiento.

En Cuba, las reformas operadas en el texto constitucional han atendido con mayor preferencia aspectos de orden económico y político, no así otros de naturaleza formal relacionados con la sistematización, integración y armonización del ordenamiento jurídico.

De cara a una futura reforma constitucional, como colofón del proceso de actualización del modelo económico y social cubano deben considerarse, además de los puntos que van siendo definidos, otros elementos formales de especial relevancia en aras del perfeccionamiento de nuestro derecho. Sobresalen al respecto la determinación del sistema de fuentes, la reconfiguración del modelo de control de la constitucionalidad de las leyes y demás disposiciones normativas, el diseño de mecanismos específicos para asegurar el efectivo desarrollo de los principios básicos del ordenamiento y dar respuesta a los problemas que lo afectan, entre otros.

No obstante esta realidad, persisten razones para plantear como una interrogante abierta si se aprovechará o no la oportunidad histórica que puede brindar la futura reforma de la Constitución para introducir estos necesarios cambios en nuestro modelo jurídico.

³⁰ Cf. Torres del Moral, *op. cit.*, p. 137.

Bibliografía

- ASENSI SABATER, José, *Constitucionalismo y Derecho Constitucional. Materiales para una introducción*, Barcelona, Tirant lo Blanch, 1996.
- BILBAO UBILLOS, Juan María, Fernando REY MARTÍNEZ y José Miguel VIDAL ZAPATERO, *Lecciones de Derecho Constitucional I*, Valladolid, Lex Nova, 2010.
- BRUZÓN VILTRES, Carlos Justo, “Fortalezas, dificultades y retos en la labor de la Asamblea Nacional cubana”, *Revista de la Red de Expertos Iberoamericanos en Parlamentos*, núm. 10, 2012, pp. 31-34.
- _____, “Jurisprudencia en Cuba: análisis de las consecuencias de su reconocimiento como fuente formal del ordenamiento jurídico”, *Revista Opinión Jurídica*, vol. 12, núm. 23, enero-junio, 2013.
- _____, “La trascendencia jurídica de los artículos 3, 11 y 137 de la Constitución de la República de Cuba en el reforzamiento de los mecanismos de defensa constitucional”, *Revista del Equipo Federal del Trabajo*, núm. 72. Disponible en: <http://www.eft.org.ar>.
- BURDEAU, Georges, *Derecho Constitucional e instituciones políticas*, Madrid, Editora Nacional, 1981.
- CABALLERO SANTANA, Faustino C., *Órganos superiores y locales del Poder Popular (1976-2013)*, La Habana, ANPP, 2013.
- CARRILLO, Yoel, “Régimen político y calidad de las leyes en Cuba”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, LXIII, núm. 128, 2010, pp. 623-669.
- CRISAFULLI, Vezio, “Jerarquía y competencia en el sistema constitucional de las fuentes”, *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, núm. 1, enero-junio, 2004, pp. 323-353.
- CUTIÉ MUSTELIER, Danelia, *El sistema de garantías de los derechos humanos en Cuba*, tesis presentada en opción al grado científico de doctora en Ciencias Jurídicas, Santiago de Cuba, 1999.
- FERNÁNDEZ BULTÉ, Julio, “Los modelos de control constitucional y la perspectiva de Cuba hoy”, *El Otro Derecho*, vol. 6, núm. 2, 1994.
- _____, *Teoría del Estado y del Derecho, II*, La Habana, Félix Varela, 2004.
- FERNÁNDEZ, Encarnación, “El Derecho como ordenamiento jurídico”, en Javier DE LUCAS (coord.), *Introducción a la teoría del Derecho*, La Habana, Félix Varela, 2006.
- FERRARI YAUNNER, Majela, “Las lagunas jurídicas. Posiciones doctrinales y jusfilosóficas”, *Revista Cubana de Derecho*, núm. 34, julio-diciembre, 2009, pp. 45-68.
- _____, *Los principios de legalidad y seguridad jurídica como fundamentos del proceso de integración del Derecho para colmar las lagunas de la ley en Cuba*, tesis en opción al grado de doctora en Ciencias Jurídicas, Universidad de La Habana, 2010.
- GARCÍA BELAÜNDE, Domingo, “Los tribunales constitucionales en América Latina”, *Revista de Derecho Político*, núm. 61, 2004, pp. 309-322.
- GARCÍA BRIGOS, Jesús P., *Gobernabilidad y democracia. Los órganos del Poder Popular en Cuba*, La Habana, Ciencias Sociales, 1998.
- GARCÍA MIRANDA, Carmen María, “La unidad en el concepto de ordenamiento jurídico de Santi Romano”, *Anuario da Faculdade de Dereito*, núm. 2, 1998, pp. 287-297.

- GARCÍA PELAYO, Manuel, *Derecho Constitucional*, Madrid, Manuales de la Revista de Occidente, 1951.
- KELSEN, Hans, *Teoría pura del Derecho*, México, UNAM, 1982.
- MARIÑO CASTELLANOS, Ángel, *El control constitucional en Cuba*, tesis en opción al grado científico de doctor en Ciencias Jurídicas, Santiago de Cuba, 1996.
- MARIÑO CASTELLANOS, Ángel, Danelia CUTÍE 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.
- MÉNDEZ LÓPEZ, Josefina, *El modelo de creación de leyes en Cuba*, tesis en opción al título de doctora en Ciencias Jurídicas, Santiago de Cuba, 1999.
- MONDELO GARCÍA, Walter, “La unidad del Derecho, ¿orden o sistema?”, *Revista Santiago*, núm. 98, 2002, pp. 377-382.
- MORESO, José Juan y Josep M. VILAJOSANA, *Introducción a la teoría del Derecho*, Madrid-Barcelona, Marcial Pons, 2004.
- PÉREZ CARRILLO, Juan Ramón, “Causas de indeterminación en el sistema de fuentes del derecho”, *Problema. Anuario de Filosofía y Teoría del Derecho*, núm. 4, 2010, pp. 303-321.
- PÉREZ HERNÁNDEZ, Lisette y Martha PRIETO VALDÉS, *Temas de Derecho Constitucional cubano*, La Habana, Félix Varela, 2002.
- PÉREZ ROYO, Javier, *Curso de Derecho Constitucional*, Madrid, Tecnos, 1995.
- _____, *Las fuentes del Derecho*, Madrid, Tecnos, 2007.
- PRIETO VALDÉS, Martha, “En pos de la aplicabilidad directa de la Constitución cubana de 1976. Un breve comentario”, *Revista Cubana de Derecho*, núm. 31, enero-junio, 2008, pp. 5-18.
- SIYÉS, Emmanuel, *¿Qué es el Tercer Estado?*, Buenos Aires, Americalee, 1943.
- TORRES DEL MORAL, Antonio, *Principios de Derecho Constitucional español*, Madrid, Servicio de Publicaciones UCM, 2004.
- VARONA FRAGUELA, Isabel C. *et ál.*, “Acerca de los consejos populares”, *Revista Cubana de Derecho*, núm. 8, 1992, pp. 13-18.
- VILLABELLA ARMENGOL, Carlos, *Historia constitucional y poder político en Cuba*, Camagüey, Ácana, 2009.

Ery Iván Castro Miranda* (Bolivia)

La elección de autoridades judiciales como aporte al nuevo constitucionalismo boliviano y latinoamericano

RESUMEN

El (neo)constitucionalismo es una corriente que intenta explicar el conjunto de los textos constitucionales que comienzan a surgir después de la Segunda Guerra Mundial; sin embargo, esta corriente no parte del análisis de la legitimidad democrática. Ante ello, surge el nuevo constitucionalismo latinoamericano de carácter democrático con la finalidad de reponer la pérdida de la relación existente entre el pueblo (titular de la soberanía) y los representantes (Gobierno). Bajo ese contexto emerge en Bolivia –producto de una revolución popular– el proceso constituyente, que culmina con la aprobación de un nuevo texto constitucional promulgado por el presidente Evo Morales Ayma, el 7 de febrero de 2009. Esta Constitución caracteriza al Estado boliviano como unitario, social de derecho, plurinacional y comunitario. Uno de los aspectos innovadores e inéditos de esta norma constitucional en Latinoamérica es la elección de las máximas autoridades del órgano judicial y tribunal constitucional plurinacional mediante sufragio universal directo y secreto, como expresión de la voluntad soberana del pueblo. En consecuencia, la elección de las máximas autoridades del órgano judicial y tribunal constitucional plurinacional contribuye de manera significativa a la consolidación del nuevo constitucionalismo boliviano y latinoamericano.

Palabras clave: nuevo constitucionalismo latinoamericano, elección de autoridades judiciales, Bolivia, legitimidad democrática, Evo Morales Ayma.

* Abogado, ensayista, maestrante en Derecho Constitucional y Procedimientos Constitucionales, Universidad Mayor de San Andrés (UMSA). Actualmente ejerce la docencia universitaria y es responsable del blog jurídico Metamorfosis Jurídica. <http://metamorfosisjuridica.blogspot.com/>. erycastromiranda@gmail.com; ery-castro@hotmail.com.

ZUSAMMENFASSUNG

Der (Neo)Konstitutionalismus ist eine Strömung, die den Versuch unternimmt, eine Erklärung für die Gesamtheit der nach dem Zweiten Weltkrieg entstandenen Verfassungstexte zu geben; dabei geht sie jedoch nicht von einer Analyse der demokratischen Legitimität aus. Als Antwort darauf entwickelte sich der demokratisch ausgerichtete neue lateinamerikanische Konstitutionalismus mit dem Ziel, die verlorene Beziehung zwischen dem Volk (als Souverän) und seinen Vertretern (Regierung) wiederherzustellen. Vor diesem Hintergrund entstand in Bolivien als Ergebnis eines Volkssturzes ein Verfassungsgebungsprozess, der mit der Annahme eines neuen Verfassungstextes und seiner Verkündung durch den Präsidenten Evo Morales Ayma am 7. Februar 2009 ihren Abschluss fand. In dieser Verfassung wird der Staat Bolivien als einheitlicher kommunitär-plurinationaler Rechts- und Sozialstaat definiert. Einer der innovativen und bis dahin in Lateinamerika unbekanntenen Aspekte dieser Verfassung ist die Wahl der obersten Vertreter der Justiz und des plurinationalen Verfassungsgerichtes in allgemeinen, direkten und geheimen Wahlen als Ausdruck des souveränen Volkswillens. Die Wahl der obersten Repräsentanten der Justizverwaltung und des plurinationalen Verfassungsgerichtes trägt damit maßgeblich zur Konsolidierung des neuen bolivianischen und lateinamerikanischen Konstitutionalismus bei.

Schlagwörter: Neuer lateinamerikanischer Konstitutionalismus, Wahl der Justiz-Behörden, Bolivien, demokratische Legitimität, Evo Morales Ayma.

ABSTRACT

(Neo-) constitutionalism is a school of thought that seeks to explain the group of constitutional texts created after World War II. It is not, however, based on an analysis of democratic legitimacy. In Latin America, this situation spawned a new democratic constitutionalism with the purpose of reinstating the relationship between the people (holders of sovereignty) and their representatives (Government). In this context, and after popular revolution, a constitutional process took place in Bolivia and concluded with the adoption of a new constitution and its enactment by President Evo Morales Ayma on 7 February 2009. According to this constitution, Bolivia is a unitarian, social, plurinational and community-based State under the rule of law. A unique and innovative aspect of this constitution is that the highest authorities of the judiciary and the plurinational constitutional court are elected by universal, direct and secret vote as an expression of the people's sovereign will. In consequence, the election of the heads of the judiciary and the plurinational constitutional court contributes significantly to the consolidation of the new Bolivian and Latin American constitutionalism.

Keywords: New Latin American constitutionalism, election of judicial authorities, Bolivia, democratic legitimacy, Evo Morales Ayma.

1. Del (neo)constitucionalismo occidental al nuevo constitucionalismo latinoamericano

La corriente denominada (neo)constitucionalismo surge como teoría estructurada y definida después de la Segunda Guerra Mundial. Según Carbonell, la primera vez que “se acuña este término es en 1998 por S. Pozzolo”,¹ y fue Carbonell quien tuvo la oportunidad de ocuparse de este tema casi en calidad de pionero,² proporcionando las líneas básicas de dicha posición teórica.

El (neo)constitucionalismo pretende explicar el conjunto de textos constitucionales que surgen después de la Segunda Guerra Mundial. Estas constituciones no solamente se limitan a establecer competencias o separar a los poderes públicos, por el contrario, en su contenido se recogen altos niveles de normas materiales –denominadas sustantivas– que condicionan la actuación del Estado por medio de la ordenación de ciertos fines y objetivos.³

Autores como Roberto Viciano y Rubén Martínez⁴ explican que el (neo)constitucionalismo se fundamenta en el análisis de la dimensión positiva de la constitución. Para ello, no es necesario el análisis de la legitimidad democrática ni de la fórmula a través de la cual la voluntad constituyente se traslada a la voluntad constituida; en consecuencia, el (neo)constitucionalismo reivindica el Estado de derecho en su significado último, empero, esta corriente pretende alejarse de los esquemas del positivismo teórico y convertir al Estado de derecho en un verdadero Estado constitucional de derecho.

De otro lado, el reproche al (neo)constitucionalismo doctrinario se fundamenta en una discusión democrática de todas las cuestiones políticas relevantes en el plano de la formulación del texto constitucional,⁵ es decir, con esta corriente se tiende a constitucionalizar el derecho; sin embargo, en ese proceso, el carácter político fundamental de una constitución se pierde o, dicho de otro modo, “puede que lo que compra el neoconstitucionalismo sea bueno; pero el precio que paga es la desconstitucionalización de la constitución”.⁶

En relación con el (neo)constitucionalismo, Aldunate señala que “no existe claridad respecto del objeto al cual se hace referencia con esta denominación”;⁷ por ello, al no

¹ Miguel Carbonell, *Teoría del constitucionalismo, ensayos escogidos*, Madrid, Trotta, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2007.

² *Idem.*

³ Miguel Carbonell, “El neoconstitucionalismo en su laberinto”, en *Teoría del neoconstitucionalismo*, Madrid, Trotta, 2007, pp. 9 y 10.

⁴ Roberto Viciano Pastor y Rubén Martínez Dalmau, “¿Se puede hablar de un nuevo constitucionalismo latinoamericano como corriente doctrinal sistematizada?”. Disponible en: <http://www.juridicas.unam.mx/wccl/ponencias/13/245.pdf>.

⁵ Eduardo Aldunate L., “Aproximación conceptual y crítica al neoconstitucionalismo”, *Revista de Derecho*, vol. XXIII, núm. 1, julio 2010.

⁶ *Idem.*

⁷ *Idem.*

existir esa claridad de objeto en el surgimiento de las nuevas constituciones latinoamericanas, emerge el nuevo constitucionalismo⁸ latinoamericano que se diferencia del (neo)constitucionalismo propiamente dicho porque constituye una ruptura epistémica y política con el modelo hegemónico (neo)constitucional.⁹ Es decir, con esta nueva corriente no nos encontramos ante una continuación de aspiraciones constitucionales, por el contrario, esta rompe con la “mentalidad colonizadora occidental constitucional”, toda vez que se tiene un sesgo eminentemente revolucionario en su formación.

En relación con lo mencionado, Viciano Pastor¹⁰ argumenta que debemos tener presente que lo más relevante del (neo)constitucionalismo es su carácter de corriente doctrinal, producto de años de teorización académica, mientras que el nuevo constitucionalismo latinoamericano es un fenómeno surgido en el extrarradio¹¹ de la academia, por ese carácter revolucionario en su formación, es decir, el pueblo manifiesta su disconformidad con el sistema imperante y demanda a sus gobernantes un cambio de paradigma en la relación entre el soberano y la clase gobernante, que se traduce necesariamente en la elaboración desde las “bases” de una nueva constitución política del Estado.

Dicho lo anterior, el nuevo constitucionalismo latinoamericano (con la irrupción de las constituciones de Ecuador, Colombia, Venezuela y Bolivia) se trataría de una corriente constitucional en pleno proceso de configuración tendiente a consolidarse.

El nuevo constitucionalismo latinoamericano se caracteriza porque no se preocupa únicamente por la dimensión jurídica de la constitución sino, incluso en un primer orden, por la “legitimidad democrática de la constitución”,¹² es decir, se recupera su origen revolucionario. En consecuencia, se busca analizar en un primer momento la exterioridad de la constitución y en un segundo momento la interioridad de la misma, para avanzar por el camino de la justicia social, la igualdad y el bienestar¹³ común de los pueblos de Latinoamérica, a fin de romper con esa concepción occidentalizada respecto al constitucionalismo.

Sin excederme en el objetivo del presente trabajo, considero necesario puntualizar que el nuevo constitucionalismo latinoamericano es en esencia democrático (por los procesos constituyentes revolucionarios) por su alto grado de legitimidad en la aprobación de los textos constitucionales; a esto se suma la recuperación de la teoría clásica del significado de los procesos constituyentes y de la verdadera naturaleza originaria y creadora del poder constituyente.¹⁴

⁸ Esta corriente del nuevo constitucionalismo está siendo desarrollada en varias publicaciones por los doctores Roberto Viciano Pastor (catedrático de Derecho Constitucional) y Rubén Martínez Dalmau (profesor titular de Derecho Constitucional).

⁹ Carlos Lascarro, “De la hegemonía (neo)constitucional a la estrategia del nuevo constitucionalismo latinoamericano”, *Revista Jurídicas*, vol. 9, núm. 2, 2012, pp. 58-69.

¹⁰ Viciano Pastor y Martínez Dalmau, *op. cit.*

¹¹ *Idem.*

¹² *Idem.*

¹³ *Idem.*

¹⁴ *Idem.*

Además, la redacción de los textos constitucionales latinoamericanos¹⁵ contiene un alto grado de dimensión simbólica, de lenguajes simbólicos.¹⁶ Al respecto, Roberto Viciano y Rubén Martínez desarrollan cuatro características formales que identifican al nuevo constitucionalismo latinoamericano: “su contenido innovador (originalidad), la ya relevante extensión del articulado (amplitud), la capacidad de conjugar elementos técnicamente complejos con un lenguaje asequible (complejidad), y el hecho de que apuesta por la activación del poder constituyente del pueblo ante cualquier cambio constitucional (rigidez)”.¹⁷

Por ello señalan que “la principal apuesta del nuevo constitucionalismo latinoamericano es en la búsqueda de instrumentos que repongan la perdida (o nunca lograda) relación entre soberanía y gobierno”¹⁸ [sic], es decir, establecer mecanismos de legitimidad y control sobre el poder constituido a través de nuevas formas de participación democrática vinculantes. Una de esas formas consiste en la elección de autoridades judiciales mediante sufragio universal¹⁹ directo y secreto (inédito en el contexto latinoamericano y mundial), toda vez que uno de los ejes del movimiento popular se concentra en la falta de funcionamiento adecuado de los aparatos de justicia.

2. El contexto del proceso constituyente en Bolivia

Entre los hitos fundamentales que marcan la transformación de Bolivia, de un Estado aparente a un estado integral,²⁰ se encuentran: la séptima marcha indígena de las tierras bajas en 1990, la denominada “guerra del agua” del año 2000, el “impuestazo” de febrero de 2003, la “guerra del gas” de octubre de 2003 y la elección de un indígena –Evo Morales A.– como presidente de Bolivia en el año 2005.

La séptima marcha indígena de las tierras bajas, realizada en 1990²¹ y denominada “Marcha por el territorio y la dignidad”, es considerada como el primer hito fundamen-

¹⁵ Constituciones del nuevo constitucionalismo: Colombia (1991), Ecuador (1998), Venezuela (1999) y Bolivia (2009).

¹⁶ Viciano Pastor y Martínez Dalmau, *op. cit.*

¹⁷ *Idem.*

¹⁸ *Idem.*

¹⁹ La elección de autoridades judiciales y del Tribunal Constitucional en Bolivia es el objeto del presente trabajo.

²⁰ Álvaro García Linera, *Del Estado aparente al Estado integral*, La Paz, IDEA Internacional, Miradas - Nuevo texto constitucional, Instituto Internacional de Integración del Convenio Andrés Bello, 2010.

²¹ En realidad (aunque muchos lo quieran desconocer), el movimiento indígena fue la vanguardia que provocó los cambios estructurales en Bolivia, toda vez que fueron, según Edgar Ramos Andrade, cuatro marchas indígenas; la primera en 1990, que comenzó por iniciativa del pueblo mojeño en Trinidad, llegó a La Paz para sorpresa de mucha gente, aunque el recibimiento del poder político y el Gobierno –por entonces conducido por el acuerdo patriótico (MIR-ADN)– fue poco menos que demagógico. El logro de esa marcha fue la aprobación de un decreto supremo

tal de ese largo proceso de transformación, toda vez que en ese escenario histórico se observa un cartel cuya denominación establecía el pedido de asamblea constituyente.²²

El segundo hito se originó en el año 2000 y se denominó la “guerra del agua”, toda vez que el Gobierno boliviano²³ estuvo inmerso en un proceso de privatización de las empresas públicas, las líneas aéreas estaban ya vendidas, al igual que el servicio de trenes y el suministro eléctrico, por lo que todas las elucubraciones apuntaban al líquido elemento (agua) y al sistema sanitario como el siguiente en “caer” en manos privadas.²⁴

La denominada “guerra del agua” no se puede contemplar como un fenómeno aislado, sino como el resultado de una serie de privatizaciones que habían generado un fuerte malestar entre la población, sumadas a las subidas “abusivas” de las tarifas de servicios esenciales que no habían pasado desapercibidas, pero la privatización del agua fue el punto culminante para encender la “mecha” de las movilizaciones; finalmente, el levantamiento popular –que duró varios meses– obligó a las autoridades a dar marcha atrás con su objetivo.

El tercer hito que marcó la historia de Bolivia ocurrió en febrero de 2003. Esta convulsión social, denominada el “impuestazo”, se originó durante el gobierno de Gonzalo Sánchez de Lozada, quien buscaba aplicar un “impuesto al salario”, acción que derivó en un primer intento de cuestionamiento del modelo de Estado neoliberal.²⁵ Este hecho

que reconocía la existencia de los primeros territorios indígenas y el reconocimiento nacional e internacional de la existencia de los pueblos indígenas de las tierras bajas. La segunda fue en 1996, denominada “Marcha por el territorio, el desarrollo y la participación política de los pueblos indígenas”, una caminata indígena-campesina de todos los pueblos miembros de la Confederación de Pueblos Indígenas del Oriente Boliviano (Cidob) que comenzó en Samaipata (provincia Florida, Santa Cruz). Tuvo dos logros importantes para el movimiento indígena: la promulgación de la Ley INRA y el reconocimiento de 33 tierras comunitarias de origen (TCO). En el año 2000 tuvo lugar la tercera movilización, denominada “Marcha por la tierra, el territorio y los recursos naturales”, protagonizada por el pueblo mojeño del Beni y otros pueblos de la Amazonia; comenzó en Montero (provincia Obispo Santiestevan, Santa Cruz) y tuvo como resultado inmediato la modificación de la Ley INRA y un decreto que reconocía oficialmente las lenguas de los pueblos indígenas de las tierras bajas. Finalmente, en mayo de 2002, la “Marcha por la soberanía popular, el territorio y los recursos naturales” fue una kilométrica caminata en la que se combinaron los movimientos campesino e indígena con más de 50 organizaciones sociales; partió de Santa Cruz y llegó hasta La Paz. La culminación de esta marcha fue un convenio entre el Gobierno y los partidos políticos con representación parlamentaria en relación con la viabilidad de convocar a una asamblea nacional constituyente como mecanismo de reforma a la Constitución política del Estado, pero, a la vez, el archivo definitivo de la Ley de apoyo al desarrollo sostenible.

²² El pedido de asamblea constituyente no tenía mucha relevancia en esa marcha, por tanto, no se consideraba su elevada trascendencia política; sin embargo, con el transcurso de los años fue adquiriendo importancia significativa.

²³ El presidente que gobernó nuestro país en el periodo de 1997 hasta 2001 fue el general Hugo Bánzer Suárez.

²⁴ Disponible en: <http://www.constituyente.bo/actualidad/la-guerra-del-agua-de-cochabamba/>.

²⁵ Este modelo se venía implantando desde el año 1985 con la promulgación del Decreto Supremo 21060 durante la presidencia de Víctor Paz Estenssoro.

provocó el enfrentamiento de dos sectores de la sociedad, policías y militares, lo que llevó a que la medida de aplicar el impuesto fuera desechada.

El cuarto hito, uno de los más sangrientos para la historia de nuestro país, se gesta con la denominada “guerra del gas” (octubre de 2003). La causa central del conflicto está relacionada con la propiedad y el destino del gas boliviano; el gobierno de Sánchez de Lozada trabajaba en un plan para cumplir con las exigencias del Fondo Monetario Internacional que consistía en el proyecto de exportación de gas a Norteamérica a través de Chile.

Para ese cometido, el Gobierno²⁶ empezó a implementar una masiva campaña publicitaria sobre los “supuestos” beneficios que traería la exportación del gas a Norteamérica; empero, la conciencia nacional despertó y se comenzaron a llevar a cabo bloqueos y movilizaciones de casi la totalidad de los sectores que conforman la sociedad boliviana, dando inicio a la denominada “guerra del gas”. Dichos sectores, al no ser escuchados en sus demandas,²⁷ inician una campaña de desprestigio en contra del Gobierno y exigen la renuncia del presidente Gonzalo Sánchez de Lozada;²⁸ las movilizaciones y concentraciones populares alcanzan su máximo esplendor entre el 8 y el 17 de octubre de 2003, logrando la “caída” del gobierno más neoliberal y sanguinario del país.²⁹

Luego de la renuncia forzada del presidente Sánchez de Lozada, asume inmediatamente la presidencia del Estado boliviano (por sucesión constitucional) Carlos D. Mesa G. –quien se había alejado del Gobierno, pero no de su cargo de vicepresidente–, en medio de un país atribulado y al borde del abismo de una violencia incontrolable. En su discurso asume como agenda primordial de gobierno uno de los varios pedidos del pueblo boliviano: el de convocar a una asamblea constituyente³⁰ para reformar la totalidad de la Constitución.

Desde el punto de vista del contexto jurídico, es necesario aclarar que la Constitución vigente en ese periodo histórico era la de 1967; esa norma fundamental no preveía la reforma total de la Constitución. Sin embargo, en la presidencia de Carlos D. Mesa G., mediante Ley 2650 de 13 de abril de 2004, se reforman los artículos 4 y 232 de la Constitución, incorporando la “asamblea constituyente”.³¹

²⁶ Se encontraba en la jefatura del Estado boliviano Gonzalo Sánchez de Lozada.

²⁷ La demanda principal y significativa –entre otras– de la población boliviana consistía en la posibilidad de evitar “a toda costa” la exportación del gas a Norteamérica a través de Chile.

²⁸ Lo que nadie imaginó es que días después se tornaría en la consigna central de los denominados “defensores del gas”.

²⁹ Iván Castellón Q., “Problemática hidrocarburos: la guerra del gas (octubre 2003)”. Disponible en: <http://www.eabolivia.com/octubre-2003-la-guerra-del-gas-en-el-alto-bolivia.html>.

³⁰ En su discurso, el presidente Carlos Mesa G. plantea, además de la Asamblea Constituyente, primero, recuperar el respeto por la vida y los derechos humanos del pueblo boliviano, segundo convocar a una asamblea constituyente; tercero, convocar a un referéndum vinculante sobre el gas, cambiar la ley de hidrocarburos y revisar la capitalización (Carlos D. Mesa G., *Presidencia sitiada*, La Paz, Plural Editores, 2008, p. 99).

³¹ La Constitución de 1967 señalaba: “I. El pueblo no delibera ni gobierna sino por medio de sus representantes y de las autoridades creadas por ley”. Con la reforma realizada en el año 2004,

Si bien la inestabilidad política se reduce en gran medida, lamentablemente el pueblo boliviano –durante este periodo– encuentra disconformidad respecto a la “conducción” del país; en consecuencia, provoca nuevamente la renuncia del presidente y conforme el respeto a las leyes (por sucesión constitucional) asume la presidencia Eduardo Rodríguez Veltze,³² quien era presidente de la Corte Suprema de Justicia. Esta autoridad asume la primera magistratura con el único objetivo de convocar a elecciones generales para el año 2005, en las que resulta ganador Juan Evo Morales Ayma con el 54 % de los votos,³³ sin necesidad de una segunda vuelta en el Congreso.

Es durante la presidencia de Evo Morales (2007-2008) cuando se lleva a cabo todo el proceso constituyente, desde la elección de los constituyentes, la conformación de las autoridades, los debates (respecto al rasgo distintivo de la asamblea en su carácter originario o derivado), la conformación de comisiones cuya misión era la de redactar la nueva Constitución, la reunión del poder constituyente y poder constituido (denominado Congreso Constituyente), según ellos para “compatibilizar” la redacción del nuevo texto constitucional, y la presión y la huelga por parte del presidente Evo Morales para lograr la aprobación del mismo.³⁴

la Constitución indicaba: “I. El pueblo delibera y gobierna por medio de sus representantes y mediante la asamblea constituyente, la iniciativa legislativa ciudadana y el referéndum, establecidos por esta constitución y normados por ley”. El segundo artículo reformado fue el 232, toda vez que la Constitución de 1967 decía: “I. Las cámaras deliberarán y votarán la reforma ajustándola a las disposiciones que determine la ley de declaratoria de aquella. II. La reforma sancionada pasará al Ejecutivo para su promulgación, sin que el presidente de la república pueda observarla”. Por su parte, la Constitución de 2004 señalaba lo siguiente: “La reforma total de la CPE es potestad privativa de la asamblea constituyente, que será convocada por ley especial de convocatoria, la misma que señalará las formas y modalidades de elección de los constituyentes, será sancionada por dos tercios de votos de los miembros presentes del honorable Congreso nacional y no podrá ser vetada por el presidente de la república”.

³² Respecto a la sucesión presidencial, la Constitución de 2004 en su artículo 93, parágrafo I, señalaba que: “En caso de impedimento o ausencia temporal del presidente de la república, antes o después de su proclamación lo reemplazará el vicepresidente y, a falta de este y en forma sucesiva, el presidente del Senado, el de la Cámara de Diputados, o el de la Corte Suprema de Justicia”. Si bien se provoca la renuncia de Carlos Mesa, por sucesión constitucional le correspondería asumir la primera magistratura al presidente del Senado o, en su defecto, al de diputados; sin embargo, estas dos autoridades no gozaban de la confianza del pueblo boliviano, por ello, mediante un acuerdo político, estas autoridades deciden renunciar a la sucesión constitucional y, en consecuencia, facilitan que el presidente de la Corte Suprema de Justicia (Eduardo Rodríguez Veltze) asuma la presidencia de la república de Bolivia.

³³ Ningún presidente había obtenido la mayor votación en Bolivia desde 1964. Víctor Paz Estenssoro obtuvo ese año, por última vez, la mayoría absoluta de los sufragios. Disponible en: <http://www.esmas.com/noticierostelevisa/internacionales/498591.html>.

³⁴ Dado que el objeto del presente artículo no radica en analizar de manera específica el proceso constituyente boliviano, se invita al lector que quiera ampliar sus conocimientos respecto a los pormenores de este proceso a visitar la página web de la Vicepresidencia de Bolivia, donde se encuentra una enciclopedia de la totalidad de los documentos de la asamblea constituyente (*Enciclopedia histórica del proceso constituyente boliviano*, 5 t., 8 vols., La Paz, Vicepresidencia del Estado, 2012. Disponible en: <http://www.vicepresidencia.gob.bo/spip.php?page=publicaciones>).

En consecuencia, el proceso constituyente boliviano culmina con la promulgación de la Constitución Política del Estado boliviano el 7 de febrero de 2009, demarcando la nueva visión del Estado que se resume en su artículo 1: “Bolivia se constituye en un Estado Unitario Social de Derecho Plurinacional Comunitario, libre, independiente, soberano, democrático, intercultural, descentralizado y con autonomías. Bolivia se funda en la pluralidad y el pluralismo político, económico, jurídico, cultural y lingüístico, dentro del proceso integrador del país”.

3. La elección de autoridades judiciales en el derecho comparado latinoamericano

En el contexto latinoamericano, Bolivia es un país pionero y vanguardista en someter a la voluntad popular³⁵ la decisión de elegir a las máximas autoridades judiciales y del Tribunal Constitucional Plurinacional, tomando en cuenta que en las tres constituciones latinoamericanas³⁶ que se analizarán no se introdujo la elección de autoridades judiciales mediante sufragio universal directo y secreto como expresión de la soberanía popular.

3.1. Colombia

La Constitución Política de Colombia de 1991 (original) sufrió muchas modificaciones; sin embargo, en relación con la rama³⁷ judicial no sufrió reforma alguna, toda vez que el artículo 231 indica –respecto al nombramiento de estas altas autoridades– que: “Los magistrados de la Corte Suprema de Justicia y del Consejo de Estado serán nombrados por la respectiva corporación, de listas enviadas por el Consejo Superior de la Judicatura”.

Respecto a la elección de autoridades de la Corte Constitucional, la Constitución colombiana señala lo siguiente: “Los magistrados de la Corte Constitucional serán elegidos por el Senado de la república para períodos individuales de ocho años, de sendas ternas que le presenten el presidente de la república, la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado. Los magistrados de la Corte Constitucional no podrán ser reelegidos” (art. 239), es decir, el pueblo colombiano no participa directamente (mediante sufragio) en la elección de las máximas autoridades judiciales.

³⁵ El pueblo es el titular de la soberanía.

³⁶ Las constituciones latinoamericanas analizadas son: Ecuador, Venezuela y Colombia.

³⁷ La Constitución Política de Colombia señala en su capítulo I, artículo 113, lo siguiente: “Son ramas del Poder Público la Legislativa, la Ejecutiva y la Judicial”.

3.2. Ecuador

La Constitución de Ecuador identifica la función judicial y la justicia indígena (arts. 167, 171); sin embargo, esta norma fundamental no señala que la elección de autoridades judiciales se realice por elección popular, por el contrario, simplemente menciona los requisitos y procedimientos para designar servidoras y servidores judiciales, mismos que deben contemplar un concurso de oposición y méritos, impugnación y control social que propenderá hacia la paridad entre mujeres y hombres (art. 176).

Respecto a la designación de las altas autoridades de la Corte Constitucional, la Constitución ecuatoriana señala que estos miembros:

[...] se designarán por una comisión calificadora que estará integrada por dos personas nombradas por cada una de las funciones, Legislativa, Ejecutiva y de Transparencia y Control Social. La selección de los miembros se realizará de entre las candidaturas presentadas por las funciones anteriores, a través de un proceso de concurso público, con veeduría y posibilidad de impugnación ciudadana. En la integración de la Corte se procurará la paridad entre hombres y mujeres (art. 434).

De la cita se puede advertir que el pueblo ecuatoriano de ninguna manera participa mediante sufragio universal en la designación de sus autoridades judiciales, simplemente lo hace en calidad de observador y ante una eventual posibilidad en la impugnación pero, recalco, no definen con su voto la selección de autoridades judiciales.

3.3. Venezuela

La Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, respecto a la elección de las altas autoridades del Poder Judicial, nos señala que el nombramiento y juramento de jueces o juezas corresponde al Tribunal Supremo de Justicia (art. 255).³⁸ Empero, la participación ciudadana está garantizada en el procedimiento de selección y designación de jueces; sin embargo, la selección definitiva corresponde a la Asamblea Nacional conforme se indica en el artículo 264.³⁹

³⁸ El artículo 255 de la Constitución venezolana señala: “El ingreso a la carrera judicial y el ascenso de los jueces o juezas se hará por concursos de oposición públicos que aseguren la idoneidad y excelencia de los o las participantes y serán seleccionados o seleccionadas por los jurados de los circuitos judiciales, en la forma y condiciones que establezca la ley. El nombramiento y juramento de los jueces o juezas corresponde al Tribunal Supremo de Justicia. La ley garantizará la participación ciudadana en el procedimiento de selección y designación de los jueces o juezas. Los jueces o juezas solo podrán ser removidos o suspendidos de sus cargos mediante los procedimientos expresamente previstos en la ley”.

³⁹ El artículo 264 de la Constitución venezolana indica: “Los magistrados o magistradas del Tribunal Supremo de Justicia serán elegidos o elegidas por un único período de doce años. La ley determinará el procedimiento de elección. En todo caso, podrán postularse candidatos o candidatas

En consecuencia, la Constitución venezolana claramente define que le corresponde en última instancia a la Asamblea Nacional la selección de las autoridades judiciales, aunque se tienen rasgos mínimos de participación ciudadana, mientras que en el caso boliviano⁴⁰ la última instancia de decisión le corresponde al pueblo, titular de la soberanía.

4. Marco normativo para la elección de autoridades judiciales en Bolivia

La Constitución boliviana, a diferencia de las constituciones latinoamericanas (citadas en el anterior punto), se encuentra esquemáticamente delimitada y estructurada, con un alto grado de legitimidad, además, se devuelve al pueblo “titular de la soberanía”, mediante la democracia, la decisión final respecto a la elección de las máximas autoridades jurisdiccionales.

La Constitución Política del Estado Boliviano (CPEB), que se presenta innovadora en el contexto del nuevo constitucionalismo latinoamericano respecto a la elección de las máximas autoridades jurisdiccionales, encuentra su reconocimiento en el artículo 182:

I. Las magistradas y los magistrados del Tribunal Supremo de Justicia serán elegidas y elegidos mediante sufragio universal. II. La Asamblea Legislativa Plurinacional efectuará por dos tercios de sus miembros presentes la preselección de las postulantes y los postulantes por cada departamento y remitirá al órgano electoral la nómina de los precalificados para que este proceda a la organización, única y exclusiva, del proceso electoral. III. Las y los postulantes o persona alguna, no podrán realizar campaña electoral a favor de sus candidaturas, bajo sanción de inhabilitación. El Órgano Electoral será el único responsable de difundir los méritos de las candidatas y los candidatos. IV. Las magistradas y magistrados no podrán pertenecer a organizaciones políticas. V. Serán elegidas y elegidos las candidatas y los candidatos que obtengan mayoría simple de votos. La Presidenta o el Presidente del Estado administrará posesión en sus cargos. VI. [...] Para la calificación de méritos se tomará en cuenta el haber ejercido la calidad de autoridad originaria bajo su sistema de justicia.

El texto constitucional también incorpora la jurisdicción agroambiental como un tribunal especializado e indica respecto a su elección lo siguiente: “I. Las magistradas y los magistrados del Tribunal Agroambiental serán elegidas y elegidos mediante sufragio

ante el comité de postulaciones judiciales, por iniciativa propia o por organizaciones vinculadas con la actividad jurídica. El Comité, oída la opinión de la comunidad, efectuará una preselección para su presentación al poder ciudadano, el cual efectuará una segunda preselección que será presentada a la asamblea nacional, la cual hará la selección definitiva”.

⁴⁰ Conforme se desarrollará en el apartado 4 del presente trabajo.

universal, según el procedimiento, mecanismos y formalidades para los miembros del tribunal supremo de justicia” (CPEB, arts. 186 y 188); así mismo, se establece una institución denominada Consejo de la Magistratura,⁴¹ cuyos miembros también son elegidos mediante sufragio universal conforme señala el artículo 194 de la CPEB: “I. Los miembros del consejo de la magistratura se elegirán mediante sufragio universal de entre las candidatas y los candidatos propuestos por la asamblea legislativa plurinacional. La organización y ejecución del proceso electoral estará a cargo del órgano electoral plurinacional”.

Por último, la Constitución boliviana precisa que los miembros del tribunal constitucional plurinacional⁴² –de la misma manera que las instituciones anteriores– serán elegidos mediante sufragio universal conforme indica el artículo 198 de la CPEB: “Las magistradas y los magistrados del tribunal constitucional plurinacional se elegirán mediante sufragio universal, según el procedimiento, mecanismo y formalidades de los miembros del Tribunal Supremo de Justicia”.

En consecuencia, la característica fundamental del nuevo constitucionalismo boliviano radica en la legitimidad democrática respecto a la elección de todas las máximas autoridades que conforman el órgano jurisdiccional mediante sufragio universal, es decir, magistradas y magistrados elegidos directamente por los ciudadanos del país⁴³ mediante voto universal, directo y secreto. A continuación se describe el marco normativo que se siguió para la elección de autoridades judiciales.

De acuerdo con la previsión contenida en los artículos 182, 188, 194 y 198 de la CPEB, el desarrollo legislativo que acompaña el proceso de selección y elección de magistradas y magistrados del órgano judicial y del Tribunal Constitucional Plurinacional es el siguiente: Ley del órgano electoral⁴⁴ (Ley 018 de 16 de junio de 2010); Ley del órgano

⁴¹ El artículo 193 de la Constitución boliviana indica que el Consejo de la Magistratura es “I. [...] la instancia responsable del régimen disciplinario de la jurisdicción ordinaria, agroambiental y de las jurisdicciones especializadas; del control y fiscalización de su manejo administrativo y financiero; y de la formulación de políticas de su gestión. El consejo de la magistratura se regirá por el principio de participación ciudadana”.

⁴² El artículo 196 de la CPEB señala que el Tribunal Constitucional Plurinacional, “vela por la supremacía de la Constitución, ejerce el control de constitucionalidad, y precautela el respeto y la vigencia de los derechos y las garantías constitucionales”.

⁴³ Roberto Viciano Pastor y Rubén Martínez Dalmau, *El proceso constituyente boliviano (2006-2008) en el marco del nuevo constitucionalismo latinoamericano*, La Paz, Enlace, 2008.

⁴⁴ El artículo 5 de la Ley 018 de 16 de junio de 2010, del órgano electoral, indica que esta institución es la instancia que administra todos los procesos electorales, toda vez que: “La función electoral se ejerce de manera exclusiva por el Órgano Electoral Plurinacional, en todo el territorio nacional y en los asientos electorales ubicados en el exterior, a fin de garantizar el ejercicio pleno y complementario de la democracia directa y participativa, la representativa y la comunitaria”. El artículo 6 señala las competencias de este organismo consistentes en: “Organización, dirección, supervisión, administración, ejecución y proclamación de resultados de procesos electorales, referendos y revocatorias de mandato que se realicen en el territorio del Estado Plurinacional y en los asientos electorales ubicados en el exterior”.

judicial⁴⁵ (Ley 025 de 24 de junio de 2010); Ley del régimen electoral (Ley 026 de 30 de junio de 2010); y finalmente la Ley del Tribunal Constitucional Plurinacional (Ley 027 de 6 de julio de 2010).

Es necesario resaltar que la Ley 026 del régimen electoral define de manera clara y precisa todo el proceso electoral; además, delimita la revocatoria de mandato respecto a las autoridades del órgano judicial y del Tribunal Constitucional Plurinacional, es decir, señala la improcedencia de aplicar la revocatoria del mandato contra dichas autoridades elegidas mediante voto popular.⁴⁶

⁴⁵ El artículo 20 de la Ley 025 de 24 de junio de 2010 del órgano judicial, respecto a la postulación y preselección, señala claramente lo que sigue: "I. Para ser elegida magistrada o magistrado del Tribunal Supremo o Tribunal Agroambiental, cualquier persona que cumpla con los requisitos exigidos en el parágrafo VI del artículo 182 de la constitución política del Estado y la presente ley, podrá presentar su postulación ante la asamblea legislativa plurinacional.

II. Las y los aspirantes podrán postularse de manera directa o, en su caso, podrán ser postuladas y postulados por organizaciones sociales o instituciones civiles debidamente reconocidas.

III. La asamblea legislativa plurinacional, por el voto de dos tercios de sus miembros presentes, realizará la preselección de las y los postulantes habilitando hasta cincuenta y cuatro precalificados, por circunscripción departamental, para el Tribunal Supremo de Justicia; para el Tribunal Agroambiental habilitará hasta veintiocho precalificados, por circunscripción nacional, en ambos casos la mitad de personas precalificadas deberán ser mujeres; y remitirá las nóminas al órgano electoral plurinacional. En ambos casos se respetará la interculturalidad y equivalencia de género.

IV. La asamblea legislativa plurinacional efectuará la preselección con base en una previa calificación y evaluación meritocrática. El órgano electoral plurinacional procederá a la organización única y exclusiva del proceso electoral.

V. Las y los postulantes, organizaciones sociales, instituciones o persona alguna, no podrán realizar campaña electoral a favor de sus candidaturas, bajo sanción de inhabilitación.

VI. El órgano electoral será el único responsable de difundir los méritos de las candidatas y los candidatos.

VII. Las magistradas y magistrados del Tribunal Supremo de Justicia y del Tribunal Agroambiental serán elegidas y elegidos por sufragio universal, libre, secreto y obligatorio, de las nóminas seleccionadas y aprobadas por la asamblea legislativa plurinacional.

VIII. En el proceso de postulación, preselección y selección participará activamente el control social de acuerdo a ley.

IX. En el proceso de postulación y preselección se garantizará la participación ciudadana.

X. La elección de magistradas y magistrados del Tribunal Supremo de Justicia se realizará por circunscripción departamental; en tanto que para el Tribunal Agroambiental será por circunscripción nacional.

XI. La presidenta o el presidente del Estado Plurinacional ministrará posesión en sus cargos".

⁴⁶ El artículo 25 de la Ley del Régimen Electoral (Ley 026 de 30 de junio de 2010), respecto a la ineficacia de aplicar la revocatorias de mandato a las autoridades judiciales, manifiesta: "I. La revocatoria de mandato es el mecanismo constitucional a través del cual el pueblo soberano decide, mediante sufragio universal, sobre la continuidad o el cese de funciones de las autoridades elegidas por voto ciudadano. La revocatoria del mandato es el derecho del electorado a destituir del cargo a un funcionario antes de que concluya el período de su mandato. II. Se aplica a todas las autoridades electas por voto popular, titulares y suplentes, a nivel nacional, departamental, regional o municipal. No procede respecto de las autoridades del órgano judicial ni del Tribunal Constitucional Plurinacional".

La Ley del régimen electoral⁴⁷ delimita las circunscripciones electorales⁴⁸ para la elección de las autoridades del órgano judicial y del Tribunal Constitucional Plurinacional, bajo las siguientes características; a) nueve circunscripciones departamentales para magistradas y magistrados del Tribunal Supremo de Justicia; b) una circunscripción nacional para magistradas y magistrados del Tribunal Agroambiental; c) una circunscripción nacional para consejeras y consejeros del Consejo de la Magistratura; d) una circunscripción nacional para magistradas y magistrados del Tribunal Constitucional Plurinacional.

El capítulo V de la Ley 026 del régimen electoral define la regulación para la elección de autoridades del órgano judicial y del Tribunal Constitucional Plurinacional, y respecto a la convocatoria indica lo siguiente: “el tribunal supremo electoral⁴⁹ emitirá la convocatoria al proceso electoral y publicará el calendario electoral” (art. 76). Así mismo, divide en dos etapas el proceso electoral: la primera referente a la postulación y preselección de postulantes, con una duración de sesenta días, y la segunda relacionada con la organización y realización de la votación, con una duración de noventa días (art. 77).

Por otra parte, el artículo 78 de la citada ley encarga a la Asamblea Legislativa Plurinacional⁵⁰ la responsabilidad exclusiva de realizar la preselección de postulaciones, así como la remisión al Tribunal Supremo Electoral de la nómina de postulantes preseleccionados al órgano judicial y al Tribunal Constitucional.⁵¹

El artículo 80 de la Ley del régimen electoral regula la difusión de méritos de los postulantes seleccionados por la Asamblea Legislativa plurinacional y señala que la única instancia autorizada para difundir los mismos es el tribunal supremo electoral, el cual establecerá un formato único, impreso y audiovisual que garantice la igualdad de condiciones de todos los postulantes durante el proceso de difusión de méritos.

En consecuencia, en el artículo 82 se establecen prohibiciones para los postulantes al órgano judicial consistentes en:

⁴⁷ Ley del Régimen Electoral (Ley 026 de 30 de junio de 2010).

⁴⁸ Bolivia (circunscripción nacional) se encuentra territorialmente dividida en nueve departamentos: La Paz, Chuquisaca, Beni, Pando, Santa Cruz, Cochabamba, Oruro, Potosí, Tarija (circunscripciones departamentales).

⁴⁹ El artículo 205 de la CPEB señala que el órgano electoral (conocido en otros países como poder electoral) está compuesto por: “1. El Tribunal Supremo Electoral; 2. Los tribunales electorales departamentales; 3. Los juzgados electorales; 4. Los jurados de las mesas de sufragio; 5. Los notarios electorales”; el artículo 206 indica que: “El Tribunal Supremo Electoral es el máximo nivel del órgano electoral, tiene jurisdicción nacional”.

⁵⁰ Conocido en otros países como poder legislativo.

⁵¹ El artículo 79 de la Ley 026 de 30 de junio de 2010, del régimen electoral, hace referencia a la organización por parte del Tribunal Supremo Electoral con base en varias previsiones para elegir a las autoridades del órgano judicial y Tribunal Constitucional Plurinacional (recomiendo su lectura para establecer los pormenores de la organización del Tribunal Supremo Electoral. Disponible en: <http://www.gacetaoficialdebolivia.gob.bo/normas/buscar/26>).

a) Efectuar directa o indirectamente cualquier forma de campaña o propaganda relativa a su postulación, en medios de comunicación radiales, televisivos, escritos o espacios públicos; b) manifestar opinión ni tratar temas vinculados directa o indirectamente a su postulación en foros públicos, encuentros u otros de similar índole; c) emitir opinión a su favor, o a favor o en contra de otros postulantes, en medios de comunicación radiales, televisivos, escritos o espacios públicos; d) dirigir, conducir o participar en programas radiales o televisivos, o mantener espacios informativos o de opinión en medios escritos; o e) acceder a entrevistas, por cualquier medio de comunicación, relacionadas con el cargo al que postulan.

Esta norma, de la misma manera, prohíbe taxativamente a cualquier persona particular, individual o colectiva, organización social, colegiada o política, realizar campañas electorales o propagandas a favor o en contra de alguna o algún postulante, por ningún medio de comunicación, incluidos Internet y mensajes masivos de texto por telefonía celular, constituyendo estas causales de falta electoral sin perjuicio de la calificación penal que corresponda; aunque durante el proceso electoral varios postulantes realizaron propagandas a fin de generar consenso a favor de sus candidaturas.

Respecto al periodo de funciones de las autoridades del órgano judicial y del Tribunal Constitucional Plurinacional, elegidas mediante sufragio universal y secreto, la norma señala que será de seis años. También se indica que una vez concluido el periodo de funciones, estas autoridades no podrán ser reelectas.⁵²

5. Conclusiones

Conforme el paso del (neo)constitucionalismo a la emergente corriente denominada “nuevo constitucionalismo latinoamericano”, el desarrollo del proceso constituyente boliviano, la elección de autoridades judiciales en el derecho comparado latinoamericano y el marco normativo para la elección de autoridades judiciales en el contexto boliviano, se puede concluir que las elecciones de autoridades del órgano judicial y del Tribunal Constitucional Plurinacional aportan –desde Bolivia– de manera significativa a la consolidación del nuevo constitucionalismo latinoamericano, toda vez que se refleja una alta participación del pueblo titular de la soberanía (ejercicio pleno de la

⁵² El artículo 35 de la Ley 025 de 24 de junio de 2010, del órgano judicial, señala: “Las magistradas y los magistrados del Tribunal Supremo de Justicia tendrán su período de mandato por seis años computables a partir del día de su posesión y no podrán ser reelegidas ni reelegidos”; en el mismo sentido, el artículo 136 indica: “Las magistradas y los magistrados del Tribunal Agroambiental tendrán su periodo de mandato por seis años, computables a partir del día de su posesión, y no podrán ser reelegidas ni reelegidos”; el art. 14 de la Ley 27 de 6 de julio de 2010, del Tribunal Constitucional Plurinacional, señala que: “Las magistradas y los magistrados del Tribunal Constitucional Plurinacional desempeñarán sus funciones por un periodo personal de seis años, computables a partir de la fecha de su posesión, no pudiendo ser reelegidas ni reelegidos de manera continua”.

democracia representativa) en la toma de decisiones, específicamente en la elección de las máximas autoridades que administran y guían los destinos de la nueva justicia que se quiere implantar en Bolivia.

Bajo el contexto descrito en los apartados anteriores, en fecha 16 de octubre de 2011 se realizaron las elecciones⁵³ para elegir a 56 autoridades del órgano judicial y Tribunal Constitucional Plurinacional conforme a la siguiente distribución: a) Tribunal Agroambiental, siete titulares y siete suplentes (circunscripción nacional), para un total de catorce magistradas y magistrados a nivel nacional; b) Consejo de la Magistratura, cinco titulares y cinco suplentes (circunscripción nacional), para un total de diez consejeras y consejeros de la Magistratura a nivel nacional; c) Tribunal Constitucional Plurinacional, siete titulares y siete suplentes (circunscripción nacional), para un total de catorce magistradas y magistrados a nivel nacional; y d) Tribunal Supremo de Justicia, un titular y un suplente por departamento (circunscripción departamental), para un total de dieciocho magistrados y magistradas a nivel nacional.

En consecuencia, el 3 de enero de 2012⁵⁴ se posesionaron las 56 autoridades judiciales, posesión que estuvo a cargo del presidente del Estado Plurinacional de Bolivia Evo Morales Ayma; a casi tres⁵⁵ años de la inédita elección, considero que el tiempo transcurrido es insuficiente para formular algunas conclusiones respecto a las nuevas autoridades electas por voto popular, toda vez que el tiempo es mínimo debido a que los bolivianos aún estamos viviendo la etapa de la reconstrucción de las instituciones estatales a partir de la vigencia de la Constitución Política del Estado; además, todavía no se han promulgado en su totalidad las leyes necesarias que acompañen ese proceso de reconstrucción de la justicia boliviana en aras de alcanzar un desafío mayor: “la descolonización judicial a fin de lograr, de esa manera, nacionalizar nuestra justicia”.

Bibliografía

- GARCÍA LINERA, Álvaro, *Del Estado aparente al Estado integral*, La Paz, IDEA Internacional, Miradas - Nuevo texto constitucional, Instituto Internacional de Integración del Convenio Andrés Bello, 2010.
- LASCARRO, Carlos, “De la hegemonía (neo)constitucional a la estrategia del nuevo constitucionalismo latinoamericano”, *Revista Jurídicas*, vol. 9, núm. 2, 2012.
- MESA G., Carlos D. *Presidencia sitiada*, La Paz, Plural Editores, 2008.
- ALDUNATE L., Eduardo, “Aproximación conceptual y crítica al neoconstitucionalismo”, *Revista de Derecho*, vol. XXIII, núm. 1, 2010.

⁵³ Históricamente, es la primera vez que los ciudadanos bolivianos acudimos a las urnas para elegir a las magistradas y los magistrados del órgano judicial y Tribunal Constitucional Plurinacional, ejercitando nuestra democracia representativa.

⁵⁴ Disponible en: <http://www.correodelsur.com/2012/0103/10.php>.

⁵⁵ Agosto de 2014, mes de la selección del presente trabajo para su publicación.

- GACETA OFICIAL DE BOLIVIA, Constitución Política del Estado Boliviano, promulgada el 7 de febrero de 2009.
- GACETA OFICIAL DE BOLIVIA, Ley 018 del órgano electoral de 16 de junio de 2010.
- GACETA OFICIAL DE BOLIVIA, Ley 025 del órgano judicial de 24 de junio de 2010.
- GACETA OFICIAL DE BOLIVIA, Ley 026 del régimen electoral de 30 de junio de 2010.
- GACETA OFICIAL DE BOLIVIA, Ley 027 del Tribunal Constitucional Plurinacional de 6 de julio de 2010.
- CASTELLÓN Q., Iván, “Problemática hidrocarburos: la guerra del gas (octubre 2003)”. Disponible en: <http://www.eabolivia.com/octubre-2003-la-guerra-del-gas-en-el-alto-bolivia.html>.
- CARBONELL, Miguel, *Teoría del constitucionalismo. Ensayos escogidos*, Madrid, Trotta, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2007.
- _____, “El neoconstitucionalismo en su laberinto”, en *Teoría del neoconstitucionalismo*, Madrid, Trotta, 2007.
- VICIANO PASTOR, Roberto y Rubén MARTÍNEZ DALMAU, “¿Se puede hablar de un nuevo constitucionalismo latinoamericano como corriente doctrinal sistematizada?”. Disponible en: <http://www.juridicas.unam.mx/wccl/ponencias/13/245.pdf>.
- _____, *El proceso constituyente boliviano (2006-2008) en el marco del nuevo constitucionalismo latinoamericano*, La Paz, Enlace, 2008.
- VICEPRESIDENCIA DEL ESTADO BOLIVIANO, *Enciclopedia histórica del proceso constituyente boliviano*, 5 t., 8 vols., La Paz, 2012. Disponible en: <http://www.vicepresidencia.gob.bo/spip.php?page=publicaciones>.

Víctor Manuel Collí Ek* (México)

Discursos de odio y su defensa en la doctrina constitucional mexicana**

RESUMEN

El 6 de marzo de 2013, la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación tuvo la oportunidad de resolver por primera vez, a su parecer, un asunto relativo a la existencia de discursos de odio, mediante la interpretación de los contenidos de los artículos 1º, 6 y 7 de la Constitución mexicana, que contemplan el derecho a la no discriminación y la libertad de expresión. El motivo del presente estudio es analizar las implicaciones de esta decisión y para esto se acude a diversos factores. Primero, contextualizar el tema de discursos de odio en la sociedad actual. Segundo, aproximar a una definición de los conceptos principales. Tercero, subrayar la discusión filosófica sobre la permisión o prohibición de estos discursos y sus implicaciones. Cuarto, analizar el marco jurisprudencial para la decisión de este tipo de asuntos. Quinto, analizar la decisión de la Corte mexicana, tanto en la versión vencedora como en los votos minoritarios. Sexto, establecer conclusiones sobre la fortuna o no de la decisión.

Palabras clave: libertad de expresión, discursos de odio, doctrina constitucional mexicana.

* Profesor investigador del Centro de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Autónoma de Campeche; miembro del Sistema Nacional de Investigadores del Consejo Nacional de Ciencia y Tecnología (Conacyt) y profesor investigador con perfil deseable de la Secretaría de Educación Pública (SEP), México. Dentro de sus publicaciones recientes se encuentran estudios sobre las implicaciones del nuevo paradigma de derechos humanos en México. vimcolli@uacam.mx.

** El presente estudio es un producto del proyecto de investigación “La vigencia de la Constitución en la interpretación de la Suprema Corte de Justicia de la Nación como Tribunal Constitucional”, 154998, financiado por el Consejo Nacional de Ciencia y Tecnología (Conacyt-SEP) a través del Fondo de Ciencia Básica, del que el autor es responsable.

Agradezco la colaboración del Br. Jorge Solís, estudiante de la Facultad de Derecho, sin cuya intervención no hubiera sido posible la conclusión del presente estudio.

ZUSAMMENFASSUNG

Am 6. März 2013 hatte der Erste Senat des Obersten Gerichtshofs der Nation Gelegenheit, zum ersten Mal anhand eines Falls zu Hassreden über die Interpretation des Wortlauts der Artikel 1, 6 und 7 der mexikanischen Verfassung zu entscheiden, in denen die Rechte auf Nicht-Diskriminierung und Meinungsfreiheit geregelt sind. In der vorliegenden Untersuchung sollen die Auswirkungen dieser Entscheidung anhand der Betrachtung mehrerer Faktoren analysiert werden: erstens, die Kontextualisierung des Themas "Hassreden" in der heutigen Gesellschaft; zweitens, der Versuch einer Definition der wichtigsten Begriffe; drittens, die Betrachtung der philosophischen Debatte über die Zulässigkeit und das Verbot solcher Reden und ihre Auswirkungen; viertens, die Analyse der bestehenden Rechtsprechung im Hinblick auf die Entscheidung solcher Fälle; fünftens, die Analyse der Entscheidung des mexikanischen Gerichtshofs, sowohl der Mehrheits- als auch der Minderheitsmeinung; und sechstens, einige Schlussfolgerungen zu der Frage, inwieweit es sich um eine geglückte Entscheidung handelt.

Schlagwörter: Meinungsfreiheit, Hassreden, mexikanische Verfassungsdoktrin.

ABSTRACT

On 6 March 2013, Chamber I of the Supreme Court of Justice of the Nation issued its first decision on the existence of hate speech, with its interpretation of Articles 1, 6 and 7 of the Mexican constitution which refer to freedom from discrimination and freedom of expression. This study analyses the implications of that ruling in the light of several factors. First, an understanding of hate speech in contemporary society. Second, a preliminary definition of the main concepts. Third, an examination of the philosophical discussion on the authorization or prohibition of this type of speech and its implications. Fourth, existing case law which might be significant for these cases. Fifth, an analysis of the Mexican Court's ruling, including the majority and dissenting opinions. Sixth, conclusions evaluating the appropriateness of the decision.

Keywords: Freedom of expression, hate speech, Mexican constitutional legal scholarship.

En el presente estudio se analiza el tema de discursos de odio en la doctrina constitucional mexicana. Para tal efecto, se recurre a cinco ángulos de observación. El primero de ellos coloca el asunto en su contexto geopolítico actual, la problemática entre libertad de expresión y libertad religiosa. El segundo, aborda definiciones de términos básicos en este tema. El tercero, plantea las líneas fundamentales del debate filosófico sobre limitar o no los discursos de odio. El cuarto, expone el marco general jurisprudencial aplicable para abordar conflictos de libertad de expresión y discursos de odio. El quinto, analiza los discursos de odio en la doctrina constitucional mexicana, a través del único asunto que se ha conocido hasta este momento por la Suprema Corte. Por último, se extraen una serie de conclusiones cuyo resumen es la necesidad de trabajar con mayor detenimiento en la definición de asuntos sobre este tema.

1. Dimensión global. El video polémico

En septiembre de 2012 se dio un importante debate alrededor de los temas de los límites de la libertad de expresión, en especial los relativos a aquellos discursos denominados *extremos* o de *odio y libertad de religión*. La emisión de un video hecho en California llamado *Innocence of Muslims*,¹ donde se representa al profeta Mahoma de una manera cruda y por muchas personas calificada de insultante, ha generado protestas violentas en el mundo islámico.

Esto ha pasado a la esfera mundial, como se pudo constatar en la lectura del discurso del presidente Obama en la Asamblea General de las Naciones Unidas, el 25 de septiembre de 2012.² En su intervención se resume una parte importante de la controversia. Primeramente hace énfasis en que el Gobierno no tuvo nada que ver con la realización del filme, pero igualmente subraya la enérgica defensa de la libertad de expresión bajo la que se transmitió. Esto es importante porque recordemos que los EE. UU. tienen una cultura muy amplia de protección de su libertad de expresión.

Una línea clave para subrayar este compromiso con la libertad de expresión es la afirmación del presidente Obama durante su intervención: “the strongest weapon against hateful speech is not repression; it is more speech”.

Justamente en esta expresión se podrían resumir los temas fundamentales de esta discusión sobre límites a la libertad de expresión: represión o permiso.

2. Definición

Antes de entrar en el estudio es importante delimitar su objeto. Somos conscientes de que una definición de *discurso de odio* es difícil de enunciar, por lo que mostraremos elementos comunes.

United señala:

El discurso del odio pretende degradar, intimidar, promover prejuicios o incitar a la violencia contra individuos por motivos de su pertenencia a una raza, género, edad, colectivo étnico, nacionalidad, religión, orientación sexual, identidad de género, discapacidad, lengua, opiniones políticas o morales, estatus socioeconómico, ocupación o apariencia (como el peso, el color de pelo), capacidad mental y cualquier otro elemento de consideración. El concepto se refiere al discurso di-

¹ Sobre la polémica y sus implicaciones para la libertad de expresión, cf. página web de Human Rights Brief. Disponible en: <http://hrbrief.org/2012/10/free-speech-limits-and-protests-against-%E2%80%9Cthe-innocence-of-muslims%E2%80%9D/>.

² Cf. “President Obama at the UN”, *The New York Times*, 26 de septiembre de 2012. Disponible en: http://www.nytimes.com/2012/09/26/opinion/president-obama-at-the-un.html?_r=0.

fundido de manera oral, escrita, en soporte visual en los medios de comunicación, o Internet, u otros medios de difusión social.³

Por su parte, la Recomendación 97(20) del Comité de Ministros del Consejo de Europa⁴ se refiere al término de la siguiente manera: “Shall be understood as covering all forms of expression which spread, incite, promote or justify racial hatred based on intolerance, including: intolerance expressed by aggressive nationalism and ethnocentrism, discrimination and hostility against minorities, migrants and people of immigrant origin”⁵

Interpretando el artículo 20 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP), *Article 19*, en “Candem Principles”,⁶ específicamente el 12.1, define varios términos clave:

i. The terms ‘hatred’ and ‘hostility’ refer to intense and irrational emotions of opprobrium, enmity and detestation towards the target group. ii. The term ‘advocacy’ is to be understood as requiring an intention to promote hatred publicly towards the target group. iii. The term ‘incitement’ refers to statements about national, racial or religious groups which create an imminent risk of discrimination, hostility or violence against persons belonging to those groups.⁷

En este sentido, estos discursos de incitación a la violencia abarcan una multiplicidad de situaciones: 1) Odio racial. 2) Incitación al odio por razones de religión. 3) Incitación a otras formas de odio basadas en la intolerancia a través de la expresión de un extremo

³ United for intercultural action, “Comprender y luchar contra discurso de odio”, *Tematic Leaflet*, núm. 3, 2008. Disponible en: http://www.unitedagainstracism.org/pdfs/HateSpeechLeaflet_E.pdf.

⁴ Council of Europe, Committee of Ministers, Recommendation R (97) 20, 30 de octubre de 1997. Disponible en: [http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/media/doc/cm/rec\(1997\)020&expmem_EN.asp](http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/media/doc/cm/rec(1997)020&expmem_EN.asp).

⁵ “Se entenderá que abarca todas las formas de expresión que extienden, incitan, promueven o justifican el odio racial basado en la intolerancia, en particular: la intolerancia expresada mediante un nacionalismo agresivo y etnocentrismo, la discriminación y la hostilidad contra las minorías, los migrantes y las personas de origen inmigrante”. Todas las traducciones presentadas son libremente realizadas por el autor.

⁶ Article 19, Global Campaign for Free Expression, “Candem Principles on Freedom of expression and Equality”, 2008. Disponible en: <http://www.article19.org/data/files/pdfs/standards/the-candem-principles-on-freedom-of-expression-and-equality.pdf>.

⁷ “i. Los términos ‘odio’ y ‘hostilidad’ se refieren a emociones intensas e irracionales de oprobio, enemistad y odio hacia el grupo objetivo. ii. El término ‘defensa’ se ha de entender como que requiere la intención de promover el odio del público hacia el grupo objetivo. iii. El término de ‘incitación’ se refiere a las declaraciones sobre los grupos nacionales, raciales o religiosos que crean un riesgo inminente de discriminación, hostilidad o violencia contra personas pertenecientes a esos grupos”.

nacionalismo o etnocentrismo. 4) Igualmente incitación al odio por razones de preferencias sexuales, este último de reciente integración.⁸

3. El debate filosófico sobre limitar o no los discursos de odio

3.1. Libertad extrema

“Free speech is dying in the Western world”. Con esta lapidaria frase abre Jonathan Turley,⁹ profesor de la Universidad George Washington, sus reflexiones sobre el estado actual de la libertad de expresión. De acuerdo con este autor, buscando mantener una armonía social, se ha ido en declive debido al establecimiento gradual de una serie de bienintencionadas excepciones. Para Turley, estas limitantes a la libertad de expresión no se centran en el derecho de hablar, sino más bien en la posible reacción de lo expresado, lo que para él es un cambio fundamental en la libertad de expresión en Occidente.

Las nuevas y graduales restricciones están obligando a la gente a aceptar las demandas de un común denominador de discurso aceptable. Para este autor, esto se da a partir de cuatro criterios:

Primero, el discurso blasfemo, siendo la más antigua amenaza de la libertad de expresión, ha tenido un regreso al siglo XXI. A pesar de que los países occidentales han profesado fidelidad a la libertad de expresión, sigilosamente han establecido una ofensiva contra los discursos antirreligiosos.

Segundo, el discurso de odio. Comúnmente, las leyes prohíben el discurso que encandece o incita el odio racial, como en los casos de Gran Bretaña o Canadá. Esto se hace basados no solo en el contenido del discurso, sino en la reacción de quienes se habla.

Tercero, el discurso discriminatorio. Esta es quizá, según el autor, la limitante que más rápido se ha expandido. Muchos países occidentales han extendido la prohibición de las declaraciones públicas que insultan o denigran a algún grupo, raza o género.

Cuarto, el discurso engañoso. El gobierno puede declarar ilegal cualquier tipo de mentira. En este sentido, si el gobierno puede declarar qué es una mentira, igualmente puede decir lo mismo de la verdad.

En resumen, nos dice el profesor, el derecho que está puesto como fundamental para la civilización occidental es visto crecientemente como una molestia, si no como una amenaza.

⁸ Cf. Anne Weber, *Manual on hate speech*, Francia, Council of Europe, 2009, p. 4. Disponible en: <http://book.coe.int/ftp/3342.pdf>.

⁹ “Shut up and play nice: How the Western world is limiting free speech”, *The Washington Post*, 12 de octubre de 2012. Disponible en: http://articles.washingtonpost.com/2012-10-12/opinions/35499274_1_free-speech-defeat-jihad-muslim-man.

La aporía que vimos en el discurso del presidente Obama, reseñado líneas arriba, sobre definir si permitir o reprimir el discurso, resulta interesante pues nos dirige inmediatamente al centro del primer problema: ¿cuál es la validez de leyes que limitan este tipo de expresiones?

Para responder la pregunta debemos remitirnos a dos estudios muy serios sobre el tema. El primero de ellos es el libro del profesor de la Universidad de Harvard, Anthony Lewis, denominado *Freedom from the Thought that We Hate*.¹⁰ Desde su título, el autor nos ofrece su visión de los límites, al indicar que debe haber libertad para los “pensamientos que odiamos”.

En esta obra encontramos la afirmación: “Uno de los argumentos para permitir los discursos de odio es que nos hace conscientes de las terribles creencias y fortalecer nuestra decisión de combatirlos”. En este sentido, el profesor Lewis nos está invitando a ser libres de expresarnos, sin importar el tono en que lo hagamos o sobre quienes lo hagamos. Esto va en la línea del discurso del presidente Obama, por ejemplo.

En sentido comparado, Christoph Gusy,¹¹ profesor de la Universidad de Bielefeld (Alemania), al referirse al efecto que podría tener en territorio alemán la negación del video a que se hace referencia en las líneas iniciales, subraya dos cosas interesantes: la primera es que la discusión generada a nivel federal sobre el posible impedimento para transmitir el filme en conflicto quedaría sin efecto, ya que el tema cae dentro de las facultades de los Länder; la segunda, en un tono más sustancial, es que tampoco quedaría claro si el sistema constitucional alemán podría limitar la transmisión del mismo, ya que, como dice Gusy, “[N]o hay una base judicial esencial que permitiera a las autoridades para actuar. Los sentimientos religiosos están protegidos por la ley pero en un sentido muy estricto. No cualquier pieza de propaganda o ridiculización de la religión está prohibida, solo aquellas capaces de interrumpir la paz pública”. En Alemania, la libertad de expresión es un valor constitucional altamente protegido. En este sentido, parecería que nos aproximamos a los estándares de los Estados Unidos de Norteamérica o del discurso del presidente Obama.

3.2. Regular la expresión

Por el otro lado, la segunda obra para responder la pregunta es el reciente libro del profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad de Nueva York Jeremy Waldron, *The Harm in Hate Speech*.¹² Uno de los principales objetivos de la obra es partir de legislaciones de muchas partes del mundo –Canadá, Dinamarca, Alemania, Nueva Zelanda, el Reino Unido– que limitan los discursos extremos o de odio, analizarlas y entender

¹⁰ Anthony Lewis, *Freedom from the Thought that We Hate: A Biography of the First Amendment*, New York, Basic Books, 2007.

¹¹ “Freedom of Expression vs. Freedom of religion. The challenges of freedom of expression”. Disponible en: <http://www.dw.de/freedom-of-expression-vs-freedom-of-religion/a-16247485>.

¹² Jeremy Waldron, *The Harm in Hate Speech*, Cambridge, Harvard University Press, 2012.

las razones de su existencia y legitimación. Esto quiere decir, una visión opuesta a la del profesor Lewis. Waldron afirma:

El costo del discurso de odio no está igualmente distribuido por la comunidad que se supone debe tolerarla. Los que se expresan en esos términos creen no dañar a la gente de la que se expresan, pero de ellos se expresan como animales en posters en las calles. Debemos hablar igualmente de aquellos de los que se expresan de esa manera, los que sufren la burla o de la burla sobre el sufrimiento de sus padres, antes de concluir que este tipo de discursos fortalece el carácter.¹³

Las afirmaciones del profesor Waldron provocaron una discusión importante, que se pudo observar cuando Stanley Fish –profesor de Humanidades y Derecho de la Universidad Internacional de Florida– escribió en su columna del *New York Times*, dos artículos sobre su libro. En el primero, “The Harm in Hate Speech”,¹⁴ expone la línea general del pensamiento de Waldron al indicar que “está especialmente preocupado por el daño hecho a la dignidad de las personas”, y sobre esta afectación a la dignidad continúa: “Debe haber una seguridad implícita, extendida a todos los ciudadanos, que implica que mientras sus creencias pueden ser criticadas y rechazadas por algunos de sus compañeros ciudadanos, este debe ser visto inclusive por sus polémicos oponentes como alguien que tiene un derecho igual a su membresía de ciudadanía dentro de la sociedad”.

Esta visión, ahora desde la construcción de lo democrático, parece ser sostenida por Pierre Rosanvallon, cuando afirma: “Hasta ahora la igualdad se ha pensado remitiéndola a la idea de justicia y también identificándola con el igualitarismo, como sucedió en el siglo XIX. El concepto que sugiero entiende la igualdad como relación social. De lo que se trata es de vivir como iguales, reconociendo la singularidad de cada cual”¹⁵.

Mismo pensamiento que es endosado por Steven J. Heyman, cuando indica que las cortes norteamericanas, al proteger los discursos de odio en razón de la falta de distinción de otras formas de discurso político, están cometiendo un error. Heyman señala que se pueden dar dos razones contrarias: 1) Los discursos de odio invaden los derechos de sus objetivos, especialmente el derecho a su reconocimiento como ser humano y miembro de una comunidad. 2) Este tipo de discursos viola las reglas básicas, bajo las que se debería

¹³ Como expresaría George Kateb: “People remain unaware of their loss of individual status because they are content and so do not recognize the degradation in their condition, unless they are awakened by a few in their midst who are perhaps abetted by outsiders” (*Human Dignity*, USA, Harvard University Press, 2011, p. 42).

¹⁴ Stanley Fish, “The Harm in Hate Speech”, Opinator, *The New York Times*, 4 de junio de 2012. Disponible en: <http://opinionator.blogs.nytimes.com/2012/06/04/the-harm-in-free-speech/>; cf. “Hate Speech and Free Speech Part Two” Jeremy Waldron, Opinator, *The New York Times*, 18 de junio de 2012. Disponible en: <http://opinionator.blogs.nytimes.com/2012/06/18/hate-speech-and-free-speech-part-two/>.

¹⁵ José María Ridao, “Pierre Rosanvallon: una diferencia económica acaba con la convivencia”, *El País*, 23 de octubre de 2012. Disponible en: http://cultura.elpais.com/cultura/2012/10/23/actualidad/1351011572_284875.html.

desenvolver el debate democrático que significa el respeto y mutuo reconocimiento de ciudadanos libres e iguales.¹⁶

En este sentido, ambos pensamientos se conectan para tratar de sostener que lo importante en la construcción democrática es defender el derecho al trato igual, visto como relación o como dignidad, que significaría la posibilidad de que esa relación no se vea mermada por un discurso que esté afectando el derecho a esa igualdad. Para esto, la protección ante el discurso de odio estaría operando como una herramienta, que garantiza el igual acceso a la construcción del disfrute y construcción de la verdad social.

Como vemos, ambas partes de la discusión tienen argumentos fuertes de defensa; con claridad podemos entender los riesgos de ambas posturas que devienen de la aplicación de cada postulado en sus extremos, los cuales entonces se tornan difíciles de definir. En el primero, el permiso de discursos extremos lleva a la libertad de expresarse de cualquiera, inclusive de grupos sociales de personas en términos degradantes. El segundo, implica silenciar la expresión de una persona o grupos de personas y prácticamente eliminarlos de la sociedad. Ambos efectos igualmente riesgosos. La historia no miente sobre esto, solo recordemos a los judíos en la Segunda Guerra Mundial, quienes fueron degradados como grupo social sin posibilidad de reacción contra esas afirmaciones. Y, por el otro lado, la imposibilidad de ellos de reaccionar a estas afirmaciones.

Tratando de establecer puntos de inicio referencial –aunque paralelo– para la discusión, el profesor de Ciencia Política de la Universidad de Yale, Andrew F. March,¹⁷ al referirse en parte a la discusión iniciada con el video polémico, sostiene que encontramos tres premisas importantes cuando se trata de una aproximación filosófica a la moralidad del discurso sobre lo sagrado: 1) Los seres humanos tienen un fuerte interés en ser libres para expresarse. 2) Lo “sagrado” es un objeto de construcción humana y, por tanto, el hecho de que algo sea llamado sagrado es insuficiente para explicar por qué todos los humanos tienen que respetarlo. 3) El respeto se les debe a las personas, pero no a todo lo que valoran o veneran, inclusive si hay personas que no manifiestan una diferencia entre ellos mismos y sus creencias.

4. Marco de referencia jurisprudencial para analizar discursos de odio

¿Cómo se valoran en sede judicial los discursos de odio? Dos documentos nos ofrecen una visión sistemática de los elementos necesarios que nos aproxima a una respuesta

¹⁶ Steven J. Heyman, “Hate Speech, Public Discourse, and the First Amendment”, en Ivan Hare y James Weinstein (eds.), *Extreme Speech and Democracy*, Oxford, Oxford University Press, 2010, p. 181.

¹⁷ Opinador, “What’s Wrong With Blasphemy?”, *The New York Times*, 25 de septiembre de 2012. Disponible en: <http://opinionator.blogs.nytimes.com/2012/09/25/whats-wrong-with-blasphemy/>.

adecuada. La Organización de las Naciones Unidas emitió el Plan de Acción de Rabat,¹⁸ donde se ofrecen las herramientas para combatir la incitación al odio en el mundo. Por otro lado, a finales de diciembre de 2012, la organización Article 19¹⁹ igualmente había presentado un estudio donde se hicieron recomendaciones de políticas y marcos de argumentación en tribunales para analizar casos de discursos de odio.

Ambos documentos encuentran su origen en las implicaciones y contenidos del artículo 20 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP), aunque por su género es igualmente aplicable a otros instrumentos internacionales como la Convención Americana sobre Derechos Humanos, o, por su contenido, a la determinación de posibles discursos dentro de los sistemas nacionales como el mexicano.

Estos dos marcos referenciales son idóneos para asimilar cómo debe resolver un tribunal, cuando se trata de asuntos de este tipo, en especial los de incitación al odio. En este sentido, se ofrece un umbral de revisión que debe contener seis elementos:

1. Contexto. Lo que implica la revisión de las circunstancias políticas y sociales en el momento en el que se da la expresión. Deben ponderarse elementos como: la existencia de conflictos dentro de la sociedad; historia de choques y conflictos entre la población que produce el discurso y a quien está dirigido el mismo.
2. El que habla. La posición del ponente es importante para determinar la naturaleza del discurso; es decir, si tiene una posición prominente dentro de la sociedad y, por esta posición, a la audiencia que puede influir. Esto implica analizar si tiene una posición oficial frente a la audiencia, la capacidad de autoridad e influencia, y si lo expresado se hizo dentro de su capacidad oficial. Ahora bien, un análisis del que habla necesariamente requiere el análisis de la contraparte, de quién se habla, atendiendo a cuestiones como su grado de vulnerabilidad y el miedo de varias comunidades.
3. Intención. El PIDCP no califica la negligencia o la imprudencia, en específico, requiere que exista intención. La organización Article 19 define intención como: a) voluntad de comprometerse con el odio, b) voluntad de dirigirse a un grupo sobre temas prohibitivos, c) tener conocimiento de las consecuencias del discurso. Sin embargo, el análisis de la intención es complejo y comúnmente se va decidiendo caso por caso.

¹⁸ “Rabat Plan of Action on the prohibition of advocacy of national, racial or religious hatred that constitutes incitement to discrimination, hostility or violence”. Este documento es el resultado de las conclusiones y recomendaciones de una serie de talleres celebrados durante 2011 en Europa, África, Asia y el Pacífico, y América (Organización de las Naciones Unidas, Asamblea General, A/HRC/22/17/Add.2, 11 de enero de 2013. Disponible en: http://www.ohchr.org/Documents/Issues/Opinion/SeminarRabat/Rabat_draft_outcome.pdf).

¹⁹ “Article 19 unveils a practical guide for dealing with cases of incitement to hatred”, *Press Release*, 3 de diciembre de 2012. Disponible en: <http://www.article19.org/resources.php/resource/3548/en/parution-d%E2%80%99un-guide-pratique-pour-examiner-les-cas-d%E2%80%99incitation-%EF%BF%BD%C2%AO-la-haine>.

4. El contenido o la forma. Constituye uno de los elementos clave de análisis de las cortes, al igual que elemento crítico de la incitación. Puede considerarse: qué fue dicho, sobre quién se dijo, la audiencia, cómo fue dicho, qué forma de expresión se tomó; sobre esto puede haber variantes, como si fue expresión artística, interés público del discurso, etc.
5. Extensión del discurso. Tres elementos fundamentales: alcance, naturaleza pública y magnitud de la audiencia.
6. Probabilidad de daño, lo que incluye inminencia. Aunque la incitación no implica que la acción solicitada deba llevar a la comisión de un crimen, sí debe identificarse un grado de riesgo.

5. Discurso de odio y su defensa jurisdiccional en México

La decisión de que el uso de palabras como “maricón” y “puñal” en notas o artículos periodísticos no se encuentra protegida por la libertad de expresión, desata una serie de interrogantes fundamentales para el goce de esta libertad en nuestro país.²⁰

En México en 2013, en el contexto conceptual señalado en el párrafo anterior, por primera vez la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en específico la Primera Sala, se conoció un asunto donde el máximo tribunal del país se refirió a discursos de odio, al interpretar los contenidos de los artículos 1º, 6 y 7 de la Constitución mexicana, específicamente los temas de discriminación, libertad de expresión y discursos de odio.

Como veremos, el asunto se dio a partir de la publicación de un editorial en un periódico de circulación local –estado de Puebla– sobre integrantes de otro periódico del mismo estado de la República.

La decisión tomada por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, ese 6 de marzo, al resolver el amparo directo en revisión 2806/2012, es controvertida, como lo deja ver la propia votación, donde se resolvería: 3 contra 2.²¹

Como expresa el medio de comunicación “animal político”:²² “El caso se originó en 2010, cuando Armando Prida Huerta, dueño del diario *Síntesis*, demandó a Enrique Núñez Quiroz, del diario *Intolerancia*, por una columna de agosto de 2009 en la que

²⁰ Esta fue una sentencia muy criticada debido al uso del lenguaje que la Corte pretende instaurar mediante ella. Muestra de ello es la afirmación del director de la Academia Mexicana de la Lengua, Jaime Labastida: “En mi calidad de escritor, de académico, de director de la Academia, me parece un verdadero absurdo lo que ha hecho la Suprema Corte de Justicia, porque ha intervenido en un tema que no le corresponde, que es el uso que considera adecuado o inadecuado de la lengua” (Jaime Labastida, “Absurdo SCJN prohíba utilizar ‘puñal’ y ‘maricón’: Labastida”. Disponible en: www.radioformula.com.mx/notas.asp?Idn=315899).

²¹ La Suprema Corte de Justicia de la Nación –Tribunal con facultades de constitucionalidad– funciona en pleno (11 ministros) y en dos salas (cinco ministros).

²² “SCJN falla contra expresiones homófobas”, 7 de marzo de 2013. Disponible en: www.animalpolitico.com/2013/03/scjn-resuelve-que-usar-maricon-o-punal-puede-ser-causa-de-demanda/. Sobre las reacciones a la decisión, ver igualmente: CNN México, “Un empresario poblano ‘limita’

este último se refirió al primero como ‘puñal’ y sostuvo que solo ‘maricones’ escriben en su medio”.

El asunto enfrenta la libertad más valiosa dentro de una democracia, que es la *expresión*, con su némesis, los *discursos de odio*. Este enfrentamiento representa una relación marginal: ¿Cuándo debe ser protegida la expresión y cuándo no? ¿Cuándo una expresión debe ser reprimida porque incita al odio?

5.1. Los hechos. El debate periodístico

El señor APH es el fundador y actual presidente del Consejo de Administración del periódico *S*, el cual es un medio de comunicación con circulación en el estado de Puebla.²³

El 21 de agosto de 2003, en el diario *S* se publicó en la columna Los Conjurados una nota de Éra, titulada “El cerdo hablando de lodo”, donde se emitieron diversos comentarios sobre varios integrantes del periódico *I*, el cual es otro medio de comunicación con circulación en la ciudad de Puebla.

Es visible que en dicha nota se hacían referencias sobre el señor ENQ, como director general del periódico *I*, así como al señor MAM, como presidente administrativo de este medio.

La citada nota se publicó nuevamente casi seis años después en el periódico *S*, durante los días 3, 4, 5, 6, 7, 10, 11 y 12 de agosto de 2009, junto con una nota titulada “¿Quién es MAM el Quintacolumnista?”, misma que contenía un fragmento del libro *Prensa Negra*, de autoría de JM.

Como respuesta de lo anterior, el 14 de agosto de 2009, en la columna Contracara, perteneciente al diario *I*, el señor ENQ publicó una nota titulada “El ridículo periodístico del siglo”, nota periodística que es razón del asunto.²⁴

las expresiones homófobas en México”, 12 de marzo de 2013. Disponible en: <http://mexico.cnn.com/nacional/2013/03/12/un-empresario-poblano-limita-las-expresiones-homofobicas-en-mexico>.

²³ Debido a que el asunto se ha analizado a partir de la versión oficial de la sentencia de la Primera Sala, se toman las contracciones de nombres y siglas, tal y como aparecen en ese documento. Cf. Amparo Directo en Revisión 2806/2012, resuelto el 6 de marzo de 2013. Disponible en: <http://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/DetallePub.aspx?AsuntoID=143425>

²⁴ La nota señala lo siguiente: “Aunque seguramente usted ni se enteró, el inefable empresario APH inició una campaña para intentar blindar la sucia imagen que a lo largo de los años ha creado en Puebla. (¶) En su afán de curarse en salud, el dueño de *S* declaró la guerra a los directores de los periódicos *C* y *EC*, por las supuestas difamaciones y calumnias escritas en esos medios en su contra. En medio de esa campaña, pasaron a raspar –a través de viejas infamias y calumnias– al Presidente Administrativo de esta casa editorial y a este columnista. (¶) Sin elementos probatorios, *S* recuperó una vieja columna escrita por Éra, quien desesperada inventó una absurda historia en contra de *RLS* y de un servidor. Esa columna fue la base para toda la ‘campaña’ que APH emprendió en contra de quienes han hecho públicas sus fechorías. Las historias de APH no tienen desperdicio. (¶) Difícilmente existe en Puebla un personaje tan negro como el dueño de *S*. Ahora bien. Periodísticamente este diario ha hecho el peor de los ridículos, retomando durante casi dos semanas la vieja columna de Éra y los textos del libro *Prensa Negra* de uno de los reporteros más corruptos de los que se tenga

5.2. Historial judicial del asunto

La primera instancia fue el *juicio ordinario civil*, solicitado por APH en contra de ENQ, por la última nota, el día 13 de agosto de 2010 ante el juez sexto de lo Civil del Distrito de Puebla, requiriendo la ilicitud de la nota por provocarle un daño en sus sentimientos, decoro, honor, imagen pública, buena fama y reputación, por lo que pidió una indemnización económica. El 23 de agosto de 2011, el juez dictó sentencia dándole la razón al actor.

Posteriormente, el 9 de septiembre de 2011, ENQ solicitó el recurso de revisión ante la Segunda Sala en materia civil del Tribunal Superior de Justicia de Puebla, porque consideró que el juez original no había valorado todas las pruebas, como aquellas en donde se indicaba que APH había estado inmerso en diversas controversias, en las cuales ya se había puesto en entredicho su calidad moral y su reputación como periodista. Al final, la Sala decidió que se habían rebasado los límites de los artículos 6 y 7 constitucionales y lastimado el afecto, el honor y la reputación. En ese sentido había existido un exceso en el ejercicio de la libertad de expresión. La decisión fue presentada el 23 de mayo de 2012, indicándose como derechos fundamentales violentados los contenidos en los artículos 6, 7, 14, 16 y 17 de la Constitución.

Dado el anterior resultado, se promovió el amparo directo. El tribunal competente resolvió que existía un conflicto entre la libertad de expresión y el derecho al honor, donde debía aplicarse el sistema de protección dual determinado por la Sala de la Corte en el amparo directo 28/2010, que al considerar las particulares del caso se trataba de personas con carácter público. Por esto último, el umbral de protección debía estar más relajado, la nota periodística era de relevancia pública por referirse a una discusión entre dos periódicos de circulación local y, finalmente, el fin perseguido era ofrecer una postura en relación con los hechos, estando permitido el uso de lenguaje proporcionado a su fin. En este sentido, el 20 de agosto de 2012 se dictó resolución absolviendo a ENQ.

Por último, el 4 de septiembre de 2012, APH promovió revisión de amparo, indicando que: no se había aplicado de manera adecuada el principio pro persona, no se inter-

memoria. Esos son los elementos que dieron los supuestos fundamentos para la ‘campana’ de APH. Imagínense, dos semanas continuas repitiendo la misma columna publicada hace seis años. (¶) Así de grande fue la ‘campana’ periodística de APH y S. ¡Pobres diablos! (¶) Las guerras periodísticas. (¶) Dicen que las guerras se ganan con parque. Y el parque de las guerras periodísticas es la información. Qué pena para APH que su periodiquito y todos sus reporteros y columnistas no hayan podido reunir información suficiente para poder enfrentar una guerra de verdad. (¶) **Columnas viejas, libros pagados, escritores pagados y columnistas maricones son los que S utilizó para una guerra que de antemano estaba perdida.** (¶) La antítesis de un columnista. (¶) La antítesis del columnista, la escribió de ayer AM en cara a APH, sin mayores elementos que las órdenes recibidas de su jefe. (¶) Pobre AM, en su ocaso como columnista, tuvo que salir a una guerra donde su única arma es el hambre que lo lleva a arrastrarse a los pies de su patrón. No se atrevió a dar nombres, ni citó las calumnias y mucho menos presentó pruebas contra nadie. Sin duda, AM definió los atributos que no debe tener un columnista: **ser lambiscón, inútil y puñal.** (¶) ¡Para eso me gustaba!” (El énfasis se encuentra en la transcripción de la sentencia de la Primera Sala).

pretaron de manera adecuada los límites a la libertad de expresión, no debía operar el sistema dual de protección, porque no había interés público en lo indicado, ni tampoco se trataba de un debate periodístico, sino de ataques personales.

De la lectura de la síntesis del historial del asunto previo a ser conocido por la Suprema Corte, es importante indicar que no se encuentra referencia alguna al tema de discursos de odio, ni en las afirmaciones de las partes ni en las decisiones de los tribunales.

5.3. Resolución mayoritaria de la Primera Sala

La Primera Sala determinó al final que en la colisión entre la libertad de expresión y el derecho al honor en el presente caso, debía prevalecer el derecho al honor –que es lo que el actor inicial había subrayado que se le afectó, aunque no hiciera referencia a que se hubiere sentido discriminado o afectado por un discurso de odio–, argumentando en síntesis como sigue. El análisis se dividió en cuatro apartados. 1) Doctrina de la libertad de expresión y su relación con el derecho al honor. 2) Expresiones absolutamente vejatorias y lenguaje discriminatorio. 3) Las expresiones homófobas como una categoría de manifestaciones discriminatorias y discursos de odio. 4) Análisis de las expresiones del caso en concreto, a la luz de los postulados desarrollados.

5.3.1. Doctrina de la Primera Sala en torno a la libertad de expresión y su relación con el derecho al honor

Al respecto, la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación se pronunció a favor de la protección del derecho al honor, superior a la libertad de expresión. En otras palabras, le dio prioridad a la dignidad humana sobre cualquier ejercicio profesional relacionado con las prácticas que puedan atentar contra esta.²⁵

²⁵ A este respecto, la Sala utilizó la jurisprudencia: Dignidad humana. El orden jurídico mexicano la reconoce como condición y base de los demás derechos fundamentales. El artículo 10. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos establece que todas las personas son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razones étnicas o de nacionalidad, raza, sexo, religión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social que atente contra la dignidad humana y que, junto con los instrumentos internacionales en materia de derechos humanos suscritos por México, reconocen el valor superior de la dignidad humana, es decir que en el ser humano hay una dignidad que debe ser respetada en todo caso, constituyéndose como un derecho absolutamente fundamental, base y condición de todos los demás, el derecho a ser reconocido y a vivir en y con la dignidad de la persona humana, y del cual se desprenden todos los demás derechos, en cuanto son necesarios para que los individuos desarrollen integralmente su personalidad, dentro de los que se encuentran, entre otros, el derecho a la vida, a la integridad física y psíquica, al honor, a la privacidad, al nombre, a la propia imagen, al libre desarrollo de la personalidad, al estado civil y el propio derecho a la dignidad personal. Además, aun cuando estos derechos personalísimos no se enuncian expresamente en la Constitución General de la República, están implícitos en los tratados internacionales suscritos por México y, en todo caso, deben entenderse como derechos derivados del reconocimiento al derecho a la dignidad humana, pues solo a través de su pleno respeto podrá hablarse de un ser humano en toda su dignidad (Aislada

La dignidad humana se ve respaldada con el honor, una palabra que no tiene una definición rígida en el ordenamiento jurídico, por lo cual se deja a la interpretación de los jueces y la Primera Sala ha dicho que:

Es posible definir al honor como el concepto que la persona tiene de sí misma o que los demás se han formado de ella, en virtud de su proceder o de la expresión de su calidad ética y social, lo que jurídicamente se traduce en un derecho que involucra la facultad de cada individuo de pedir que se le trate en forma decorosa y la obligación de los demás de responder a este tratamiento.²⁶

Esto viene a crear una esfera de protección contra la libertad de expresión, coartándola hasta el punto que el Estado deja su carácter neutral frente a todos los contenidos de opiniones para proteger presuntos atentados al honor.

LXV/2009 del Tribunal Pleno, publicada en el *Semanario Judicial de la Federación* y su *Gaceta*, Novena Época, t. XXX, diciembre de 2009, p. 8).

²⁶ Se utilizó la jurisprudencia Derecho al honor y prestigio profesional. Esta Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en la tesis 1a. XX/2011 (10a.), de rubro “Derecho fundamental al honor. Su dimensión subjetiva y objetiva”, sostuvo que el derecho al honor tiene una dimensión objetiva o externa, conforme a la cual este puede definirse como el derecho a que otros no condicionen negativamente la opinión que los demás hayan de formarse de nosotros. En esta dimensión, el derecho al honor ampara la buena reputación de una persona en sus cualidades morales y profesionales, protegiéndola frente a expresiones o mensajes que la hagan desmerecer en la consideración ajena, al ir en su descrédito o menosprecio. Por lo mismo, esta Primera Sala estima que en ciertos casos y bajo determinadas circunstancias, el juicio crítico o la información divulgada acerca de la conducta profesional o laboral de una persona puede constituir un auténtico ataque a su honor. En esos supuestos, los mensajes absolutamente vejatorios de una persona se dirigen contra su comportamiento en el ámbito en el que desempeña su labor u ocupación, pudiendo hacerle desmerecer ante la opinión ajena con igual intensidad y daño que si la descalificación estuviese dirigida directamente a su persona o sus cualidades morales. Esto es así porque la actividad profesional suele ser una de las formas más destacadas de manifestación externa de la personalidad y de la relación del individuo con el resto de la colectividad, de forma que la descalificación injuriosa o innecesaria de ese comportamiento tiene un especial e intenso efecto sobre dicha relación y sobre lo que los demás llegasen a pensar de una persona, pudiendo repercutir tanto en los resultados patrimoniales de su actividad como en la imagen personal que de ella se tenga. No obstante, esta Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación estima que la simple crítica a la pericia profesional en el desempeño de una actividad no debe confundirse sin más con un atentado contra el honor, ya que el no ser en la consideración de un tercero un buen profesional o el idóneo para realizar determinada actividad no constituye *per se* un ataque contra su honor. Las críticas a la aptitud profesional de otra persona serán lesivas del derecho al honor cuando, sin ser una expresión protegida por la libertad de expresión o el derecho a la información, constituyan: (i) una descalificación de la probidad profesional de una persona que pueda dañar grave e injustificada o infundadamente su imagen pública, o (ii) críticas que, pese a estar formalmente dirigidas a la actividad profesional de un individuo, en el fondo impliquen una descalificación personal, al repercutir directamente en su consideración y dignidad individuales (Tesis aislada XX/2011 de esta Primera Sala, publicada en el *Semanario Judicial de la Federación* y su *Gaceta*, Décima Época, Libro IV, t. 3, enero de 2012, p. 2906).

En un sistema democrático, sigue argumentando la Corte, la libertad de expresión tiene una posición preferencial sobre el honor, siempre y cuando con la primera no se utilicen frases y expresiones ultrajantes, ofensivas u oprobiosas que se encuentren fuera del ámbito de protección constitucional. Estas palabras podrían atentar no solo contra el honor, sino convertirse en un discurso de odio, dependiendo de la manera y el contexto en que sean utilizadas, es por eso que se debe analizar si se encuentran en la alcance de la libertad de expresión o, en caso contrario, en el ataque al honor.

5.3.2. Expresiones absolutamente vejatorias y lenguaje discriminatorio

Existen dos características para considerar estas frases o expresiones como vejatorias y como lenguaje discriminatorio: a) las expresiones deben ser ofensivas u oprobiosas, según el contexto; b) las expresiones deben ser impertinentes para expresar opiniones o informaciones. Si se tienen estos dos puntos, ya no se les puede proteger por el texto constitucional.

Las expresiones deben ser ofensivas u oprobiosas, según el contexto. La Primera Sala sostuvo que las expresiones calificadas ofensivas u oprobiosas son las que conllevan un menosprecio y una humillación injustificada. De igual manera, estas expresiones no deben confundirse con críticas con calificativos o afirmativos fuertes; como ya se había señalado anteriormente, en una sociedad democrática prevalece la libertad de expresión, siempre que no alcance el límite del honor. Las expresiones deben ser impertinentes para expresar opiniones o informaciones. Para saber si era necesario utilizar estas expresiones, se debe analizar el contexto en el que fueron utilizadas, en orden a determinar si sostenía o acompañaba algún argumento necesario para poder reforzar la tesis o la opinión correspondiente. Si no se diera el caso, resultarían impertinentes y no tendrían el resguardo constitucional.

5.3.3. Las expresiones homófobas como una categoría de manifestaciones discriminatorias y de discursos de odio

La homofobia es una forma de rechazo hacia la sociedad abiertamente homosexual, cuyo componente primordial es la repulsa irracional hacia la misma. Cualquier rechazo o agresión a cualquier variación en la apariencia, actitudes, roles o prácticas sexuales puede considerarse como una manifestación de homofobia.

La práctica de discriminación a los homosexuales ha dado paso a los discursos de odio, donde se les pone en menor jerarquía que su contraparte heterosexual, tratando de denigrarlos y marginarlos con palabras vejatorias, generando así una falta a la dignidad humana.

Lo que se busca con estas prácticas es lograr un discurso dominante que influya en la sociedad como lo que debe ser normal, y, por otro lado, formar un estereotipo discriminatorio sobre un grupo considerado históricamente vulnerable.

5.3.4. *Análisis de las expresiones del caso en concreto a la luz de los postulados desarrollados en los anteriores rubros*

Para esto, la Corte dividió el estudio en dos partes, a partir de los siguientes interrogantes: a) ¿Las expresiones fueron ofensivas u oprobiosas?; b) ¿las expresiones fueron impertinentes para expresar las opiniones contenidas en la nota?

La Corte tomó dos párrafos de la columna para sostener su argumentación; el octavo completo: “Columnas viejas, libros pagados, escritores pagados y columnistas maricones son los que S utilizó para una guerra que de antemano estaba perdida”, y la última parte del penúltimo: “Sin duda, AM definió los atributos que no debe tener un columnista: *ser lambiscón, inútil y puñal*”.²⁷

De la nota periodística, indica la Corte, se empleó el término “maricones” y “puñal”, haciendo referencia a la homosexualidad, no como una forma de preferencia sexual, sino como una inferioridad de las personas que laboran en el periódico, logrando que se vuelva un discurso de odio, insinuando que de esa manera son menos capaces, llevando una discriminación indirecta a los grupos homosexuales.

Tanto el término “maricones” como el diverso de “puñal” desgraciadamente son utilizados en nuestro país, dice la Corte, como referencias burlescas hacia la homosexualidad, generalmente en relación con los hombres, por medio de los cuales, mediante la construcción de estereotipos, se hace referencia a la falta de virilidad, por una parte, y a una acentuación de actitudes y rasgos femeninos, por la otra.

A consideración de la Primera Sala, estas palabras actualizaron un discurso homófobo, ya que mediante estas expresiones no solo se hace una burla hacia la preferencia sexual de una persona, sino también lo diferencia de manera peyorativa. Así, el editorialista en el momento de escribir la columna y querer evidenciar la falta de pericia profesional que tienen los escritores del diario S, eligió la palabra ‘maricones’ como una manera de burla e intentando demostrar la debilidad en el ámbito periodístico, gracias a este elemento.

De igual manera, en el momento de utilizar el término “puñal”, lo señala como una de las características que un columnista no debería tener, ya que esto puede afectar a su desempeño profesional. Así lo muestra en el momento que le hace la crítica al señor AM, donde utiliza esta palabra junto a otras como “inútil” y “lambiscón”, lo cual deja claro el término despectivo.

Afirma la Corte que la preferencia sexual no puede ser un término válido para representar la labor periodística de un grupo de personas, ya que no tiene mayor relevancia en el ejercicio de la profesión. De otra manera se vincularía a esta preferencia la falta de pericia profesional, generando una clara referencia a las personas homosexuales en un plano de inferioridad, no solo personal sino incluso profesional.

Por lo dicho anteriormente, el órgano jurisdiccional consideró que las palabras usadas de manera despectiva ya señaladas conforman un discurso dominante mediante el cual persiguen definir lo que es “normal”, mientras que buscan parecer que la homo-

²⁷ Ver nota supra 22.

sexualidad es inferior a los heterosexualidad, situación que es inadmisibile, acorde con el texto constitucional.

¿Las palabras utilizadas fueron impertinentes para expresar las opiniones contenidas en las notas?

El señor NQ, con su nota “El ridículo periodístico del siglo”, pretendió señalar que APH tiene mala reputación en el estado de Puebla. A vista del autor de la nota, el señor APH mantenía una campaña para remediar la imagen negativa transmitida a lo largo del tiempo, por lo cual se encargó de publicar de forma reiterada una columna en la que hacía críticas en relación con varias personas, incluida ENQ.

Como puede notarse, el “Ridículo periodístico del siglo” contiene una dura crítica a la línea editorial de APH y su grupo de colaboradores, implementada para blindar su imagen pública.

Así, en consideración de la Primera Sala y su doctrina jurídica, las palabras señaladas con anterioridad son impertinentes, ya que no sustentan ni un argumento ni ayudan a entender de mejor manera la nota periodística. La crítica al editorial es válida, pero no puede argumentarse la libertad de expresión para apoyar las humillaciones y la discriminación hacia grupos históricamente desaventajados.

En ese sentido, la nota no podía ser protegida por la libertad de expresión porque en su interior se encontraba, a juicio de la Sala, un discurso de odio.

Finalmente, la Corte expondría un estándar de validación de expresiones, modos en los que estos términos que fueron tachados podrían ser utilizados bajo el umbral de la libertad de expresión: “Esta Primera Sala no pasa por alto que ciertas expresiones que pudiesen conformar un discurso homófobo, válidamente pueden ser empleadas en estudios de índole científico, literario o en obras de naturaleza artística, sin que por tal motivo impliquen la actualización de manifestaciones discriminatorias”.

5.4. Voto particular del ministro Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena

El ministro Ortiz Mena, en su voto particular, haría referencia al método y al contexto de la decisión.

En un primer momento, el ministro hace referencia a que la metodología aplicada para analizar el caso debió de haber sido a la columna completa y no a las palabras en específico, como hizo la Primera Sala. Se analizaron las palabras “puñal” y “maricón” y se dejaron de un lado otras como “personaje negro”, “corrupto”, “sucias imágenes”, “periodiquito”, entre otras que debieron de haber sido analizadas a fondo.

Adentrándose al contexto, nos refiere que estamos hablando de que la columna o debate periodístico se da entre individuos pertenecientes a los medios de comunicación, por lo cual –como ya se ha reiterado–, la Suprema Corte de Justicia de la Nación ya ha considerado que hablando de figuras públicas y medios de comunicación se tiene que soportar un mayor umbral de tolerancia.

Ahora, para poder llegar al punto del porqué estar en desacuerdo con la mayoría de la Primera Sala, el ministro Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena refiere que no hay que olvidar

quién es el sujeto, porque para sentirse discriminado por el sentido de un discurso, se tiene que estar entre los llamados grupos históricamente desaventajados contemplados en el artículo primero constitucional. En este caso, los columnistas y el director del periódico no exteriorizaron su preferencia sexual, ni que las expresiones los hayan hecho sentir discriminados. Es decir, la alegada discriminación de la sentencia no podría ser aplicable a este caso. Esto no significa que las expresiones no sean vejatorias u oprobiosas, pero la comunidad que podría ser afectada, que en este caso es la homosexual, no se encuentra en la secuela procesal.

Abordando el tema de los discursos de odio, como ya habíamos referido antes, no se puede considerar que las manifestaciones abstractas, solo por ser molestas, incómodas o políticamente incorrectas, o las manifestaciones discriminatorias en general queden fuera de la protección constitucional. Por lo anterior, el ministro Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena opina que no había elementos suficientes para concluir que el discurso de opinión constituyó un discurso discriminatorio contra el dueño del periódico que se sintió ofendido, ni contra los periodistas referidos.

5.5. Voto particular del ministro José Ramón Cossío Díaz

El ministro José Ramón Cossío Díaz, disiente en su voto respecto de la mayoría de la Primera Sala, argumenta que están utilizando un estándar vago e impreciso para limitar la libertad de expresión, al no tomar en cuenta diferentes factores del caso concreto. Se pueden analizar estos factores, como nombra el ministro, en tres rubros, a saber: la supuesta inexistencia del derecho al insulto, el porqué la sentencia no atendió debidamente las circunstancias especiales del caso concreto y la excepcionalidad de la limitación de la libertad de expresión en razón de su contenido.

5.5.1. *La supuesta inexistencia del derecho al insulto*

Tomando en cuenta el primer punto, en relación con la supuesta inexistencia del derecho al insulto, el ministro argumenta que si bien la Constitución no lo prohíbe ni permite, este puede llevar a una consecuencia ulterior cuando se vulneran derechos humanos. Adecuándolo al caso concreto se toma en cuenta que el insulto tiene un carácter subjetivo y valorativo, por lo cual –como lo ha pronunciado también la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos– se estima que “el carácter ofensivo del discurso, por sí solo, no es razón suficiente para restringirlo”.²⁸

²⁸ Relatoría Especial para la Libertad de Expresión, Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Informe anual*, 2010.

5.5.2. El porqué la sentencia no atendió debidamente las circunstancias especiales del caso concreto

En su análisis, el ministro dividió el segundo punto en tres subtemas:

Diferendo entre dos medios de comunicación escrita en posición simétrica: La Primera Sala ha sostenido que en casos de debate periodístico entre dos medios de comunicación, los sujetos deben tener mayor tolerancia; esto se sostiene, ya que, como medios de comunicación, tienen mayor libertad y protección expresiva. Por lo cual cabe resolver que también cuenta con más y mejores herramientas para replicar, contraargumentar y así defender su postura.

Intención de la columna impugnada: La columna en este caso intentaba señalar la cobardía, sumisión y servilismo del director del periódico contrario; no intentaba con sus palabras generar un tipo de hostilidad o discriminación contra la comunidad homosexual como concluyó la Primera Sala en su sentencia.

Pretensión del actor en el juicio ordinario civil: El argumento del insulto en el apartado anterior se sostiene en la pretensión del actor al demandar indemnización por daño moral. Por lo cual, el director del periódico se sintió ofendido y no discriminado, y centró su demanda en daño al honor y nunca aludió a discriminación por preferencia sexual.

La Corte interpretó, aunque no lo haya planteado el actor, que estas palabras se referían al carácter discriminatorio y esto trae repercusiones. La primera es que se confunden los estándares de insulto elaborados por la Primera Sala y discriminación (el menosprecio de una persona con base en su preferencia sexual. La segunda es que la mayoría de la Primera Sala refuerza el estereotipo que intenta eliminar, vinculando las palabras como un posible insulto a la comunidad homosexual y así vulnerando su derecho al honor. Finalmente, la mayoría vincula las palabras con los discursos de odio, lo cual queda alejado del caso concreto, teniendo en cuenta que nunca se advirtió como una acción expresiva finalista. Las palabras que en el engrose fueron centradas con un tinte discriminatorio, nunca buscaron la violencia ni el hostigamiento, por lo cual hace que se aleje aún más del caso que estamos analizando.

5.5.3. La excepcionalidad de la limitación de la libertad de expresión en razón de su contenido

Se argumenta que la libertad de expresión es de entre los derechos humanos uno de los centrales, teniendo en cuenta que todo mensaje es digno de análisis y discusión. Por lo cual, una medida del Estado intentando limitarlo es contraria a la libertad de expresión. Lo anterior se sustenta en que un mensaje se puede rebatir con otro y así competirán por la búsqueda de la verdad.

Lo anterior no significa que la libertad de expresión se deje a una autorregulación. Cuando los mensajes se refieren violentamente o buscan discriminar a un sector social, se puede limitar, pero en el caso de la columna periodística no era el propósito por el cual se usaron las palabras.

6. Conclusiones

El tema es realmente problemático por varios factores. Se trata de la supresión de la libertad de expresión,²⁹ que –como sabemos– es un elemento fundamental para la participación y el enriquecimiento democrático. Permitir la expresión de discursos de odio estaría dañando fundamentalmente a grupos desaventajados, pero reprimirla debilitaría el discurso público. Por eso, el elemento clave para decidir por una vía u otra es un fuerte razonamiento sobre el caso concreto.³⁰

Históricamente, los elementos que se han considerado como sujetos de discursos de odio han sido: racial, religioso, nacional y, en últimos tiempos, las preferencias sexuales, como el caso de la Corte mexicana que hemos estudiado.

La doctrina y la jurisprudencia internacional subrayan que en el tema de discursos de odio tienen que ponderarse tres elementos: primero, los límites tienen que estar debidamente planteados, esto quiere decir que no se pueden hacer aseveraciones generales o abstractas, sino análisis razonados de los casos concretos. Segundo, tiene que observarse la intención de odio, esto es, la gradación alta del deseo de causar un daño o burla extrema. A esto, el profesor Jeremy Waldron³¹ ha indicado que es importante tomar en cuenta la desventaja social y democrática que el discurso de odio genera en su destinatario, lo cual es una razón fuerte para suprimirlo, pero subraya también que efectivamente tiene que haber un discurso de esta naturaleza, lo que nos lleva al tercer elemento: debe identificarse el destinatario.

Es difícil definir un discurso de odio. Empiezan a construirse estudios sistémicos para enfrentar esta realidad, como el de United o Article 19.

En el caso concreto de la decisión jurisprudencial de la Corte mexicana, podemos hacer las siguientes reflexiones sobre la fortuna de tal decisión.

El primer elemento que debe ser subrayado es la afectación valorada a solicitud del demandante inicial. Si revisamos la demanda de primera instancia, la solicitud no hizo referencia a que se considerara discriminado por sus preferencias sexuales u odiado con tal discurso; más bien se solicitaba una valoración del daño al honor.

Las afirmaciones que se consideraron dañinas no se restringían a los temas de la homosexualidad, sino al contexto general de la política y el equipo de editores de un pe-

²⁹ En la Observación General 34, el Comité de Derechos Humanos de la ONU conecta claramente con esta idea del escrutinio estricto de la restricción de la expresión: “33. Las restricciones deben ser ‘necesarias’ para la consecución de un propósito legítimo [...]. 34. Las restricciones no deben ser excesivamente amplias” (CCPR/c/GC/34, 12 de septiembre de 2011. Disponible en: <http://www2.ohchr.org/english/bodies/hrc/docs/GC34.pdf>).

³⁰ A este respecto, en la citada Observación General 34 se expresa: “35. Cuando un Estado parte haga valer una razón legítima para restringir la libertad de expresión, deberá demostrar en forma concreta e individualizada la naturaleza precisa de la amenaza y la necesidad y la proporcionalidad de la medida concreta que se haya adoptado, en particular estableciendo una conexión directa e inmediata entre la expresión y la amenaza” (*Ibid.*).

³¹ *Supra*, nota 11.

riódico. A esto se suma que aquellos señalamientos específicos de potenciales problemas a las preferencias sexuales, no se hicieron directamente al demandante –cuestión que es subrayada en los votos particulares de los ministros–, una razón más para sostener que su solicitud no se relacionaba con que se hubiere sentido discriminado por sus preferencias y menos odiado. Esta carencia de especificidad se puede ver inclusive en el desarrollo de argumentos y contraargumentos en los diversos juicios previos al de la Primera Sala de la Corte, donde se sostuvo siempre daños a la moral por exceso de libertad de expresión.

Segundo, como hemos visto, desde la discusión en cuanto a la postura, incluso filosófica, que debe animar a una sociedad para la implementación de una política global para limitar los discursos de odio y favorecer una expresión social sana, la limitación de la libertad de expresión debe estar plenamente justificada,³² tratándose tanto de la redacción de una ley, de la decisión de un caso por parte de tribunales, como de la implementación de políticas públicas.

Tercero, si atendemos a los criterios de análisis sugeridos por la ONU y por Article 19, que además se ven reflejados en labores de órganos internacionales como el Comité de Derechos Humanos o las cortes de Derechos Humanos como la Europea, tendremos lo siguiente:³³

1. Contexto. El problema se dio en el marco de una discusión entre periódicos que los colocaba en una dimensión simétrica y contextualizada específicamente, sin observar la intención de referirse a sujetos o elementos más allá de este contexto.
2. El que habla. Ciertamente se trataba de un medio de comunicación estatal, que por su naturaleza pública tiene el compromiso de llevar en su expresión un criterio de decoro, pero estaba dirigido a otro medio de comunicación de la misma dimensión, lo que los coloca en una posición simétrica.
3. Intención. En la columna y el contexto se puede observar el conflicto, pero no se distingue con claridad que dicho conflicto y el mensaje llevado en la nota sea el de expresar odio y discriminación a las personas homosexuales.
4. El contenido tampoco nos deja ver con claridad la especificidad del odio. De nuevo, retomamos la idea de que quien lo dijo fue un comunicador sobre otro en la misma posición, en el contexto de una nota con un contenido más amplio.

³² Refiriéndose al proceso de aprobación del Comentario General 34, relativo al artículo 19 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, O'Flaherty indica: "the Committee retained the broad language to the effect that freedom of expression embraces every form of idea and opinion capable of transmission to others, including views that may be deeply offensive" (Michael O'Flaherty, "Freedom of Expression: Article 19 of the International Covenant on Civil and Political Rights and the Human Rights Committee's General Comment No. 34," *Human Rights Law Review*, vol. 12, núm. 4, 2012, p. 647).

³³ Cf. European Court of Human Rights, *Fachtsheet, Hate Speech*, marzo de 2013. En específico, el primer caso que ha conocido esta Corte sobre discursos de odio por preferencias sexuales, *Vejdelan and Others vs. Sweden*, núm. 1813/2007, resuelto el 9 de febrero de 2012.

5. Extensión del discurso. Su alcance deriva de la extensión del medio de comunicación de tipo local, refiriéndose a otro del mismo tipo y alcance, por lo que es posible la defensa y protección, al existir simetría.
6. Probabilidad del daño. Este elemento es prácticamente carente. En el caso concreto, no se puede percibir la incitación al odio, ni mucho menos que de lo señalado se derive inminencia de daño o riesgo.

Como podemos observar, el análisis de violaciones de derechos humanos por la aparición de discursos de odio es complejo; reiteramos, se trata de la libertad de expresarse y del potencial daño a un grupo desaventajado, por lo que no se pueden hacer aseveraciones generales, sino juicios a partir de los hechos concretos de cada caso.

Difícilmente podemos afirmar que la decisión de la Corte logró esto; los razonamientos que encontramos en los votos particulares de los ministros son claros, la resolución mayoritaria parece que aísla y con esto descontextualiza la naturaleza de las afirmaciones periodísticas y, como hemos visto, el contexto de la afirmación es esencial para decidir un caso.

El aislamiento de dos párrafos de una nota mayor y su descontextualización, aunado a la falta de definición concreta del grupo potencialmente dañado, genera un estándar de valoración vago, como se ha dicho, que provoca incertidumbre en futuras notas periodísticas, afectando la labor de la comunicación en nuestro país, al igual que el empleo del lenguaje en sí mismo, colocándose la Corte como un sensor del lenguaje.³⁴

Sin duda, la intención de la Corte es buena: proteger grupos desaventajados por discursos de odio contra ellos, pero en la búsqueda de este bien, se puede estar afectando la libertad de intercambio de ideas de una sociedad democrática.

Recordamos la frase más citada del juez Roberts, presidente de la Corte Suprema de los Estados Unidos de Norteamérica al resolver el asunto *Snyder v. Phelps*, que vale decir, implicaba afirmaciones identificadas como discursos de odio aun en el estándar de valoración que hemos sostenido: “Speech is powerful. It can stir people to action, move them to tears or both joy and sorrow, and inflict great pain. On the fact before us, we cannot react to that pain by punishing the speaker.”³⁵ As a Nation we have chosen a

³⁴ A este respecto es trascendente la siguiente reflexión: “Then there is what we might call gentle hate speech — casually produced anti-Semitic and racial slurs in conversation and in countless British novels. It is certainly hateful speech, but it reflects less the intention of the speaker or writer than the cultural background of the society he lives in. If it is hate speech, it is so distant from any specific design to wound that a legal remedy against it seems quixotic and unenforceable. And yet, demeaning speech that flies under the legal radar because it is an extension of what people regularly say and even more regularly think may in the end be more harmful than the direct, frontal insult”. (Stanley Fish, “Going in circles with Hate Speech”, *The New York Times*, 12 de noviembre de 2012. Disponible en: <http://opinionator.blogs.nytimes.com/2012/11/12/going-in-circles-with-hate-speech/>).

³⁵ Nos recuerda las palabras de Mouffe, refiriéndose a la necesidad de la adversidad en el desarrollo democrático: “As I have argued through these essays, the specificity of modern democracy lies in the recognition and the legitimation of conflict and the refusal to suppress it through the im-

different course –to protect even hurtful speech on public issues to ensure that we do not stifle public debate”.³⁶

Bibliografía

- ANIMAL POLÍTICO*, “SCJN falla contra expresiones homófobas”, 7 de marzo de 2013. Disponible en: <http://www.animalpolitico.com/2013/03/scjn-resuelve-que-usar-maricono-punal-puede-ser-causa-de-demanda/#axzz3A7ndajO>.
- ARTICLE 19, “Article 19 unveils a practical guide for dealing with cases of incitement to hatred”, 3 de diciembre de 2012. Disponible en: <http://www.article19.org/resources.php/resource/3548/en/parution-d%E2%80%99un-guide-pratique-pour-examiner-les-cas-d%E2%80%99incitation-%EF%BF%BD%C2%AO-la-haine>.
- _____, “The camdem principles on freedom of expression and equality”. Disponible en: <http://www.article19.org/data/files/pdfs/standards/the-camden-principles-on-freedom-of-expression-and-equality.pdf>.
- COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS DE LA ONU, “Observación General 34”, CCPR/c/GC/34, 12 de septiembre de 2011. Disponible en: <http://www2.ohchr.org/english/bodies/hrc/docs/GC34.pdf>.
- COUNCIL OF EUROPE, Committee of Ministers, *Recommendation R (97) 20, of the Committee of Ministers to Member States on “Hate Speech”*. Disponible en: [http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/media/doc/cm/rec\(1997\)020&expmem_EN.asp](http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/media/doc/cm/rec(1997)020&expmem_EN.asp).
- EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS, *Fachtsheet, Hate Speech*, marzo de 2013. Disponible en: http://www.echr.coe.int/Documents/FS_Hate_speech_ENG.pdf.

position of an authoritarian order” (Chantal Mouffe, *The Democratyc Paradox*, USA, Verso, 2009, p. 113).

³⁶ “El discurso es poderoso. Se puede movilizar a las personas a la acción, moverlos a las lágrimas o a ambos alegría y dolor, e infligir un gran daño. Por el hecho que tenemos ante nosotros, no podemos reaccionar ante ese dolor castigando al hablante. Como nación hemos elegido un curso diferente, proteger el habla incluso hiriente sobre cuestiones públicas, para garantizar que no sofocamos el debate público” (Albert Snyder, petitioner v. Fred W. Phelps, Sr., *et al.*, núm. 09-751. Certiorari to the United States Court of Appeals for the Fourth Circuit. Argued October 6, 2010. Decided March 2, 2011, p. 15). Cf. Michael W. McConnell, “You Can’t Say That, ‘The Harm in Hate Speech,’ by Jeremy Waldron”, *The New York Times*, 22 de junio de 2012. Disponible en: <http://www.nytimes.com/2012/06/24/books/review/the-harm-in-hate-speech-by-jeremy-waldron.html?pagewanted=all>. Ahí encontramos la siguiente afirmación válida para la doctrina de la libertad de expresión en los EE. UU.: “The United States is almost alone among Western liberal democracies in not punishing what is called hate speech — oral or written messages that ‘incite hatred’ against a person or group on the basis of their race, religion, sex, ethnicity or sexual orientation [...] In the American constitutional tradition, by contrast, even detestable speech is permitted so long as the speaker does not threaten violence or incite others to it. The Supreme Court’s recent decision upholding the right of the Westboro Baptist Church to engage in hateful picketing of military funerals in opposition to toleration of homosexuality (‘God Hates Fags’, one sign said) is a ready example”.

- FISH, Stanley, "Going in circles with Hate Speech", *The New York Times*, 12 de noviembre de 2012. Disponible en: <http://opinionator.blogs.nytimes.com/2012/11/12/going-in-circles-with-hate-speech/>.
- _____, "The harm in free speech", Opinator, *The New York Times*, 4 de junio de 2012. Disponible en: <http://opinionator.blogs.nytimes.com/2012/06/04/the-harm-in-free-speech/>.
- _____, "Hate Speech and Free Speech Part Two" Jeremy Waldron, Opinator, *The New York Times*, 18 de junio de 2012. Disponible en: <http://opinionator.blogs.nytimes.com/2012/06/18/hate-speech-and-free-speech-part-two/>.
- HEYMAN, Steven J., "Hate Speech, Public Discourse, and the First Amendment", en Ivan Hare y James Weinstein (eds.), *Extreme Speech and Democracy*, Oxford, Oxford University Press, 2010.
- HUMAN RIGHTS BRIEF. Disponible en: <http://hrbrief.org/2012/10/free-speech-limits-and-protests-against-%E2%80%9Cthe-innocence-of-muslims%E2%80%9D/>.
- KATEB, George, *Human Dignity*, Cambridge, Harvard University Press, 2011.
- LABASTIDA, Jaime, "Absurdo SCJN prohíba utilizar 'puñal' y 'maricón': Labastida". Disponible en: www.radioformula.com.mx/notas.asp?Idn=315899.
- LEWIS, Anthony, *Freedom from the Thought that We Hate*, New York, Basic Books, 2007.
- MARCH, Andrew F., The Stone, "What's Wrong With Blasphemy?", *The New York Times*, 25 de septiembre de 2012. Disponible en: <http://opinionator.blogs.nytimes.com/2012/09/25/whats-wrong-with-blasphemy/>.
- MCCONNELL, Michael W., "You Can't Say That, 'The Harm in Hate Speech,' by Jeremy Waldron", *The New York Times*, 22 de junio de 2012. Disponible en: http://www.nytimes.com/2012/06/24/books/review/the-harm-in-hate-speech-by-jeremy-waldron.html?pagewanted=all&_r=0.
- MOUFFE, Chantal, *The Demoratic Paradox*, New York, Verso, 2009.
- O'FLAHERTY, Michael, "Freedom of Expression: Article 19 of the International Covenant on Civil and Political Rights and the Human Rights Committee's General Comment No. 34", *Human Rights Law Review*, vol. 12, núm. 4, 2012.
- ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS, Asamblea General, "Rabat Plan of Action on the prohibition of advocacy of national, racial or religious hatred that constitutes incitement to discrimination, hostility of violence", A/HRC/22/17/Add.2, 11 de enero de 2013. Disponible en: http://www.ohchr.org/Documents/Issues/Opinion/SeminarRabat/Rabat_draft_outcome.pdf.
- "PRESIDENT OBAMA AT THE UN", Editorial, *The New York Times*, 26 de septiembre de 2012. Disponible en: http://www.nytimes.com/2012/09/26/opinion/president-obama-at-the-un.html?_r=0.
- RELATORÍA ESPECIAL PARA LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN, Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Informe anual*, 2010.
- RIDAO, José María, "Pierre Rosanvallon: una diferencia económica acaba con la convivencia", *El País*, 23 de octubre de 2012. Disponible en: http://cultura.elpais.com/cultura/2012/10/23/actualidad/1351011572_284875.html.

- TURLEY, Jonathan, "Shut up and playnice: How the Western world is limiting free speech", *The Washington Post*, 12 de octubre de 2012. Disponible en: http://articles.washingtonpost.com/2012-10-12/opinions/35499274_1_free-speech-defeat-jihad-muslim-man.
- U.S. SUPREME COURT, "Albert Snyder, petitioner v. Fred W. Phelps, Sr., *et al.*", núm. 09-751. Certiorari to the United States Court of Appeals for the Fourth Circuit. Argued October 6, 2010. Decided March 2, 2011.
- UNITED FOR INTERCULTURAL ACTION, "Comprender y luchar contra discurso de odio", *Tematic Leaflet*, núm. 3, 2008. Disponible en: http://www.unitedagainstracism.org/pdfs/HateSpeechLeaflet_E.pdf.
- WALDRON, Jeremy, *The Harm in Hate Speech*, Cambridge, Harvard University Press, 2012.
- WEBER, Anne, *Manual on hate speech*, Francia, Council of Europe, 2009. Disponible: <http://book.coe.int/ftp/3342.pdf>.
- WERKHÄUSER, Nina, "Freedom of Expression vs. Freedom of religion. The challenges of freedom of expression", *Deutsche Welle*. Disponible en: <http://www.dw.de/freedom-of-expression-vs-freedom-of-religion/a-16247485>.
- ZAPATA, Belén, "Un empresario poblano 'limita' las expresiones homofóbicas en México", CNN México, 12 de marzo de 2013. Disponible en: <http://mexico.cnn.com/nacional/2013/03/12/un-empresario-poblano-limita-las-expresiones-homofobicas-en-mexico>.

Tesis de jurisprudencia

- DERECHO AL HONOR Y PRESTIGIO PROFESIONAL, Tesis aislada XX/2011 de esta Primera Sala, publicada en el *Semanario Judicial de la Federación* y su *Gaceta*, Décima Época, Libro IV, t. 3, enero de 2012, p. 2906.
- DIGNIDAD HUMANA, El orden jurídico mexicano la reconoce como condición y base de los demás derechos fundamentales, Aislada LXV/2009 del Tribunal Pleno, publicada en el *Semanario Judicial de la Federación* y su *Gaceta*, Novena Época, t. XXX, diciembre de 2009.

Emerson Affonso da Costa Moura* (Brasil)

E assim surge a vida! Uma análise crítica do papel da jurisdição constitucional brasileira em questões onde haja desacordo moral razoável**

RESUMO

A análise crítica do papel exercido pela jurisdição constitucional brasileira em questão onde haja desacordo moral razoável, no julgamento do direito à vida pelo Supremo Tribunal Federal nas questões da Pesquisa com células tronco obtidas de embriões *in vitro*, é o tema posto em debate, a partir da análise do direito à vida tutelada na ordem internacional e pátria, bem como das divergências na fixação do momento do início da vida, do fenômeno de judicialização das relevantes questões sociais e do ativismo judicial das cortes constitucionais na concretização dos direitos fundamentais; e do papel exercido pela jurisdição constitucional quando em tais questões há um desacordo moral razoável; e da análise dos votos do julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade 3510 pelo Supremo Tribunal Federal do Brasil.

Palavras-chave: Jurisdição Constitucional; Ativismo Judicial; Desacordo Moral Razoável; Direito à Vida; Supremo Tribunal Federal.

ZUSAMMENFASSUNG

Zur Diskussion gestellt wird eine kritische Betrachtung der Rolle der brasilianischen Verfassungsgerichtsbarkeit in Fragen, in denen moralisch begründete Differenzen bestehen, am

* Mestre em Direito Constitucional e Especialista em Direito da Administração Pública pela Universidade Federal Fluminense. Professor da Universidade Federal Fluminense e da Universidade Veiga de Almeida, e Palestrante Convidado dos cursos da Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro e da Escola Superior de Advocacia. Membro da Comissão Permanente de Direito Administrativo do Instituto dos Advogados Brasileiros. Membro do Grupo de Pesquisa "Jurisdição Constitucional" da Universidade Federal Fluminense. Advogado no Rio de Janeiro. emersonacmoura@yahoo.com.br.

** Este trabalho foi realizado no âmbito do Grupo de Pesquisa Jurisdição Constitucional da Universidade Federal Fluminense.

Beispiel des Urteils des Obersten Bundesgerichts zum Recht auf Leben bei der Forschung an Stammzellen aus In-Vitro-Embryonen. Dazu wird auf das in der internationalen und nationalen Rechtsordnung geschützte Recht auf Leben ebenso eingegangen wie auf die Unterschiede bei der Bestimmung des Zeitpunktes, an dem das Leben beginnt, auf das Phänomen der Judizialisierung wesentlicher gesellschaftlicher Fragen und des Rechts-Aktivismus von Verfassungsgerichtshöfen bei der Umsetzung von Grundrechten, auf die Rolle der Verfassungsgerichtsbarkeit bei Vorliegen moralisch begründeter Differenzen in solchen Fällen, sowie auf die abgegebenen Begründungen beim Urteil des Obersten Bundesgerichts von Brasilien zur direkten Verfassungswidrigkeitsklage Nr. 3510.

Schlagwörter: Verfassungsgerichtsbarkeit, Rechts-Aktivismus, moralisch begründete Differenz, Recht auf Leben, Oberstes Bundesgericht.

ABSTRACT

The topic brought into debate is a critical analysis of the role played by the Brazilian constitutional jurisdiction in matters where there is a reasonable moral disagreement in the judgment of the right to life by the Supreme Court, based on Research issues with stem cells obtained from embryos in vitro. The discussion starts by analyzing the right to life sustained both at national and at international levels, and goes on to consider the disagreements concerning the time of beginning of life; the phenomenon of judicialization of relevant social issues; the judicial activism of constitutional courts in the realization of fundamental rights; the role played by constitutional jurisdiction when there is a reasonable moral disagreement on these matters; and an analysis of the awards in the trial on the Direct Claim of Unconstitutionality 3510 (ADPF) issued by the Federal Supreme Court of Brazil.

Keywords: Constitutional Jurisdiction; Judicial Activism; Reasonable Moral Disagreement; Right to Life; Federal Supreme Court.

1. Considerações iniciais

A promulgação da Constituição Federal de 1988, marcada pela ampla incorporação de matérias políticas e sociais, e aliada ao déficit crescente das instâncias democráticas, conduziu, respectivamente, a uma judicialização das principais questões da sociedade e à ampliação do papel do Poder Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais.¹

¹ Em um contexto de déficit democrático com crescente descrédito das instituições políticas clássicas e crise de desinteresse pelas questões políticas, o Poder Judiciário passa a ser tido como o guardião das promessas, responsável pela efetivação da Constituição. Antonie Garapon, *O Juiz e a Democracia: O guardião de promessas*, Rio de Janeiro, Renavam, 1999, p. 48.

Embora o papel exercido pela jurisdição constitucional na garantia da supremacia formal e axiológica da Constituição e tutela dos direitos fundamentais seja de extrema relevância, não se ignoram os limites da norma constitucional², a existência dos excessos,³ e o risco da consolidação do exercício de preferências políticas.⁴

Porém, em uma sociedade pluralista se observa um desacordo moral razoável sobre dadas questões – aborto, uniões homoafetivas e afins – onde há posições racionalmente defensáveis, e o papel da Corte Constitucional não pode ser a definição de uma solução moral sobre a matéria, com a imposição de uma concepção sobre as demais.

Neste tocante, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento das ações das pesquisas com células tronco obtidas de embriões *in vitro*, para julgar a controvérsia da constitucionalidade das referidas normas da Lei de Biossegurança e do Código Penal buscou fixar o início da vida e o surgimento desse direito.

Busca o presente trabalho, portanto, a análise crítica do papel exercido pela jurisdição constitucional brasileira em questões onde haja desacordo moral razoável no julgamento do direito à vida pelo Supremo Tribunal Federal nas questões da Pesquisa com células tronco obtidas de embriões *in vitro*.

De início, a investigação se concentra no direito à vida, no que tange a sua tutela no direito internacional e na ordem jurídica pátria, bem como nas teorias doutrinárias acerca do início do nascimento da vida, de forma a demonstrar a controvérsia jurídica – sem prejuízo da científica, filosófica e moral – do termo inicial da existência humana.

Após, volta-se a análise ao fenômeno de judicialização das relevantes questões sociais e do ativismo judicial das cortes constitucionais na concretização dos valores constitucionais, de maneira a delimitar o papel da jurisdição constitucional de correção dos atos, porém, respeitado o espaço legítimo da deliberação pública e autonomia individual.

Em seguida, o estudo busca verificar a incidência do desacordo moral razoável em certas questões da sociedade, de sorte a delimitar o papel de controle exercido pelo Poder

² É importante, todavia, considerarmos os limites das normas constitucionais, evitando a falsa concepção de que apenas com o Direito será possível alcançar a superação da pobreza, desigualdade e falta de democracia. A ficção de que a norma pode tudo pode conduzir a um direito constitucional desprezado da vida real. José Reinaldo De Lima Lopes, *Judiciário, democracia e políticas públicas*, Revista de Informação Legislativa, ano 31, n. 122, Brasília, Senado Federal, mai-jul, 1994, p. 260.

³ Como exemplo, podemos citar as ações que versam sobre tratamentos médicos exorbitantes no exterior, medicamentos não essenciais, como Viagra, além de próteses, aparelhos de audição, ultrassom, próteses, tratamentos psicológicos de adolescentes carentes, transplantes de medula, marca-passos e afins. Sobre o tema, vide: Florian F. Hoffman; Fernando R. N. M. Bentes, “A litigância judicial dos direitos sociais no Brasil: uma abordagem empírica”, in Daniel Sarmento; Cláudio Pereira Souza Neto, (orgs.), *Direitos sociais fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2008, p. 391-400.

⁴ Sobre os riscos de uma judiocracia com decisões judiciais que operam em um sistema de abertura das normas constitucionais e permitem o uso de preferências políticas e valorativas do juiz em detrimento das opções fundamentais da sociedade trazido pelo constituinte, vide: “O neo-constitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades”, em Daniel Sarmento (Org.), *Filosofia e teoria constitucional contemporânea*, Rio de Janeiro, Ed. Lumen Júris, 2009, p. 133

Judiciário de forma a garantir a realização da norma constitucional, porém sem fixar escolhas morais, em respeito ao consenso constitucional e sobreposto.

Por fim, a pesquisa verifica as decisões do Supremo Tribunal Federal no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade 3510, de maneira a explicitar se houve ou não, pela Corte Constitucional, na delimitação do conteúdo tutelado pela ordem jurídica no direito à vida, a definição de uma escolha moral exteriorizada na fixação do início à vida.

Objetiva o trabalho, portanto, demonstrar – a partir da análise dos referidos julgamentos pelo Supremo Tribunal Federal – que não cabe, no exercício da jurisdição constitucional sob o argumento de tutela das normas constitucionais, a imposição de escolhas morais onde haja um desacordo razoável moral.

Para tanto, utiliza-se por metodologia a crítica dialética com apoio na doutrina pátria e estrangeira através dos principais expoentes do direito constitucional – com primazia dos autores nacionais –, bem como a análise dos julgamentos do Supremo Tribunal Federal, com fins de ilustração da operatividade do debate acadêmico no âmbito das cortes judiciais.

2. O direito à vida: tutelas e controvérsias

Na ordem internacional o direito à vida é tutelado pela Declaração Universal dos Direitos do Homem, que vincula a liberdade e igualdade de direitos e a dignidade ao *nascimento* com vida e à capacidade de *autodeterminação*⁵, e considera apenas o *indivíduo* como o titular de direitos humanos.⁶

Em seu turno, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos liga os direitos humanos à *pessoa*, e considera que todos têm direito a que se respeite a sua vida, direito este que deve ser tutelado pelas ordens jurídicas *em geral*, desde a concepção,⁷ do que se deduz que poderão ser objeto de proteção o embrião e o feto, de acordo com cada Estado.

Em igual sentido, o Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos dispõe que o direito à vida é inerente à *pessoa humana*, porém admitindo que nos Estados onde a

⁵ A Declaração Universal dos Direitos do Homem dispõe, no artigo 1º: Todos os seres humanos *nascem* livres e iguais em dignidade e em *direitos*. Dotados de *razão e de consciência*, devem agir uns para com os outros em espírito de fraternidade. O Artigo 3º dispõe: Todo indivíduo tem direito à vida, à liberdade e à segurança pessoal. Disponível em: http://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/por.pdf Acesso em 23.07.2013.

⁶ A Declaração Universal dos Direitos do Homem dispõe, no artigo 3º: Todo *indivíduo* tem direito à vida, à liberdade e à segurança pessoal. Disponível em: http://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/por.pdf Acesso em 23.07.2013.

⁷ A Convenção Interamericana de Direitos Humanos, promulgada em nosso ordenamento jurídico pelo Decreto 678 de 1992, declara, no Art. 4º: Direito à vida: 1. Toda pessoa tem o direito de que se respeite sua vida. Esse direito deve ser protegido pela lei e, em geral, desde o momento da concepção. Ninguém pode ser privado arbitrariamente. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/anexo/and678-92.pdf Acesso em 23.07.2013.

pena de morte não foi abolida só pode ser aplicada, por sentença, para os crimes mais graves, em conformidade com a legislação em vigor.⁸

A Convenção sobre Direitos da Criança trata como criança todo *ser humano* menor de 18 anos,⁹ ao qual é atribuído o direito à *vida* e o dever de o Estado assegurar a sua *sobrevivência e desenvolvimento*, de sorte que resguarda o direito, não apenas daqueles que nasceram, mas também dos fetos e dos embriões.

Por efeito, observa-se, no sistema internacional de proteção dos direitos humanos, a tutela do direito à vida em tendente grau de proteção: do início da tutela do *indivíduo* até a sua ampliação à *pessoa* e, após, a proteção do *ser humano*, observa-se uma tendência de buscar resguardar a humanidade em todos os seus graus até o início da concepção.

Em nossa ordem jurídica, com supremacia formal e axiológica na Constituição de 1988 e epicentro no Princípio da Dignidade da Pessoa Humana¹⁰ – de onde radica o feixe de direitos fundamentais –, tutela-se o direito à vida, com base no qual é garantida a todos – sejam *brasileiros* ou *estrangeiros* – a sua inviolabilidade.¹¹

Não obstante, isto não importa em extrair um sistema de hierarquia com precedência absoluta e abstrata do *direito à vida*, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade sobre os demais direitos, uma vez que a sua tutela não é absoluta, pois a ordem jurídica prevê hipóteses onde este direito se sujeita a ponderação perante outros bens e interesse fundamentais.

Assim, embora em âmbito jurídico-penal haja a vedação constitucional à criação de tipo penal cuja sanção cominada seja a morte, admite-se a aplicação da pena de morte em caso de guerra declarada no caso de agressão estrangeira autorizado pelo Congresso Nacional – ou por ele referendado quando ocorrida no intervalo das sessões legislativas.¹²

Ademais, é permitida pela norma infraconstitucional a interrupção da gestação de feto por médico em caso de aborto *necessário* – quando há risco de vida para a gestante e não

⁸ O Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos dispõe, no artigo 6º: 1. O direito à vida é inerente à pessoa humana. Este direito deve ser protegido pela lei: ninguém pode ser arbitrariamente privado da vida. Disponível em: <http://www.gddc.pt/direitos-humanos/textos-internacionais-dh/tidhuniversais/cidh-dudh-direitos-civis.html> Acesso em 23.07.2013.

⁹ A Convenção sobre os Direitos da Criança Adotada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 20 de Novembro de 1989, ratificado pelo Brasil pelo Decreto 99.710 de 1990, dispõe, no Artigo 1º: Nos termos da presente Convenção, criança é todo o ser humano menor de 18 anos, salvo se, nos termos da lei que lhe for aplicável, atingir a maioridade mais cedo. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D99710.htm Acesso em 23.07.2013.

¹⁰ A Constituição de 1988 dispõe, no artigo 1º: A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: III - a dignidade da pessoa humana.

¹¹ A Constituição de 1988 dispõe, no artigo 5º: Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

¹² A Constituição de 1988 dispõe, no artigo 5º: XLVII - não haverá penas: a) de morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do art. 84, XIX.

há outro meio para salvá-la – ou *sentimental* – quando é resultante de estupro e o aborto é precedido de consentimento da gestante – ou, se incapaz, do seu representante legal.^{13 14}

Da mesma forma, no campo jurídico-civil o direito à vida é tutelado de forma diferenciada: o início da personalidade civil da pessoa humana é atribuído ao nascimento com vida, garantindo ao nascituro, todavia, desde a concepção,¹⁵ seus direitos, como o direito à doação¹⁶ e à curatela,¹⁷ dentre outros.

Se inegável é a tutela do direito à vida na ordem jurídica – ainda que de formas variadas e com limitações –, difícil questão se coloca ao se delimitar no Direito em que momento o sujeito passa a ser titular do referido direito subjetivo, que varia nas vertentes: o momento da *fecundação*, da *nidação*, da *formação do sistema nervoso central* ou do *nascimento com vida*.

Segundo a teoria *conceptualista*, o direito à vida surge com a concepção, uma vez que é dada tutela jurídica ao nascituro antes do nascimento, mediante a atribuição de direitos e, portanto, reconhecendo o seu *status* de sujeito de direitos, de onde se extrai que o embrião, ainda que *in vitro*, é pessoa dotada de personalidade jurídica.¹⁸

Conforme a teoria da *nidação*, o direito à vida surge com a implantação do embrião no útero, uma vez que a tutela jurídica ao nascituro é dada antes do nascimento, mas apenas no momento em que este possui a viabilidade de gerar uma pessoa distinta, de modo que o embrião *in vitro* não é objeto de proteção como pessoa humana.¹⁹

Pela teoria da *formação do sistema nervoso central*, o direito à vida, em simetria com a morte,²⁰ ocorreria com o início da atividade cerebral, de forma que apenas quando as

¹³ O Código Penal dispõe, no artigo 128: Não se pune o aborto praticado por médico I - se não há outro meio de salvar a vida da gestante.

¹⁴ A rigor, o aborto necessário também pode ser praticado por qualquer pessoa para salvar a vida de gestante quando não houver outro meio, configurando estado de necessidade, contemplado por artigo 24 do Código Penal. Damásio E. de Jesus, *Direito Penal Parte Especial*, 20 Vol., 25a ed., São Paulo, Saraiva, 2003, p.128.

¹⁵ Artigo 2º do Código Civil de 2002.

¹⁶ O artigo 542 dispõe que a doação feita ao nascituro valerá sendo aceita pelo seu representante legal.

¹⁷ O artigo 1.779 dispõe que se dará curador ao nascituro, se o pai falecer estando grávida a mulher e não tendo o poder familiar. Se a mulher estiver interdita, seu curador será o do nascituro.

¹⁸ Há quem sustente que a personalidade jurídica seria formal, uma vez que estão garantidos apenas os direitos personalíssimos e de personalidade, enquanto que a personalidade jurídica material, permitindo os direitos patrimoniais, apenas ocorreria com o nascimento com vida. Maria Helena Diniz, *Código Civil comentado*, 13 ed, São Paulo, Saraiva, 2008. p. 35.

¹⁹ Assim, não seria viável se falar em vida humana enquanto o embrião não conseguir a nidação, o que ocorre, segundo a medicina, a partir do sétimo dia de gestação. Mônica Sartori Scarparo, *Fertilização assistida: questão aberta, aspectos científicos e legais*, Rio de Janeiro, Forense Universitária, 1991, p. 52

²⁰ Segundo a Lei 9.434 de 1997, que dispõe sobre a Remoção de órgãos, tecidos e partes do corpo humano para fins de transplante e tratamento, considera no artigo 3º, como critério para a retirada *post mortem* destes itens, o diagnóstico de morte encefálica, constatada e registrada por dois médicos

primeiras conexões neurais são estabelecidas no córtex cerebral o feto é tido como pessoa e, portanto, dotado de personalidade, o que não ocorreria em casos de anencefalia.²¹

Por fim, segundo a teoria *natalista*, o direito à vida surge com o nascimento com vida, de sorte que o feto é pessoa em formação e a tutela jurídica dada ao nascituro antes do nascimento está em dependência de condição suspensiva, a saber: o nascimento com vida, em um *planiol* de antecipação da personalidade.²²

A dificuldade de fixar o momento em que se inicia a vida humana não se restringe ao campo da ciência jurídica, mas compreende as divergências na própria filosofia, medicina, antropologia, sociologia, religião e variados campos do conhecimento que se debruçam sobre a matéria ao longo da civilização humana, sem lograr um consenso sobre o termo inicial.²³

Não obstante, o processo de constitucionalização, com a ampliação das matérias tratadas pelas Constituições, bem como a ampliação do Controle de Constitucionalidade com a inafastabilidade da tutela jurisdicional, impõem que diversas questões sociais relevantes, como o direito à vida, sejam levadas às Cortes Constitucionais. O tema será tratado a seguir.

3. A judicialização das questões sociais e ativismo judicial

Com o advento do processo de redemocratização do Brasil e a promulgação da Constituição de 1988, ascendem os pilares fundamentais que marcam o advento de um constitucionalismo contemporâneo que consolida mudanças na compreensão do Direito no campo da dogmática, teoria e prática jurídica.²⁴

não participantes das equipes de remoção e transplante, mediante a utilização de critérios clínicos e tecnológicos definidos por resolução do Conselho Federal de Medicina.

²¹ Luís Roberto Barroso, “Gestação de fetos anencefálicos e pesquisas com células tronco: dois temas acerca da vida e da dignidade na Constituição”, em Flávio Galdino; Daniel Sarmento, *Direitos fundamentais: estudos em homenagem ao professor Ricardo Lobo Torres*, Rio de Janeiro, Renovar, 2006, p. 691-692.

²² Embora o feto seja uma expectativa de vida humana, a lei não pode ignorá-lo e por isso deve salvaguardar os eventuais direitos; porém, para que estes se adquiriam é necessário que nasça com vida. Neste sentido: Washington De Barros Monteiro, *Curso de Direito Civil, Parte Geral*, 30 ed., São Paulo, Saraiva, 1991; Caio Mario Pereira Da Silva, *Instituições de Direito Civi*, v. 1, Rio de Janeiro, Forense, 1997.

²³ Abrange a utilização de elementos de discurso científico – baseado em dados objetivos comprováveis empiricamente – e valorativo – com fundo em dados culturais passíveis de construção contextual, não se ignorando que todo juízo objetivo não pode mais ser compreendido como neutro, tendo em vista que tal é sempre fundamentado em um determinado conjunto valorativo ou axiológico. Rogério Miranda De Almeida; Vanessa Roberta Massambani Ruthes, *A Polêmica do início da vida: uma questão de perspectiva de interpretação*, Rev. Pistis Prax., Teol. Pastor., Curitiba, v. 2, n. 1, p. 114, jan./jun. 2010.

²⁴ O fenômeno se notabiliza na Europa, no campo normativo, com a promulgação da Lei Fundamental de Bonn, na Alemanha, e da Constituição na Itália; e no Brasil, com a promulgação da

Ocorrem o reconhecimento da força normativa da Constituição com a assunção da supremacia formal e axiológica no sistema normativo²⁵ e a posição de centralidade do homem e seus direitos fundamentais no sistema jurídico,²⁶ erigindo a jurisdição constitucional como instrumento de preservação de sua hierarquia e realização de seus valores.²⁷

Abrange processo de ampla disciplina de matérias políticas e sociais, que, antes sujeitas ao campo da legislação, se deslocam para a esfera da Constituição, submetendo-se apenas a regulamentação pelas normas infraconstitucionais, garantindo maior segurança e estabilidade jurídica em face das ingerências fugazes dos poderes constituídos.²⁸

Por efeito, observa-se inevitável²⁹ judicialização de questões políticas e sociais que aprioristicamente estariam sujeitas ao campo da deliberação política majoritária, realizada nas esferas da conformação legislativa e discricionariedade administrativa, que passam a ser decididas pelo Poder Judiciário na preservação dos preceitos constitucionais.³⁰

Constituição da República de 1988. Sobre o tema: “Nuevos tiempos para el constitucionalismo” em: Miguel Carbonell (Org). *Neoconstitucionalismo(s)*, 1 ed., Madri, Editorial Trotta, 2003. p. 9. Luis Roberto Barroso, “*Neoconstitucionalismo e a constitucionalização do Direito. O triunfo tardio no Direito Constitucional no Brasil*” em: Daniel Sarmiento e Cláudio Pereira De Souza Neto, (Orgs), *A constitucionalização do Direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas*, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2007, p. 205.

²⁵ 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, de sua concretização na realidade, imprimindo-lhe ordem e conformação. Konrad Hesse, *A Força Normativa da Constituição*, Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris Editor, 1991, p 14-15.

²⁶ Os direitos fundamentais possuem, portanto, uma dupla ordem de sentido: como vínculos axiológicos que condicionam a validade material das normas produzidas, e enquanto fins que orientam o Estado Constitucional de Direito. Luigi Ferrajoli, *Derechos y garantías: La ley del más débil*, 1 ed., Madri, Trotta, 1999. p. 22.

²⁷ No Brasil amplia-se o objeto e escopo da jurisdição constitucional através da ampliação do elenco de legitimados ativos para a propositura da ação direta de inconstitucionalidade (artigo 103 incisos I a IX), da criação do controle de inconstitucionalidade por omissão (artigo 103 §2º), com a ação direta e o mandado de injunção (artigo 102 “q”), e da previsão da arguição de descumprimento de preceito fundamental (artigo 102 §1º), dentre outros.

²⁸ Surge no pós-guerra na Europa como reação aos governos nazistas e fascistas e à desconfiança da democracia em massa, que fizeram surgir substantivas cartas de direito e potentes tribunais constitucionais. No Brasil há enorme ambição do texto constitucional de 1988 em um compromisso para com as transformações sociais e a concentração de poderes na esfera de jurisdição do Supremo Tribunal Federal. Oscar Vilhena Vieira, *Supremocracia*, Revista de Direito GV, São Paulo, jul/dez 2008, p. 443-444.

²⁹ Diz-se inevitável, uma vez que o processo de ampla incorporação de questões sociais e econômicas pela Constituição e o *Princípio da Inafastabilidade da Tutela Jurisdicional* produzem necessariamente o fenômeno da judicialização das questões, impondo ao Poder Judiciário sua manifestação sobre a matéria quando instado a fazê-lo por meio da deflagração do controle de constitucionalidade, seja difuso ou concentrado, por via direta ou oblíqua.

³⁰ Toda decisão legislativa é pré-disciplinada por normas constitucionais; idôneas, portanto, a regular de forma explícita ou implícita qualquer aspecto da vida política e social. Isto importa no reconhecimento da inexistência de qualquer questão que não esteja sujeita ao controle de parâmetricidade com a Constituição, sem desconsiderar que existem questões de natureza política sujeitas ao princípio majoritário. É necessário, porém, compreender que existem outros princípios a serem

No exercício da jurisdição constitucional é possível verificar uma atividade intensa e ativa na concretização dos valores e fins consagrados pela Constituição – *ativismo judicial* – ou uma atividade restrita e passiva na preservação da esfera de atuação dos demais Poderes Públicos na concretização das normas constitucionais – *autocontenção judicial*.

Na última quadra histórica, o Supremo Tribunal Federal se tem notabilizado pelas decisões sobre importantes questões políticas e sociais, em evidente postura de ativismo judicial na realização dos direitos fundamentais e na preservação da supremacia formal e axiológica da Constituição.³¹

Verificou-se, portanto, a aplicação direta e imediata da Constituição em situações não expressamente contempladas no texto constitucional, diante de omissão ou violação, por disciplina normativa – pelo legislador –, ou ato concreto – do administrador –, com vistas à garantia de proteção ou concretização dos valores e fins constitucionais.³²

Também se verificou a invalidação de atos normativos emanados do Poder Legislativo ou Administrativo de constitucionalidade discutível, ou seja: em que se tinham adotado critérios menos rígidos do que aqueles onde inexistente patente e ostensiva violação da Constituição, com vista à preservação da hierarquia das normas constitucionais.³³

Por fim, também foram impostas ao Poder Público condutas ou abstenções capazes de impedir violação ou de garantir a concretização de direitos e fins constitucionais, em especial mediante o controle judicial sobre os programas de políticas públicas, de forma a assegurar o acesso a prestações, bens e serviços essenciais.³⁴

preservados na ordem constitucional. Riccardo Guastini, “A Constitucionalização do ordenamento jurídico e a experiência italiana” em: Daniel Sarmento e Cláudio Pereira De Souza Neto (Orgs). *A constitucionalização do Direito...* Op. Cit., p. 276.

³¹ A título exemplificativo, podemos citar algumas decisões do Supremo Tribunal Federal que denotam um ativismo judicial: a fidelidade partidária, a vedação do nepotismo, a verticalização, as coligações partidárias, a cláusula de barreira e o direito à greve no serviço público, dentre outras.

³² Como, por exemplo, no caso das uniões homoafetivas (ADPF 132), onde inexistente regra constitucional expressa que tutele as relações ou prescreva a aplicação do regime de união estável, bem como não há vedação da norma do artigo 226 §3º que, ao tratar de homem e mulher, buscou a superação da desigualdade na relação de casamento e não impedir a aplicação do regime às uniões homoafetivas. Neste sentido, o Supremo Tribunal Federal, com fundamento na dignidade da pessoa humana, aplicou o regime das uniões estáveis a essa nova modalidade de família. Sobre o tema, vide: Luís Roberto Barroso, *O reconhecimento jurídico das relações homoafetivas no Brasil*, Revista do Ministério Público do RJ n. 27, p. 155 e ss.

³³ Como, por exemplo, no caso da verticalização (ADIn 3685), onde o artigo 2º da Emenda Constitucional 52 de 8 de Março de 2006 alterava o artigo 17 §1º da Constituição da República, fixando data para alteração, em violação ao princípio da anterioridade anual da lei eleitoral (CF, art. 16). O Supremo Tribunal Federal, para proteger a norma constitucional, que embora não tivesse uma violação frontal perderia sua eficácia, declarou inconstitucional a emenda constitucional, dando à norma do artigo 16 o status de cláusula pétrea, embora não se enquadre ao rol de cláusulas elencadas na Constituição. Sobre este tema consulte-se: Fernando Bernardi Gallacci, *O STF e as cláusulas pétreas: o ônus argumentativo em prol da governabilidade?*, São Paulo, SBDP, 2011. p. 25-27.

³⁴ Como, por exemplo, as ações judiciais relativas à concretização de prestações necessárias a fruições de direitos sociais (alimentação, saúde e moradia...) concedidas pelos órgãos do Poder Judiciário como, por exemplo, a distribuição de medicamentos e determinação de terapia. O Supremo

Não obstante o Poder Judiciário tenha exercido importante papel na tutela dos direitos fundamentais e garantia dos pressupostos democráticos, é necessário que o exercício do ativismo judicial com fins de proteção da supremacia da Constituição não importe em um risco à democracia e à Separação dos Poderes.

No exercício da função contramajoritária da Corte Constitucional, cabe a correição dos atos dos demais poderes à observância dos bens e valores essenciais para a sociedade, consagrados na lei fundamental, porém sem se imiscuir no espaço legítimo da deliberação pública e autonomia individual, impondo escolhas ou definindo verdades.

Em especial em uma sociedade pluralista onde há questões controversas a respeito das quais existem posições racionalmente defensáveis e não é possível se alcançar consenso – como o início da vida –, o papel da Corte Constitucional deve ser garantir, não a solução sobre a matéria, mas o respeito à valoração ética de cada grupo. O tema será tratado a seguir.

4. O Desacordo Moral Razoável e a Jurisdição Constitucional

O Estado Democrático de Direito se erige sobre a dialética entre *constitucionalismo* – enquanto técnica de limitação do poder como forma de garantia do cidadão³⁵– e *democracia* – enquanto soberania popular³⁶ – e, portanto, sobre uma tensão imanente entre os direitos fundamentais e o governo da maioria.

Se por um lado cabe aos poderes constituídos o processo de concretização das normas constitucionais através da conformação legislativa e da discricionariedade administrativa, por outro, os direitos fundamentais, fruto do poder constituinte originário, não se

Tribunal Federal, na ADPF 45/DF, se manifestou no sentido de que, não obstante a formulação e a execução das políticas públicas dependam de opções políticas a cargo daqueles que, por delegação popular, receberam investidura em mandato eletivo, cumpre reconhecer que não se revela absoluta, neste domínio, a liberdade de conformação do legislador, nem a de atuação do Poder Executivo, de modo que não podem proceder com a clara intenção de neutralizar, comprometendo-a, a eficácia dos direitos sociais, econômicos e culturais. Sobre o tema, em seus limites e possibilidades, vide: Emerson Affonso Da Costa Moura, *Do Controle Jurídico ao Controle Social: parâmetros da efetividade dos direitos sociais*, Revista de Direito Constitucional e Internacional - IBDC, volume 77, dez 2011.

³⁵ José Joaquim Gomes Canotilho, *Direito constitucional e teoria da constituição*, 3ª ed., Coimbra, Almedina, 2000, p. 47.

³⁶ Na teoria contemporânea da Democracia confluem três grandes tradições do pensamento político: a teoria clássica de Aristóteles, da Democracia como Governo do povo, de todos os cidadãos, ou seja, de todos aqueles que gozam dos direitos de cidadania; a teoria medieval, de origem Romana, que identifica Democracia com soberania conforme o poder supremo deriva do povo e se torna representativo ou deriva do príncipe e se transmite por delegação do superior para o inferior; e a teoria moderna, de Maquiavel, onde Democracia é o governo genuinamente popular. Norberto Bobbio; Nicola Matteucci; Gianfranco Pasquino, *Dicionário de política*, Brasília, Editora Universidade de Brasília, 1998, p. 320.

sujeitam a um espaço ilimitado de decisão do governo democrático na sua proteção, promoção e restrição.

Na nossa ordem jurídica, onde há um sistema de Controle de Constitucionalidade das leis e atos normativos, as tensões são resolvidas pelo exercício da jurisdição constitucional,³⁷ que tutela a *soberania popular*, com a preservação das condições procedimentais do exercício democrático, e os *direitos fundamentais*, por meio da proteção à manifestação da vontade da maioria.³⁸

Neste tocante, as sociedades democráticas modernas são marcadas por um pluralismo de concepções religiosas, filosóficas e morais abrangentes, que, mesmo sendo razoáveis e racionais, são incompatíveis entre si como resultado normal do exercício da razão humana, de forma que não é possível se extrair uma concepção de justiça política baseada na equidade.³⁹

O desacordo moral razoável parece encontrar origem, portanto, na incompatibilidade de valores e no entendimento incompleto sobre determinadas questões,⁴⁰ o que faz com que seja possível encontrar na sociedade, em questões sensíveis, argumentos com fundamentos tanto favoráveis ou contrários para se sustentar determinada posição.

Isto fica nítido nas questões *morais*, que são orientadas precipuamente pelo senso e consciência moral do próprio indivíduo, em um complexo de valores, sentimentos e decisões acerca do bem e o mal, o certo e o errado, que nascem e existem em razão das relações intersubjetivas da pessoa com os demais, em variadas concepções no seio da sociedade.⁴¹

Resta claro no que tange ao início da vida, onde é possível se encontrar fundamentos científicos, filosóficos e morais que fundamentam de forma sustentável tanto o entendimento de que a vida surge no momento da concepção, quanto na nidação; ou também no momento da formação do sistema nervoso, ou, ainda, no do nascimento com vida.

Por efeito, os direitos que devem ser protegidos, o conteúdo que devem ter e a forma de distribuição entre grupos e indivíduos estão sujeitos a intenso desacordo⁴² e podem

³⁷ Cabe a todo órgão que possua o *status* de realizar a jurisdição constitucional, zelar pela aplicação das normas constitucionais, inclusive, se for necessário, contra a vontade da maioria. Peter Harbele, “El Tribunal Constitucional Federal como modelo de una jurisdicción constitucional autónoma” em Peter Harbele, *Estudios sobre la jurisdicción constitucional México*, Porrúa, 2005, p. 166.

³⁸ De forma que a vontade da maioria momentânea – do poder governante – não se sobreponha sobre a vontade da maioria permanente – do poder constituinte originária. Moreira Vital, “Princípio da Maioria e Princípio da Constitucionalidade: legitimidade e limites da justiça constitucional” em *Legitimidade e Legitimação da Justiça Constitucional*, Coimbra, Coimbra Editora, 1995, p. 179.

³⁹ John Rawls, *O liberalismo político*, 2 ed., São Paulo, Ática, 2000, p. 24-25

⁴⁰ Amy Gutmann; Dennis Thompson, *Democracy and disagreement*, Cambridge, Harvard University Press, 2000, p. 21.

⁴¹ Marilena Chaui, *Convite à Filosofia*, São Paulo, Ática, 2000, p. 430-431.

⁴² Distingue o autor as verdades simples evidenciáveis em si mesmas, das verdades complicadas, que envolvem os direitos individuais, que não são tão simples e moralmente tão certas. Jeremy

ser definidos⁴³ no âmbito da democracia majoritária, porém sem importar na supremacia da concepção da maioria desrespeitando o direito de autodeterminação da minoria democrática.

Em um contexto democrático, marcado pela *liberdade e igualdade* dos indivíduos, cabe às maiorias legislativas respeitar os direitos fundamentais através da garantia da preservação da *autonomia do indivíduo* para desenvolver suas capacidades *morais* – ter sua concepção de bem e de justiça – e as faculdades de *razão* – de juízo e de pensamento.⁴⁴

Por efeito, veda-se que no exercício da conformação legislativa com a regulação dos preceitos constitucionais sejam realizadas *escolhas morais* que inviabilizem a existência da pluralidade de concepções morais dos indivíduos, dentro do consenso mínimo veiculado pela Constituição.

Da mesma forma, não significa que as questões sobre direitos devam sejam decididas por um Poder Judiciário, uma vez que a resposta alcançada não será adequada, por não respeitar as capacidades morais e políticas dos cidadãos, bem como não será a mais correta, em razão do desacordo moral existente no seio da comunidade.⁴⁵

Todavia, cabe à jurisdição constitucional garantir o espaço de autonomia do indivíduo, de modo a permitir que o mesmo atue de acordo com suas concepções morais, sem que haja a imposição de valores ou de condutas – respeitados os direitos básicos do outro e os consensos mínimos da própria ordem.

No que tange ao direito à vida, impõe-se uma neutralidade acerca de qualquer teoria do bem que o cidadão deva perseguir, garantindo a pluralidade de concepções acerca do início da vida e de se orientar moralmente conforme tal concepção, desde que não viole o direito dos demais ou o consenso sobreposto dos direitos e liberdades fundamentais.

Não obstante, o Supremo Tribunal Federal não agiu de tal forma em dois julgamentos paradigmáticos acerca do direito à vida, a saber: a pesquisa com células tronco de embriões *in vitro*, o que se repetiu no caso da interrupção da gravidez de feto diagnosticado anencéfalo tentando definir – de forma *certa* – qual é o momento do início da vida. O tema será tratado a seguir.

5. O Supremo Tribunal Federal e a ADIn 3510

Em 2005 foi proposta pelo Procurador-Geral da República a Ação Direta de Inconstitucionalidade 3510, requerendo a declaração de inconstitucionalidade de norma da Lei

Waldron, *A Right-Based Critique of Constitutional Rights* em *Oxford Journal of Legal Studies*, v. 13, 1993, p. 25.

⁴³ Frisa-se a expressão “pode”, pois se reconhece, como Dworkin, que não há apenas uma resposta possível para as questões envolvendo direitos. Sobre o tema, vide: Ronald Dworkin, *Levando os direitos a sério*, São Paulo, Martins Fontes, 2002, Cap. 13.

⁴⁴ John Rawls, *Op. cit.* p. 277 e p. 365-380

⁴⁵ Jeremy Waldron, *Op. cit.*, p. 46

de Biossegurança, que permite a utilização de células tronco embrionárias obtidas de embriões humanos oriundos de fertilização *in vitro* e não utilizados.⁴⁶

Tinha por fundamento a violação do Direito à Vida – que, segundo subsídio científico, ocorreria com a fecundação, o que demandaria a proteção do embrião como ocorre no direito comparado – e da Dignidade da Pessoa Humana, uma vez que o embrião não seria meio para pesquisa, mas um fim em si mesmo: a existência humana.

Em manifestação, a Advocacia Geral da União, remetendo as informações prestadas pelo Presidente da República, indicou o início da vida em simetria com o fim dela, como o início da atividade cerebral, que seria reconhecido pelo próprio Código Civil ao fixar o início da personalidade jurídica, além de amplamente adotado pela doutrina e pelo direito comparado.

Em manifestação da Procuradoria Geral da República, como *custus legis*, indicou que o direito à vida não é tutelado apenas pela ordem infraconstitucional, mas pela Constituição, que garantiu a sua inviolabilidade e não o condicionou ao nascimento com vida. De tal sorte, aderiu à teoria conceptualista.

Houve o ingresso de *amicus curae*⁴⁷ e a realização de audiência pública, onde puderam se manifestar 22 autoridades científicas, que podem ser divididas naqueles que reconhecem o embrião *in vitro* como pessoa humana já individualizada e em outros que vêem o embrião como organismo que pode se desenvolver no útero e gerar a vida.

Neste tocante, a maioria da Corte Constitucional acabou por se imiscuir na tentativa de delimitar a vida e sua origem, de forma a determinar se o embrião obtido a partir da fertilização *in vitro*, objeto da Lei de Biossegurança, poderia ser considerado pessoa e titular do direito à vida.

O Ministro Carlos Ayres Britto, relator do processo, indicou a multidisciplinaridade do tema, porém decidiu fixar o início da vida com o nascimento, mas não no sentido biológico de incessante auto-atividade funcional, mas numa dimensão biográfica, advinda da interação múltipla e relacional, capaz de gerar o que chamou de “*indivíduo-pessoa*”.

Já o Ministro Menezes Direito, após explanar conceitos científicos, sustentou que tem vida humana o organismo autônomo com “*movimento e projeto próprio*”, que evolui de acordo com um programa contido em si mesmo que pode ser executado “*independente de impulsos externos*”. O embrião congelado seria *vivo* e *indivíduo* por possuir carga genética.

O Ministro Ricardo Lewandowski, após adentrar na bioética com discurso sobre os riscos de coisificação do homem, considerou que a vida deve ser analisada, não do

⁴⁶ Dispõe o artigo 5º da Lei 11.105 de 2005: “É permitida, para fins de pesquisa e terapia, a utilização de células tronco embrionárias obtidas de embriões humanos produzidos por fertilização *in vitro* e não utilizados no respectivo procedimento, atendidas as seguintes condições: I – sejam embriões inviáveis; ou II – sejam embriões congelados há 3 (três) anos ou mais na data da publicação desta Lei, ou que, já congelados na data da publicação desta Lei, depois de completarem 3 (três) anos, contados a partir da data de congelamento.”

⁴⁷ Conectas Direitos Humanos, Centro de Instituto de Bioética, Direitos Humanos e Gênero e Confederação Nacional dos Bispos do Brasil.

ponto de vista individual, mas como direito comum a todos os seres humanos, e que começaria, portanto, com a *concepção*, abrangendo o embrião *in vitro*.

Em sentido próximo, o Ministro Eros Grau indicou que o embrião, enquanto uma “*parcela da humanidade*”, faz parte do gênero humano, porém a vida só existe “*com movimento*”; e uma vez que o embrião da Lei de Biossegurança é óvulo fecundado congelado e paralisado, o seu processo de desenvolvimento não foi desencadeado e não haveria vida.

O Ministro Cesar Peluso identificou nos embriões o “*predicado da humanidade*”, mas não a “*presença de vida*”, pois embora possuam o código genético completo e as disposições para no útero se desenvolverem e transformarem em ser humano, não se pode reduzir a complexidade de pessoa humana à “*mera existência biológica*”.

Considerou que a vida corresponde à sucessão unitária e permanente de transformações e desenvolvimento autônomo, os quais o embrião congelado fora do útero humano não possui. A vida humana “*se dá na fecundação e a partir desta*”, visto que é um contínuo desenvolver-se que depende da gestante para prosseguir.

A Ministra Carmen Lúcia, em melhor sentido, lembrou que o “*Estado é laico, a sociedade é plural, a ciência é neutra e o direito imparcial*”, cabendo a aplicação do direito vigente na questão. Porém, se imiscuiu no tema ao dizer que o embrião é “*tradução expressa do humano*”, dotado da dignidade da pessoa humana, preservada pela Lei de Biossegurança.

O Ministro Celso de Mello indicou que não cabia no julgamento grave reflexão sobre a bioética do começo da vida em razão da própria secularização dos valores envolvidos, pois as divergências do início da vida não se registram no campo científico, mas se projetam no domínio filosófico e no âmbito das religiões.

Porém, adentrando na questão biológica da formação do sistema nervoso, indicou que não há violação da vida na pesquisa com células tronco, pois a extração delas ocorre antes do início da atividade do cérebro, inexistindo, portanto, a figura, seja da pessoa ou de um “*ser humano em potencial*”.

O Ministro Gilmar Mendes indicou que enquanto o parlamento representa o cidadão de forma política, o Tribunal Constitucional o representa de forma argumentativa, de modo que o juízo da constitucionalidade da utilização de células tronco não depende da discussão acerca de temáticas relativas ao marco inicial e final da vida humana para proteção jurídica.

Segundo o mesmo, a ciência, a religião e a filosofia construíram sua própria história em termos de conceitos sobre a vida, cabendo à Corte verificar qual “*o elemento que é digno da proteção jurídica*”. Neste tocante, lembrou o princípio da responsabilidade, pelo qual o Estado deve regular os avanços tecnológicos e científicos que tenham o próprio homem como objeto.

O Ministro Joaquim Barbosa também centrou seu voto na tutela jurídica da vida humana em graus diferenciados – *fecundação, gestação, nascimento, desenvolvimento e morte* – buscando a solução na deliberação democrática da votação da Lei de Biossegurança, bem como na ponderação do direito à vida dos doentes ainda sem tratamento e cura.

A Ministra Ellen Gracie também indicou que à Corte Constitucional *não cabia definir qual corrente científica ou tecnológica deveria prevalecer sobre as demais*; tampouco estabelecer conceitos que não foram dados pela Constituição, mas contrastar a Lei de Biossegurança com a lei fundamental.

Porém, em seu voto opinou não haver ofensa ao Direito à Vida e à Dignidade da Pessoa Humana, pois o embrião não acolhido no ninho natural de seu desenvolvimento – útero – “*não se classifica como pessoa*” e o embrião inviável ou destinado ao descarte “*tampouco se identifica como nascituro*”, pois não possui a probabilidade de vir a nascer.

De tal sorte que o Supremo Tribunal Federal, por maioria, declarou improcedente a referida ADIn, mantendo a constitucionalidade da norma impugnada da Lei de Biossegurança e as pesquisas com células tronco, vencidos, parcialmente, os ministros Menezes Direito, Ricardo Lewandowski, Eros Grau, Cezar Peluso e Gilmar Mendes.

Note-se que poucos ministros fundamentaram com exclusivos argumentos jurídicos, em especial garantindo que diante do desacordo moral razoável fosse garantida a autonomia do casal para decidir o destino do uso dos embriões decorrentes da fertilização *in vitro* que seriam destinados ao descarte.

Ao revés: buscaram, através de investigações científicas, filosóficas e éticas, definir qual seria o conceito de vida e o momento em que a mesma se inicia, impondo uma concepção moral sobre matéria, o que não é adequado no exercício da jurisdição constitucional em se tratando de matéria com desacordo moral razoável.

6. Conclusão

Buscou o presente trabalho, portanto, a análise crítica do papel exercido pela jurisdição constitucional brasileira em questões onde haja desacordo moral razoável, concretamente no julgamento do direito à vida pelo Supremo Tribunal Federal nas questões da pesquisa com células tronco obtidas de embriões *in vitro*.

Verificou-se que, no que tange ao direito à vida, há no direito internacional e na ordem jurídica pátria uma pluralidade de tutela para o embrião, feto e pessoa, e que há uma controvérsia jurídica acerca do momento de início da vida, que é tutelado pelo Direito, tal qual ocorre no campo científico, filosófico e moral.

Aduziu-se, também, que o modelo consagrado na Constituição Federal de 1988 de inafastabilidade da tutela jurisdicional e de constitucionalização ampla produziu o fenômeno de judicialização das questões sociais, e que o Supremo Tribunal Federal tem, em uma postura ativista, aplicado criativamente a Constituição com fins de realização dos direitos fundamentais.

Observou-se, porém, que há questões sociais onde há um desacordo moral razoável, com existência de pluralidade de entendimentos que têm fundamentação racional, e, portanto, não é possível se delimitar qual concepção moral ou ética é a correta, mas que à Jurisdição Constitucional cabe garantir a existência dessa pluralidade e da autonomia privada do indivíduo.

Neste sentido, notou-se que na decisão do Supremo Tribunal Federal a Corte buscou fixar o conteúdo da vida e o seu momento de surgimento para garantir a pesquisa com célula tronco, o que ultrapassa os limites da jurisdição constitucional, ignora o desacordo moral razoável na sociedade e impõe uma concepção moral sobre as demais.

Assim, a Corte Constitucional Brasileira, em um ativismo judicial excessivo que tende à arbitrariedade judicial, para buscar solucionar a legalidade de uma norma em face da Constituição acabou buscando definir quando começa a vida, algo que nem a ciência, a filosofia moral e a religião conseguiram fixar.

Referências Bibliográficas

- ALMEIDA, Rogério Miranda de; RUTHES, Vanessa Roberta Massambani, “A Polêmica do Início da Vida: uma questão de perspectiva de interpretação”, *Rev. Pistis Prax., Teol. Pastor.*, Curitiba, v. 2, n. 1, jan./jun. 2010.
- BARROSO, Luís Roberto, “*Gestação de fetos anencefálicos e pesquisas com células tronco: dois temas acerca da vida e da dignidade na Constituição*”, em: Galdino, Flávio; Sarmiento, Daniel, *Direitos fundamentais: estudos em homenagem ao professor Ricardo Lobo Torres*, Rio de Janeiro, Renovar, 2006.
- _____, “Neoconstitucionalismo e a Constitucionalização do Direito. O Triunfo Tardio no Direito Constitucional no Brasil” em Sarmiento, Daniel e Souza Neto, Cláudio Pereira de (Orgs.), *A Constitucionalização do Direito: Fundamentos Teóricos e Aplicações Específicas*, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2007.
- _____, “O Reconhecimento Jurídico das Relações Homoafetivas no Brasil”, *Revista do Ministério Público do RJ*, n. 27.
- BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco, *Dicionário de Política*, Brasília, Editora Universidade de Brasília, 1998.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes, *Direito constitucional e teoria da constituição*, 3ª ed., Coimbra, Almedina, 2000.
- CARBONELL, Miguel, “Nuevos Tiempos para el Constitucionalismo” em Carbonell, Miguel (Org.), *Neoconstitucionalismo(s)*, 1ª ed., Madri, Editorial Trotta, 2003.
- CHAUÍ, Marilena, *Convite à Filosofia*, São Paulo, Ática, 2000.
- DINIZ, Maria Helena, *Código Civil Comentado*, 13ª ed., São Paulo, Saraiva, 2008.
- DWORKIN, Ronald, *Levando os Direitos a Sério*, São Paulo, Martins Fontes, 2002.
- FERRAJOLI, Luigi, *Derechos y Garantías: La ley del más débil*. Madri, Trotta, 1999.
- GALLACCI, Fernando Bernardi, *O STF e as Cláusulas Pétreas: O ônus argumentativo em prol da governabilidade?*, São Paulo, SBDP, 2011.
- GUASTINI, Riccardo, “A Constitucionalização do ordenamento jurídico e a experiência italiana” in Sarmiento, Daniel e Souza Neto, Cláudio Pereira de (Orgs.), *A Constitucionalização do Direito: Fundamentos Teóricos e Aplicações Específicas*, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2007.

- GUTMANN, Amy; THOMPSON, Dennis, *Democracy and disagreement*, Cambridge, Harvard University Press, 2000.
- HARBELE, Peter. “El Tribunal Constitucional Federal como modelo de una jurisdicción constitucional autónoma” em Harbele, Peter. *Estudios sobre la jurisdicción constitucional*. México: Porrúa, 2005.
- HESSE, Konrad, *A Força Normativa da Constituição*, Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.
- JESUS, Damásio E. de, *Direito Penal Parte Especial*, 2º Vol. 25ª ed., São Paulo, Saraiva, 2003.
- MONTEIRO, Washington de Barros, *Curso de Direito Civil*, Parte Geral, 30ª ed., São Paulo, Saraiva, 1991.
- MOURA, Emerson Affonso da Costa, “Do Controle Jurídico ao Controle Social: Parâmetros a Efetividade dos Direitos Sociais”, *Revista de Direito Constitucional e Internacional - IBDC*, volume 77, dez 2011.
- RAWLS, John, *O Liberalismo Político*, 2a ed., São Paulo, Ática, 2000.
- SCARPARO, Mônica Sartori, *Fertilização Assistida: questão aberta, aspectos científicos e legais*, Rio de Janeiro, Forense Universitária, 1991.
- SILVA, Caio Mario Pereira da, *Instituições de Direito Civil*, Vol. 1, Rio de Janeiro, Forense, 1997.
- VIEIRA, Oscar Vilhena, “Supremocracia”, *Revista de Direito GV*, São Paulo, jul/dez 2008.
- VITAL, Moreira, “Princípio da Maioria e Princípio da Constitucionalidade: Legitimidade e Limites da Justiça Constitucional” em *Legitimidade e Legitimação da Justiça Constitucional*, Coimbra, Coimbra Editora, 1995.
- WALDRON, Jeremy. “A Right-Bases Critique of Constitutional Rights” em *Oxford Journal of Legal Studies*, v. 13, 1993.

Gonzalo Farrera Bravo* (México)

Constitución y afrodescendencia: la constitucionalización de la afrodescendencia en América Latina

RESUMEN

El presente artículo tiene como finalidad explorar la figura de la afrodescendencia en América Latina. La afrodescendencia ha sido confundida y, en algunos casos, supeditada a la figura del indígena, pero tiene sus propias particularidades históricas y culturales. Según cifras de algunas organizaciones como el Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD), los afrodescendientes representan el 30% de la población del continente, teniendo en algunas regiones una mayor preponderancia. Algunas constituciones de nuestro continente han realizado importantes adecuaciones y reconocimientos de la capacidad de autogobierno de estas comunidades, lo cual ayuda a empoderarlas en diversas dimensiones: representación política, ejercicio de sus derechos humanos, política pública de género, entre otras.

El problema de la invisibilidad social de los afrodescendientes ha generado un importante rezago en los aspectos sociales, educativos, económicos y culturales. El reconocimiento constitucional busca implantar un conjunto de políticas públicas que puedan mejorar la situación de esta población, así como la disminución de la marginación e invisibilidad. La inserción constitucional busca convertir esta situación en un compromiso que los Estados adopten en sus respectivas agendas, para que en el futuro la integración sea plena.

Palabras clave: Constitución, afrodescendencia, políticas públicas, cultura constitucional, invisibilidad, derechos humanos.

ZUSAMMENFASSUNG

Dieser Artikel befasst sich mit dem Konzept der „afrikanischen Abstammung“ in Lateinamerika. „Afrikanische Abstammung“ ist wiederholt mit dem Konzept „indigen“ verwechselt

* Profesor-investigador, Escuela Libre de Derecho y UAM Iztapalapa (México). Máster en Derecho UNAM; diplomado Estado de Derecho, Heidelberg Universität-Universidad de Chile. farrerabravo25@gmail.com.

worden und wurde diesem in einigen Fällen gleichgesetzt, obwohl sie ihre historischen und kulturellen Eigenheiten besitzt. Nach Angaben von Organisationen wie dem UN-Entwicklungsprogramm machen Personen afrikanischer Abstammung 30% der Bevölkerung des Kontinents aus, wobei sie in einigen Regionen noch stärker vertreten sind. In einige Verfassungen unseres Kontinents wurden wichtige Änderungen einschließlich der Anerkennung der Berechtigung zur Selbstverwaltung dieser Gemeinschaften aufgenommen, womit ihre Stellung auf mehreren Ebenen gestärkt wurde, unter anderem bei der politischen Vertretung, bei der Ausübung der Menschenrechte und auf dem Gebiet der öffentlichen Genderpolitik.

Das Problem der gesellschaftlichen Unsichtbarkeit von Personen afrikanischer Abstammung hat in sozialer, bildungspolitischer, wirtschaftlicher und kultureller Hinsicht zu bedeutenden Rückständen geführt. Durch die verfassungsmäßige Anerkennung soll ein Bündel öffentlicher Politiken umgesetzt werden, mit dem die Lage dieser Bevölkerungsgruppe verbessert und ihre Marginalisierung und Unsichtbarkeit verringert werden. Über die Aufnahme in die Verfassung wird ihre Lage somit zu einer Verpflichtung, die von den Staaten in ihre jeweiligen Programme zu übernehmen ist, damit in der Zukunft eine vollständige Integration erzielt wird.

Schlagwörter: Verfassung, afrikanische Abstammung, öffentliche Politiken, Verfassungskultur, Unsichtbarkeit, Menschenrechte.

ABSTRACT

This article studies Afro-descendants in Latin America. In this continent, populations of African descent have not been clearly recognized or, in some cases, have been subordinated to indigenous populations, but they nonetheless have their own specific historical and cultural traits. According to figures provided by organizations such as the UNDP, Afro-descendants make up around 30% of the population of the continent, with greater proportions in some areas. Some of the continent's constitutions have incorporated measures to recognize their capacity for self-government, which would empower them in several aspects, including political representation, the exercise of human rights and public policies for gender equality.

The social invisibility of Afro-descendants has led to their social, educational, economic and cultural backwardness. Constitutional recognition seeks to implement a set of public policies to improve the situation of these populations and reduce their marginalization and invisibility. Implementing these reforms at a constitutional level is a way of ensuring that the States adopt them in their respective agendas, so that full integration can be achieved in the future.

Keywords: Constitution, Afro-descendants, public policies, constitutional culture, invisibility, human rights.

1. Introducción

Durante mucho tiempo, en América Latina era muy mal visto decir que se descendía de negros, por lo cual se ocultaba de diversas maneras esta identidad afroamericana. Sin embargo, hoy en día se conservan pruebas irrefutables de esa historia poco conocida sobre la presencia negra en nuestro mestizaje.

Así, por ejemplo, resulta muy interesante que en algunas regiones como el Sotavento, en Veracruz, el mulataje producto de las relaciones entre españoles y negras fue muy alto, pero más interesante aún es el mestizaje entre indígenas y negros, que en regiones como las costas de Guerrero y Oaxaca, o en algunos países como Brasil y Colombia, llegó a ser de carácter mayoritario.

En México, según los censos en la Nueva España, en 1570 había 6.640 europeos, 3.366 mil indios y 20.569 negros; y en 1742 había 9.000 europeos, 21.000 africanos, un 1.540 mil indígenas, 266.000 afroestizos y 249.000 indomestizos.

Pero lo más importante de este fenómeno poblacional no es tanto la cuestión de la herencia biológica, sino que esta evidencia de tipo racial nos remite a la herencia cultural. Esta es la que hemos recibido los latinoamericanos no solo de España y de las diversas culturas pertenecientes a los diferentes pueblos originarios, sino también de las distintas variantes culturales que nos llegaron del continente africano, particularmente de su costa occidental. América Latina es un continente que encierra a su vez diversas naciones, y dentro su peculiaridad está su pasado africano, que se encuentra en nuestra música, nuestra comida, nuestra historia oral y en el imaginario colectivo. Nuestra negritud se refleja más allá de la pigmentación de la piel, mucho de nuestro mundo, de nuestra cosmovisión, tiene un pasado africano.

La afrodescendencia se halla ligada a la historia patria de los países de América Latina. En México, uno de los próceres de esta nación, don José María Morelos y Pavón, era descendiente de africanos llegados a nuestro país; consciente de la situación de la población negra y la discriminación que sufrían por ser de ese grupo étnico, declaró brillantemente en su decreto que abolía la esclavitud:¹

Porque debe alejarse de la América la esclavitud y todo lo que a ella huela, mando que los intendentes de provincia y demás magistrados velen sobre que se pongan en libertad cuantos esclavos hayan quedado, y que los naturales que forman pueblos y repúblicas hagan sus elecciones libres, presididas del párroco y juez territorial, quienes no los coartarán a determinada persona, aunque pueda representar con prueba la ineptitud del electo a la superioridad que ha de aprobar la elección, previniendo a las repúblicas y jueces, no esclavicen a los hijos de los pueblos con servicios personales que solo deben a la Nación soberana y no al individuo como a tal, por lo que bastará dar un topil o alguacil al subdelegado o juez y nada más,

¹ J. H. Elliot, "Spain and America in the sixteenth and seventeenth centuries", en Leslie Bethell, *The Cambridge History of Latin America*, vol. I, Cambridge, Cambridge University Press, 1985.

para el año; alternando este servicio los pueblos y hombres que tengan haciendas, con doce sirvientes, sin distinción de castas, que quedan abolidas.

Dado en esta Nueva Ciudad de Chilpancingo, a 5 de octubre de 1813.

Don José María Morelos y Pavón pensó que esta naciente nación sería diferente de la triste e intolerante realidad que se vivía en Europa, donde las naciones colonialistas consideraban inferiores a los nacidos o naturales en esas tierras; esta América con la que soñó Morelos y Pavón sería una utopía en donde el color de la piel no sería criterio de distinción.

2. Concepto de afrodescendencia

El término afrodescendiente o africano-descendiente hace referencia a las personas nacidas fuera de África que tienen antepasados oriundos de África negra.

La mayoría de los afrodescendientes vienen de personas secuestradas y trasladadas desde el África negra con destino a América, Asia y Europa para trabajar como mano de obra esclavizada, fundamentalmente entre los siglos XVI y XIX. También son afrodescendientes los descendientes de africano o africana en cualquiera de sus líneas, nacidos fuera del continente africano debido a las migraciones internacionales actuales y pasadas.

La afrodescendencia surge como mecanismo de resistencia frente al racismo y endorracismo emanado de las estructuras sociales heredadas del pensamiento colonizador. La afrodescendencia es un concepto político, de significación de la experiencia propia y la apropiación de espacios políticos históricamente negados. Por ello es posible distinguir tres tipos de afrodescendencia:

2.1. La afrodescendencia visible

La afrodescendencia visible es aquella que comprende a individuos que por sus características fenotípicas y pigmentación pueden ser identificados y vinculados de forma inmediata con las personas africanas. Estos sujetos pueden o no ser conscientes de su pertenencia étnico-racial, y puede que se reconozcan o no como afrodescendientes.

2.2. La afrodescendencia oculta

La afrodescendencia oculta es un producto del proceso de mestizaje e interracialidad desarrollado en nuestro continente; pese a las limitaciones y prohibiciones surgirá una cantidad significativa de individuos poseedores de africanidad en su carga biológica, aunque esta no sea perceptible en sus facciones y pigmentación. Es afrodescendiente aquel en cuyo núcleo familiar existió un origen, rasgos o pigmentación negroide. Este, al igual que el afrodescendiente visible, puede tener o no conocimiento de su herencia, o reconocerse, negar su afrodescendencia o estar en proceso de reconocimiento.

2.3. El afrodescendiente político

El afrodescendiente político puede ser cualquiera de los anteriores, visible u oculto, pero que decide reconocerse como tal a modo de vindicación y vinculación con su herencia africana y también como medio para promover y apoyar los esfuerzos políticos de los movimientos afrodescendientes; por esta razón, este nace del reconocimiento.

Ahora bien, uno de los inconvenientes en cuanto al uso de la categoría afrodescendiente es que contribuye a homogeneizar experiencias disímiles. Dado que no todo afrodescendiente es negro, muchos de estos autorreconocidos como tales por su origen biológico (pero cuya herencia africana no se hace perceptible) no han sido discriminados ni han experimentado de forma directa los embates del racismo. Esto habrá de ponerlos en una experiencia sociocultural distinta.

El afrodescendiente visible, es decir, aquel de origen africano y que posee sus características fenotípicas y de pigmentación, va a estar ligado a una experiencia específica: subordinado, expuesto al racismo y al endorracismo.

La concepción de afrodescendencia no hace referencia explícita a una sola experiencia; por el contrario, permite abarcar y comprender experiencias disímiles de origen común. Por ello, la consideración de la afrodescendencia como un manto unificador de la experiencia racial por la descendencia étnica contribuye a la invisibilización de la situación racializada y discriminada del afrodescendiente visible, con lo cual cede a “la tentación de disminuir la calidad distinta de experiencias históricas particulares en búsqueda de generalizaciones forzadas”.

Así mismo, la introducción del término afrodescendiente y su consecuente adopción por parte de destacados personajes, activistas e intelectuales vinculados al tema, ha traído como consecuencia la creación de nuevas brechas y jerarquías, diferenciadoras de unos, muchos, “negros” y unos otros, pocos, “afrodescendientes”.

Por esta razón, al plantearse la supresión del término “negro/negra”, será necesario establecer si estamos frente a una diferenciación liberadora o una dignificación excluyente.

Contrario a ello, los esfuerzos deben estar orientados a presentar a los actores sociales el origen de estos contenidos, sus significados, su contexto, su carga ideológica, para que este sujeto opresor u oprimido comprenda la génesis de su situación y pertenencia de clase; no obstante, esta liberación solo es posible mediante la integración de opciones en donde el sujeto sea capaz de abordar su situación y construir su identidad desde esos contextos y significaciones que le son comunes, cómodos, y no profundizar, por el contrario, su su situación de foráneo social.

Intentar imponer la afrodescendencia como una única identidad negra es un acto transgresor en la misma medida en la que el colono europeo forzó a una estandarización de la identidad; darle la posibilidad al sujeto de vincular a las diversas afrodescendencias con su propia historia personal permitirá, sin forzarlo, la posibilidad de encontrar las diversas mezclas que forman su identidad. De lo contrario, la dignificación de la negritud, desde un punto de vista hegemónico, podría convertirse en la tiranía de una sola visión de afrodescendencia.

Hay varios ejemplos de la conceptualización particular de la afrodescendencia en América Latina, en donde se hace una combinación entre la palabra afro y la nacionalidad: afrocolombiano, afromexicano etc. La afrodescendencia es el término utilizado para indicar el tipo de población a la que pertenecen los latinoamericanos descendientes de africanos subsaharianos; dicho término no ha sido elegido por consenso.

3. La constitución como cultura

El célebre jurista alemán Konrad Hesse, en el año de 1999, hizo la siguiente reflexión: “Nos nutrimos con el ajuar de ideas de un mundo que ya no es el nuestro”. Las palabras del profesor Hesse se adecuan a la problemática que a continuación desarrollaremos; la idea que tenemos del Estado nacional es decimonónica, ya que el reconocimiento de las diversas culturas que se encuentran en un determinado espacio geográfico es una cuestión que no se puede relegar a una simple prohibición. Con el surgimiento de los Estados nacionales, muchas culturas tuvieron que sucumbir y ser paulatinamente relegadas y atacadas por aquella cultura dominante que imperó militarmente. Esto ha venido sucediendo en el transcurso de la historia humana: cuando los romanos vencieron por fin a los cartagineses en las guerras púnicas juraron desterrarlos de la historia, es decir, la muerte de una cultura.

La constitución como cultura implica entender al Estado constitucional como un Estado de muchas naciones; esto rompe con el paradigma clásico y, además, modifica conceptos tradicionales de la teoría del Estado como nación, cultura constitucional y población.

La constitución de un Estado es un fenómeno cultural –por no poder ser comprendida apartada de la cultura de la comunidad de donde proviene y por ser, en sí misma, una obra y un bien de cultura–. Por eso Peter Haberle propone una teoría de la constitución como ciencia de la cultura para explicar la heterogeneidad de la sociedad y, como la Ley Fundamental, es un reflejo de esta realidad.

La constitución refleja la formación, las creencias, las actitudes, la geografía y las condiciones económicas de una sociedad y, simultáneamente, le imprime carácter, funciona como principio de organización, dispone sobre los derechos y los deberes de individuos y de los grupos, regula sus comportamientos, racionaliza sus posiciones recíprocas y garantiza la vida como un todo, pudiendo ser agente de conservación o de transformación.

En último término, una constitución solo se torna efectiva y perdura cuando el empeño por realizarla está en consonancia (intelectual y, sobre todo, afectiva y existencial) con el sentido esencial de sus principios y preceptos. Ese empeño, esa “voluntad de constitución” (Hesse) depende del grado de cultura cívica –o sea, de la “cultura constitucional”– que se ha alcanzado.

La cultura es también objeto de la constitución, sea en el sentido lato, que hemos citado, sea en los sentidos menos latos en los que, normalmente, nos referimos a ella.

Cuando la constitución se ocupa de las confesiones religiosas, de la comunicación social o de la informática, por ejemplo, se está ocupando de bienes culturales. A esos sentidos menos latos se unen los conceptos de constitución cultural y de derechos culturales. Son estos:

- a) La cultura como expresión de la identidad de una comunidad, de un pueblo.
- b) La cultura como educación, ciencia y cultura.
- c) La cultura como todo lo que no se reconduce a la educación y ciencia o, en términos positivos, como creación y fruición de bienes de cultura. Al ser la cultura una de las dimensiones de la vida comunitaria, y al regular la constitución la organización político-jurídica del Estado en su doble cara de comunidad y poder, la cultura (como la economía) nunca puede quedar fuera de la constitución.

Del mismo modo que al garantizar la propiedad y la libertad de comercio e industria las constituciones del siglo XIX confirmaban un cierto orden económico (el del liberalismo individualista y competencial), también al garantizar la libertad de expresión y la libertad de imprenta salvaguardaban un cierto orden cultural (el del liberalismo político e iluminismo o posiluminismo). Más aún: convencidos de que sin educación, la libertad no podía prosperar, los liberales se han preocupado por la creación de escuelas, apoyados a veces en normas programáticas de la constitución.

Pero solo el Estado social introduce plenamente los derechos culturales en el contexto constitucional. Junto a los derechos económicos como pretensiones de realización personal y de bienestar a través del trabajo y de derechos sociales como pretensiones de seguridad en la necesidad, introduce derechos culturales como exigencias de acceso a la educación y a la cultura y, en último término, de transformación de las condiciones de actuación; y para hacerlos efectivos, prevé múltiples potestades de los poderes públicos.

Así, de la misma forma que se habla de la constitución económica, debemos referirnos a la constitución cultural como el conjunto de principios y preceptos con relativa autonomía que se refieren a materias culturales. Incluso hay quien defiende que se hable, de ahora en adelante, de Estado de cultura.

El modelo de democracia constitucional exige que las minorías lo sean accidentalmente y tengan la perspectiva de convertirse en mayorías; así, en un momento posterior, al tratarse de minorías sólidas (como el caso particular de los afroamericanos), irreductibles, sustanciales, desaparece para ellas la condición de la democracia, ya que pierden toda opción de acceder al poder y pasan a constituirse en grupo dominado por una voluntad política de carácter externo a su comunidad.

Los procesos de asimilación o de segregación conducen por caminos opuestos a lograr la homogeneidad, pero como decía Carl Schmitt, la democracia solo es compatible con el Estado nacional en la medida en que pueda darse por descontada la vigencia efectiva de una igualdad sustancial determinada por la pertenencia a un pueblo determinado.²

² Carl Schmitt, *Verfassungslehre*, Berlin, Duncker&Humblot, 1928.

Hoy, sin embargo, la transformación del Estado como consecuencia del reconocimiento de los derechos humanos suma nuevos retos para la materialización de la integración social, que en definitiva es el criterio de legitimidad del poder público y del derecho que lo objetiva.³

El Estado constitucional de derecho exige el reconocimiento de todos los miembros de la sociedad como libres e iguales, teniendo como referente inmediato a Kant que, decía: “El hombre no solo puede ser persona (libre) y súbdito (igual) sino que necesariamente ciudadano”.

La historia demuestra, en efecto, que la integración social no es una concesión de los instalados sino el resultado de una lucha: se conquista, se impone y se sostiene a través de fuerzas sociales concretas que se benefician de ella. Por ello, su primera condición es la capacidad de los excluidos para constituirse como grupo social con relevancia pública.

Así es que, conforme Häberle, cualquier modificación o alteración cultural influye y atinge, directamente, la interpretación cultural, lo que justifica la posibilidad de interpretar el mismo texto legal de formas diferentes en el tiempo y en el espacio, una vez que la cultura constitucional subyacente también es otra, diferente. El hechor tiempo aparece, pues, como un hechor determinante para la interpretación, una vez que él modifica la realidad social comprendida como elemento esencial de la actividad hermenéutica resultando, de ahí, la importancia de considerarlo como un objeto de reflexión.

La constitución se convierte, entonces, en orden jurídico fundamental de un proceso libre y abierto, siendo que ella misma se transmuta en un proceso (permanente), lo que hace que el derecho constitucional se convierta en el derecho público, abierto, por excelencia. Y más: en la concepción de Häberle, una constitución en sentido amplio, que no es solo del Estado, sino que engloba y estructura la sociedad como un todo (e, indirectamente, también la esfera privada) –como es el caso de la constitución democrática–, no puede hacerlo solamente en una perspectiva pasiva, esto es, ella no puede incorporar estos elementos exclusivamente como objetos; ella necesita incorporarlos, también, de manera activa, en cuanto sujetos.

El ámbito constitucional se constituye, por consiguiente, en un importante espacio de actuación para los ciudadanos, comprendidos no en cuanto simples sujetos pasivos o meros espectadores del orden jurídico-constitucional, de donde se presupone el ejercicio del derecho de participación activa en el proceso –permanente– de construcción de los sentidos y significados de la constitución para la vida en común. Más que actuar como un intérprete (no en sentido estricto, técnico, sino en un sentido lato), cada individuo, cada ciudadano debe vivir la constitución contribuyendo a su constante evolución, de lo que resulta también, a su vez, un progresivo proceso de pluralización de los contenidos constitucionales, aspecto esencial del constitucionalismo democrático.

³ Peter Häberle, *Die Verfassung des Pluralismus: Studien zur Verfassungstheorie offenen Gesellschaft*, Athenaum, 2004 [1980].

4. Importancia de la constitucionalización de la afrodescendencia en América Latina

A raíz de la reforma y adopción de los tratados internacionales de los derechos humanos y sus respectivas reformas constitucionales en cada país del continente, se reconoce la pluralidad étnica y social de los Estados nacionales con la premisa de ser receptáculos de los “muchos mundos” que implica la diversidad cultural. El primer paso lo han dado los grupos indígenas al recibir reconocimiento constitucional, así como la ratificación del Convenio 169 de Organización Internacional del Trabajo (OIT), en donde se les reconoce el ejercicio de potestades públicas como el autogobierno y el ejercicio de su propio sistema jurídico ancestral. En el caso de las poblaciones afrodescendientes, que vienen a constituir una tercera o primera referencia étnica en las naciones latinoamericanas, y dependiendo del país en particular, no han recibido en la gran mayoría de naciones el estatus constitucional que merecen al ser reconocidos como sujetos de derecho público y, por ende, la expansión de sus derechos humanos como grupo social. La historia de los afrodescendientes es un tanto diferente a la de los grupos indígenas originarios, ya que su llegada a América fue consecuencia de la diáspora⁴ iniciada a raíz del comercio atlántico de esclavos; su mayor población se encuentra en Brasil; regularmente este término se utiliza para los descendientes de aquellos esclavos. Esto da una interesante pauta de reflexión para el derecho constitucional y de reivindicación, ya que la gran mayoría llegó a nuestro continente en contra de su voluntad, violando todos los cánones de la dignidad humana.

La constitucionalización de la afrodescendencia implica admitir en las constituciones los alcances de los tratados internacionales de derechos humanos, así como una redimensión del derecho estatal reconociendo y dignificando su cosmovisión, cultura y aporte a los Estados nacionales. Este reconocimiento implicaría un diseño y un nuevo estatus dentro de los niveles de gobierno de los Estados, ya que involucra el reconocimiento del carácter autonómico de sus comunidades, a partir de un territorio en donde ellos han desarrollado su vida, sus usos y costumbres, así como la posibilidad de establecer su propia lógica electoral interna. Algunos países como Colombia y Bolivia han asimilado el Convenio 169 de la OIT, vía bloque de constitucionalidad, lo que implica la adhesión

⁴ Paul Gilroy, en su obra *The Black Atlantic: Modernity and Double Consciousness*, marca un punto de inflexión en el estudio de las diásporas. En aplicación de un enfoque de los estudios culturales, Gilroy proporciona un estudio de la historia intelectual africana y su construcción cultural. Alejándose de todas las formas tradicionales consideradas como un absolutismo étnico, el autor ofrece el concepto del *black atlantic* como un espacio de construcción cultural transnacional. En su libro explica el desarrollo de la identidad de aquellos pueblos que han sufrido de la trata de esclavos en el Atlántico, emblema de su propuesta teórica de diáspora africana. Este nuevo concepto rompe con el modelo de la diáspora tradicional basado en la idea de que la gente que la vivió está separada por una fuente u origen común, y ofrece un segundo modelo en donde el origen marca fuertemente a la cultura de los africanos en América. Cf. Paul Gilroy, *The Black Atlantic: Modernity and Double Consciousness*, London, Verso, 1993.

de este Convenio y obliga al intérprete constitucional a leer conjuntamente los derechos constitucionales y el instrumento internacional de derechos humanos. Esto entraña, la expansión de los derechos humanos de estas comunidades.

En países como Panamá (1972), Nicaragua (1987), Colombia (1991), Venezuela (1999), Ecuador (2008) y Bolivia (2009) se han realizado adecuaciones constitucionales reconociendo las facultades de autogobierno de las comunidades originarias, lo cual permite, en el caso de los afrodescendientes, ser partícipes de nuevas modalidades de organización y administración política, así como el diseño especializado de políticas públicas encaminado a mediar la marginación y el rezago social. En algunos países como Colombia se han implementado interesantes programas que buscan combatir dicha problemática.

La población afrodescendiente representa el 30% de la población de América Latina; ellos experimentan niveles desproporcionados de pobreza y exclusión social, y continúan enfrentando una severa discriminación en todos los órdenes. Y a pesar de tener marcos legales nacionales, y de la creación de diversas instituciones para asegurar el ejercicio de los derechos de las poblaciones afro, falta profundizar en el reconocimiento político y cultural de sus valores, aspiraciones y modos de vida, a fin de poder dejar a un lado la invisibilidad cultural que potencia la exclusión socioeconómica creando aún más desigualdad, segmentación social y falta de reconocimiento social.

La población afrodescendiente es sujeto de discriminación racial históricamente, pero algunos instrumentos internacionales, como la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, plantean esquemas de política pública que buscan erradicar cualquier forma de discriminación; en este sentido, se le da una mayor jerarquía a este tipo de instrumentos internacionales como ejes macro o modelo de la política estatal en sus diversos niveles.

La protección interna e internacional es reconocida como un *jus cogens*, esto es, un derecho que recibe aceptación universal en virtud de su protección de intereses no limitados a un Estado particular o un grupo de Estados, sino a aquellos pertenecientes a la comunidad internacional.

La constitucionalización significa que los textos constitucionales acojan el tratamiento de una temática como la afrodescendencia; esto implica que una de las tendencias del derecho constitucional en el siglo XX es la incorporación de una extensa temática sobre los mismos. Algunos autores como Carl Heinrich Triepel⁵ explican que los procesos de constitucionalización implican entrar en una lógica de reconocimiento gradual que va desde la inexistencia en los textos constitucionales hasta la incorporación plena de los regímenes democráticos.

Estas fases se pueden identificar de la siguiente forma: una primera etapa de incorporación indirecta al hacer extensivos los derechos humanos desde una perspectiva general, pero sin una mención especial de este particular grupo étnico.

Una segunda etapa en donde los derechos reconocidos a los grupos originarios pueden ser extensivos a las poblaciones afrodescendientes, pero sin particularizar la

⁵ Carl Heinrich Triepel, *Die Zukunft des Völkerrechts*, Leipzig, BG Teubner, 1938.

distinción histórica consecuencia de la diáspora y la particular situación de marginalidad social.

Una tercera etapa constituida por el encuadramiento legal y constitucional y, como consecuencia, su materialización como sujetos de derecho público de las poblaciones afrodescendientes, reconociendo su pasado, su aportación a la cultura, sus raíces, sus territorios y su cosmovisión, teniendo como consecuencia un reconocimiento pleno y un nuevo enfoque de la política pública estatal.

5. Reflexiones finales

La lucha de las poblaciones afrodescendientes ha sido lenta y ha transitado en el espacio de la acción social que ha estado en la dinámica jurídica ya desde hace algunos años en América Latina. La afrodescendencia es una construcción social y académica al mismo tiempo que implica el derecho humano a la autodeterminación, el derecho de los pueblos y el derecho de cualquier ser humano a tener un nombre y una identidad colectiva.

La constitucionalización de la afrodescendencia implica el reconocimiento y la vigencia de la diáspora en la Ley Fundamental, y las consecuencias sociales para un grupo de seres humanos que fueron trasplantados a América desde África. La historia constitucional matiza el reconocimiento a una comunidad que ayudó a moldear a nuestro presente cultural.

Los países de la región recogen en la variable afrodescendiente de sus censos proporciones muy variables de población que van desde una tasa del 50% en Brasil hasta países como Honduras con un 2%. A pesar del respaldo legal, en la mayoría de los países predomina una tendencia a negar las desigualdades raciales o atribuir las principalmente a razones económicas y no a modelos sociales excluyentes desde el punto de vista racial. Los países con las políticas públicas más avanzadas en la materia son Brasil, Colombia y Panamá.

El problema de la invisibilidad social de los afrodescendientes ha generado un importante rezago en los aspectos sociales, educativos, económicos y culturales. El reconocimiento constitucional busca combatir la discriminación para hacer valer su condición de ciudadanos y para obtener apoyos de los Estados buscando revertir las profundas desigualdades que afectan a los afrodescendientes en la región. La constitucionalización busca revertir el bajo nivel de compromiso explícito por parte de los Estados de invertir recursos públicos adicionales para el soporte y desarrollo de políticas públicas que apoyen a la población afrodescendiente, lo cual representa un obstáculo de relevancia para mejorar el nivel de vida de esta población.

Los países de la región han desarrollado escasos instrumentos para garantizar la adecuada implementación de los acuerdos.

La dinámica que ha generado el reconocimiento y la proliferación de los derechos humanos en el continente brinda una inigualable oportunidad histórica de reconocer

el contenido pluricultural de los actuales Estados nacionales, así como el poder dignificar a una raíz cultural que ha marcado en general la manera en que comprendemos la vida misma. La cultura africana está presente en nuestra música, en nuestra comida, en nuestras leyendas, y ahora debe estar inscrita en la Ley Fundamental de cada país como fiel testimonio de la presencia africana en América.

Bibliografía

- APPELBAUM, Nancy P., Anne S. MACPHERSON y Alejandra ROSEMBLATT (eds.), *Race and Nation in Modern Latin America*, Charlotte, The University of North Carolina Press, 2003.
- DAVIS, Darién J., *Beyond Slavery: The Multilayered Legacy of Africans in Latin America and the Caribbean*, New York, Rowman & Littlefield Publishers, 2006.
- DENNINGER, Erhard, "Recht und rechtliche Verfahren als Klammer in einer multikulturellen Gesellschaft", Kiesow, Ogorek Simitis, *Summa. Dieter Simon zum 70. Geburtstag*, Frankfurt am Main, Vittorio Klostermann, 2005.
- GILROY, Paul, *The Black Atlantic: Modernity and Double Consciousness*, London, Verso, 1993.
- HÄBERLE, Peter, *Die Verfassung des Pluralismus: Studien zur Verfassungstheorie offener Gesellschaft*, Athenaum, 2004 [1980].
- HILL, Michael AND HUPE, Peter, *Implementing Public Policy*, United Kingdom, Sage, 2014.
- RESTALL, Matthew, *Beyond Black and Red: African-Native Relations in Colonial Latin America*, Albuquerque, UNM Press, 2005.
- ROULAND, Norbert, Stephane PIERRÉ CAPS y Jacques POUMARÉDE, *Derechos de las minoría y de los pueblos autóctonos*, México, Siglo XXI, 1999.
- SCHMITT, Carl, *Verfassungslehre*, Berlin, Duncker&Humblot, 1928.
- _____, *Afrodescendencia, aproximaciones contemporáneas de América Latina y el Caribe*, Bogotá, Cepal, 2011.
- TRIEPEL, Carl Heinrich, *Die Zukunft des Völkerrechts*, Leipzig, BG Teubner, 1938.

Fabián Marcelo Jaramillo Villa* (Ecuador)

De una sociedad plurinacional y pluricultural a una justicia intercultural

RESUMEN

Esta breve exposición tiene por objetivo analizar los retos que ha supuesto la incorporación del pluralismo jurídico en la Constitución ecuatoriana, así como el importante papel que juega la justicia constitucional, en tanto elemento determinante para ir construyendo puentes y consolidando caminos de diálogo que permitan la consecución de una administración de justicia plural, basada en criterios de interculturalidad.

Palabras clave: pluralismo jurídico, interculturalidad, derechos de los pueblos, comunidades y nacionalidades indígenas, justicia constitucional.

ZUSAMMENFASSUNG

Dieser kurze Beitrag beabsichtigt, die mit der Aufnahme des Rechtspluralismus in die Verfassung von Ecuador verbundenen Herausforderungen ebenso zu analysieren wie die bedeutsame Rolle der Verfassungsgerichtsbarkeit als entscheidendes Element zum Schlagen von Brücken und zur Konsolidierung von Wegen zum Dialog, die es ermöglichen, zu einer pluralistischen, auf interkulturellen Kriterien beruhenden Rechtsprechung zu gelangen.

Schlagwörter: Rechtspluralismus, Interkulturalität, Rechte der Völker, indigene Gemeinschaften und Nationalitäten, Verfassungsgerichtsbarkeit.

ABSTRACT

This paper is intended to analyze the challenges involved in the incorporation of legal pluralism into the Ecuadorian Constitution, and the important role played by constitutional

* Doctor en Jurisprudencia, abogado, especialista y máster en Derecho Económico y en Derecho Constitucional. Actualmente es juez de la Corte Constitucional del Ecuador.
marcelo.jaramillo@cce.gob.ec.

justice, which is crucial in order to build bridges and consolidating routes for dialogue to work towards obtaining a pluralistic justice, based on criteria of interculturality.

Keywords: Legal pluralism, interculturalism, rights of peoples, indigenous communities and nationalities, constitutional justice.

1. El pluralismo jurídico en el Ecuador

En el Ecuador, la Constitución ha catalogado al Estado como intercultural y plurinacional. En tal sentido, en su artículo 171 ha reconocido la justicia indígena y ha determinado que las autoridades de las comunidades, los pueblos y las nacionalidades indígenas ejerzan funciones jurisdiccionales, sobre la base de las tradiciones ancestrales de su derecho propio, dentro de su ámbito territorial y con sus propias instituciones, limitando que las autoridades de la justicia ordinaria se arroguen competencias de la justicia indígena.¹

Es preciso destacar también que, en reconocimiento de esta sociedad plurinacional e intercultural, la Constitución ecuatoriana vigente reconoce a los pueblos, las comunidades y nacionalidades indígenas, de forma individual y colectiva, un amplio catálogo de derechos constitucionales, incluido un capítulo destinado exclusivamente a sus derechos, todos los cuales, por su naturaleza, son plenamente justiciables, por lo que cuentan también con garantías jurisdiccionales ante la justicia constitucional para hacerlos efectivos.

Así, en el marco de la justicia constitucional, como un eje sustancial de este rediseño paradigmático del Estado, la Constitución ecuatoriana le otorga a la Corte Constitucional, entre otras, la potestad de realizar un control de constitucionalidad a las decisiones adoptadas por la justicia indígena.² Esto significa que, como parte de las garantías jurisdiccionales consagradas para la defensa y tutela de los derechos, se ha previsto también una garantía para tutelar el respeto de los derechos constitucionales dentro de las decisiones judiciales de las autoridades indígenas. De manera que si una persona estuviere inconforme con una decisión de una autoridad indígena, por considerarla violatoria de sus derechos constitucionalmente garantizados o por discriminar a la mujer (por el hecho de ser mujer), podrá impugnar dicha decisión. Ante ello, será la Corte Constitucional, como máximo organismo jurisdiccional responsable de la interpretación, control y administración de justicia constitucional, la que –bajo los principios del pluralismo jurídico, interculturalidad, debido proceso y oralidad, y con la asistencia técnica objetiva y adecuada– efectúe el control constitucional de la decisión y lleve a cabo lo que la propia Corte, en su jurisprudencia, ha denominado una “validación constitucional a la práctica

¹ Constitución de la República del Ecuador, 2008, artículo 171.

² *Ibid.*

de los usos, costumbres y nociones indígenas, que trae consigo el establecimiento de la diversidad epistémica y del pluralismo jurídico en el Ecuador”³

2. Desafíos y retos del pluralismo jurídico en el Ecuador

En el Ecuador, uno de los desafíos frente a la implementación del pluralismo jurídico, desde una lectura intercultural, es la búsqueda de una manera efectiva para tender puentes entre la justicia indígena y la justicia ordinaria, promoviendo un tratamiento simétrico entre las dos.

El reconocimiento de la jurisdicción indígena en el Ecuador va más allá del amparo de sus derechos colectivos, pues su trascendencia se extiende hasta asegurar que se desenvuelva en un modelo de Estado plurinacional e intercultural, para lo cual la Constitución faculta a los pueblos indígenas el ejercicio de funciones jurisdiccionales a través de sus autoridades en la aplicación de sus principios, valores culturales, normas y procedimientos.⁴ Además, el artículo 171 de la Constitución ecuatoriana establece como una obligación del Estado garantizar que las decisiones de la jurisdicción indígena sean respetadas por las instituciones y las autoridades públicas, dándoles por tanto el mismo reconocimiento y fuerza que a las decisiones de la justicia ordinaria.

Sin perjuicio de lo anotado, no deben desconocerse las dificultades que representan la transformación al pluralismo jurídico y el camino hacia una verdadera justicia intercultural. Precisamente por ello surge la necesidad de articular y coordinar los diferentes sistemas jurídicos, bajo parámetros que no subordinen la justicia indígena a categorías convencionales de la jurisdicción ordinaria; es decir, se debe procurar el respeto de los derechos y la Constitución, partiendo de categorías constitucionalmente reconocidas como la plurinacionalidad, la interculturalidad, los derechos colectivos y la autodeterminación de los pueblos indígenas.

La coordinación y cooperación entre ambos sistemas es de suma importancia, pues solo así podrán articularse sus respectivos elementos para la consecución de un pluralismo jurídico respetuoso, tanto de sus costumbres y derecho consuetudinario, como de la Constitución y de los derechos humanos.

Por lo tanto, la aceptación del pluralismo jurídico está condicionada al respeto de los derechos, lo cual obliga a definir el contenido y alcance de estos elementos condicionantes a partir del desarrollo legislativo y de la jurisprudencia constitucional. Consecuentemente, esto significa que la implementación del pluralismo jurídico requiere un compromiso real de la justicia constitucional para materializar la interculturalidad, de acuerdo con el carácter garantista de nuestros pactos sociales y del estándar internacional de protección de los derechos humanos.

³ Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia 0008-09-SAN-CC de 09 de diciembre de 2009, p. 13.

⁴ Constitución de la República del Ecuador, artículo 57.

Sobre este aspecto, en el Ecuador la experiencia de la Corte Constitucional está empezando a contribuir en la construcción y el fortalecimiento del Estado plurinacional e intercultural. En los últimos años, dicha Corte, a través de su jurisprudencia, ha dado las primeras luces de interpretación intercultural y de defensa de los derechos constitucionales de todos quienes habitan en territorio ecuatoriano.

Una de las decisiones más representativas de la Corte Constitucional en esta materia fue la acción de incumplimiento de norma, dentro del caso 0027-09-AN, presentada por la Universidad Intercultural de las Nacionalidades y Pueblos Indígenas Amawtay Wasi, mediante la cual demandó el incumplimiento del artículo 4 de la Ley de Creación de la Universidad por parte de la autoridad del Consejo Nacional de Educación Superior (Conesup), por considerar que había sido tratada como una universidad de tipo convencional sin tener en cuenta el régimen especial que la asiste y en virtud del cual fue creada.

En esta sentencia constitucional, la Corte Constitucional se pronunció respecto de la educación intercultural como derecho colectivo de los pueblos y las nacionalidades indígenas, así como de los parámetros que las autoridades deben tomar en consideración para la aprobación de este tipo de universidades, desde una perspectiva intercultural.

En este sentido, la Corte Constitucional interpretó la Constitución, a través del prisma de la interculturalidad, mediante el cual se sustentó el enfoque armónico de la diversidad cultural de las 14 nacionalidades que conviven en el Ecuador, con lo que no podía obligarse a la Universidad Amawtay Wasi a homogeneizarse al saber occidental, sino que debía respetarse su cosmovisión y permitir la implementación de sus propios métodos de aprendizaje y organización.⁵ La sentencia obligó al organismo estatal responsable de la evaluación y acreditación de los centros de educación superior en el país y de los programas académicos ofertados por las universidades, a diseñar, discutir y consensuar con las organizaciones indígenas vinculadas al ámbito académico, y a incorporar una perspectiva de interculturalidad en todos sus actos jurídico-administrativos.

Posteriormente, la Corte Constitucional, en la sentencia interpretativa expedida con ocasión de la demanda de inconstitucionalidad de la Ley de Minería, dentro del caso 008-09-IN, armonizó la aplicación del derecho ordinario, mediante su interpretación condicionada, cuando la ley deba ser aplicada sobre los territorios de los pueblos y las nacionalidades indígenas.

En dicha sentencia, la Corte determinó que la consulta prelegislativa es un derecho colectivo de las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, afroamericanos y montubios que puedan verse afectados en sus derechos colectivos por los efectos de la aplicación de una ley. Aclaró que no debe confundirse con otras formas de consultas constitucionales como aquellas que se realizan por temas ambientales o las consultas populares, pues aquellas están dirigidas a la generalidad de la comunidad y en este caso se trata exclusivamente de consultas dirigidas a las comunidades indígenas frente a una medida legislativa que pueda afectar cualquiera de sus derechos colectivos. Además, es-

⁵ Corte Constitucional para el periodo de transición, Sentencia 008-09-SAN-CC, dentro del caso 0027-09-AN.

tableció varios lineamientos en cuanto a los actores que deben intervenir, a las fases que deben desarrollarse, a las responsabilidades de la Asamblea Nacional como encargada de llevar a cabo este proceso y a su carácter de no vinculante, pero con una connotación jurídica especial cercana a la de una norma de *soft law* en el derecho internacional.

Finalmente, dentro del caso 0785-10-EP, mediante el cual la Asociación de Trabajadores Agrícolas Pitaná Alto de Cayambe impugnó una sentencia de la Segunda Sala de lo Civil, Mercantil, Inquilinato y Materias Residuales de la Corte Provincial de Pichincha, por considerar que vulneraba su derecho constitucional a la propiedad (al rematar, dentro de un proceso coactivo, una propiedad comunal), la Corte, dentro de la *ratio decidendi* de su sentencia, determinó que, en respeto a la Constitución y al derecho internacional, cuando intervengan comunidades indígenas, los jueces tienen la obligación de observar y respetar el derecho colectivo a las tierras, el territorio y los recursos reconocidos a los pueblos indígenas. Aspectos que debían ser tomados en consideración por los jueces de la causa puesto que existe una estrecha relación de los pueblos indígenas con sus tierras como base fundamental de su cultura, su integridad y su supervivencia económica.⁶

No obstante, pese a estos importantes avances de la jurisprudencia constitucional, a la Corte Constitucional ecuatoriana aún le queda mucho por dilucidar para generar una verdadera justicia intercultural. Es así como en la actualidad existen aproximadamente 19 causas de distinta naturaleza que han ingresado a la Corte Constitucional y que tienen que ver con justicia indígena.⁷ Tres de ellas son emblemáticas y han sido objeto de mucho interés por parte de los medios de comunicación, la academia y, en general, la sociedad ecuatoriana.

La primera es la causa 0731-10-EP, conocida como “Caso la Cocha II”, la cual hace referencia al juzgamiento de un asesinato ocurrido dentro de una comunidad indígena en la provincia de Cotopaxi. En este caso, el accionante alega la vulneración de sus derechos constitucionales como consecuencia de la no ejecución del fallo por parte de las autoridades indígenas y de la intervención de las autoridades de la justicia ordinaria, desconociendo las decisiones adoptadas legítimamente por la justicia indígena. Según manifiesta en su demanda, el inicio de procesos judiciales con posterioridad a la adopción de las decisiones de las autoridades de justicia indígena habría vulnerado sus derechos a la seguridad jurídica y a la no revictimización, así como también habría atentado contra el reconocimiento constitucional de las funciones jurisdiccionales de las autoridades indígenas (CRE, art. 171), y provocado un doble juzgamiento (*non bis in ídem*).

Al momento, la Corte se encuentra sustanciando dicha causa y realizando el correspondiente control de constitucionalidad de las decisiones adoptadas por las autoridades indígenas que conocieron y resolvieron el caso.

⁶ Corte Constitucional, Sentencia 173-12-SEP-CC de 26 de abril de 2012, dentro del caso 0785-10-EP.

⁷ Cuatro acciones extraordinarias de protección de justicia indígena (EI), nueve consultas de norma (CN), dos acciones de interpretación constitucional (IC), una dirimencia de competencias (DC) y tres acciones extraordinarias de protección (EP).

En relación con este tema, también tenemos la causa 007-10-IC, la cual consiste en un pedido de interpretación constitucional presentado por el presidente de la república respecto del artículo 171 de la Constitución, a fin de que la Corte determine el alcance de la justicia indígena en relación con su ámbito de aplicación territorial y material, especialmente respecto de la resolución de delitos penales y los tipos de sanciones que se aplican en la jurisdicción indígena.

Finalmente, la tercera es la causa 036-10-CN, la cual consiste en una consulta de constitucionalidad de norma presentada por el juez segundo de garantías penales de Orellana, dentro de la instrucción fiscal de un supuesto delito de genocidio que habrían cometido miembros de la nacionalidad indígena recientemente contactada de los waorani, en contra de la comunidad indígena no contactada de los taromenanes. En este caso, el juez de la causa manifiesta que existe una duda razonable y motivada respecto de la constitucionalidad de la aplicación de la norma contenida en el artículo inserto antes del artículo 441 del Código Penal, que establece la sanción por la comisión del delito de genocidio. Según señala, dicho artículo está dirigido a personas de un “entorno occidental” pero, en el caso concreto, los involucrados son miembros de la nacionalidad indígena waorani, por lo que considera que su aplicación puede resultar inconstitucional, especialmente porque podría devenir en la privación de libertad de los encausados (de 16 a 25 años). El juez estima que aquello excluiría a los individuos de su territorio, comunidad y cultura, afectando su integridad personal y demás derechos constitucionales. En tal virtud, previo a conocer y resolver la causa, solicita a la Corte Constitucional, determine la constitucionalidad de la aplicación del delito de genocidio a miembros de una nacionalidad indígena y, como consecuencia de ello, de la privación de su libertad, teniendo en consideración que la Constitución manda que se tome en cuenta su propia cosmovisión.

Como se observa en los breves antecedentes de estas causas, todas constituyen una importante oportunidad para delimitar y desarrollar el ámbito de aplicación de la justicia indígena en el Ecuador, y establecer lineamientos y mecanismos de coordinación que operen a fin de facilitar y mejorar el funcionamiento del pluralismo jurídico en el país.

3. Conclusiones

De todo lo dicho hasta aquí, a manera de conclusión, puedo señalar que el simple reconocimiento de otros sistemas jurídicos no rompe con la cultura y estructura de dominación, y menos aún construye una condición de igualdad o equidad entre todos los sistemas jurídicos. En este sentido, un verdadero pluralismo jurídico tendrá por objetivo actuar como un marco para construir relaciones simétricas de articulación, y figurar como un dispositivo que coadyuve a desestructurar las relaciones políticas, económicas, sociales y culturales de poder de herencia colonial. Para ello, le corresponde al Estado, y en especial a las cortes, avanzar en la construcción de puentes que permitan una verdadera conexión y funcionamiento armonizado entre ambas justicias.

Este sistema de flujo articulado entre los dos sistemas de justicia requiere modelos innovadores de cooperación y coordinación para hacer efectivo el pluralismo y la interculturalidad jurídica, a fin de garantizar de manera especial la tutela efectiva de los derechos constitucionales de todos quienes habitan en el Ecuador.

Comprender la complementariedad legítima de la diversidad cultural jurisdiccional es el camino que permitirá el intercambio de saberes y la solidificación de una sociedad respetuosa, equitativa, justa y cohesionada.

Bibliografía

CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR, 2008.

CORTE CONSTITUCIONAL DEL ECUADOR, sentencias 0008-09-SAN-CC de 09 de diciembre de 2009; 008-09-SAN-CC, dentro del caso 0027-09-AN; 173-12-SEP-CC de 26 de abril de 2012, dentro del caso 0785-10-EP.

Alan E. Vargas Lima* (Bolivia)

La reelección presidencial en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia. La ilegítima mutación de la Constitución a través de una ley de aplicación normativa**

RESUMEN

El presente ensayo pretende mostrar el estado actual del debate jurídico-político sobre la reelección presidencial en Bolivia, a partir de un proyecto legislativo formulado para habilitar por segunda vez consecutiva esta posibilidad, en sentido contrario a las normas del sistema político previstas en la Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia, aprobada mediante referéndum popular el año 2009. Este debate ha despertado bastante polémica en el país, al considerar que, en su oportunidad, el Tribunal Constitucional Plurinacional, como órgano encargado del control de constitucionalidad, convalidó la mutación constitucional producida por la Asamblea Legislativa mediante una ley interpretativa, habiéndose apartado de la voluntad del constituyente y actuado en inobservancia del tenor literal del texto.

Palabras clave: Asamblea Legislativa, Estado Plurinacional de Bolivia, ley de aplicación normativa, mutación constitucional, reelección presidencial, Tribunal Constitucional Plurinacional.

* Abogado maestrante en Derecho Constitucional, Universidad Mayor de San Andrés. Asesor Legal de la Dirección Jurídica del Gobierno Autónomo Municipal de La Paz. Responsable del blog jurídico: *Tren Fugitivo Boliviano* (<http://alanvargas4784.blogspot.com/>). alanvargas84@hotmail.com.

** El presente trabajo fue presentado al II Congreso Boliviano de Derecho Constitucional, “Realidad y perspectivas del constitucionalismo boliviano”, organizado por la Academia Boliviana de Estudios Constitucionales (ABEC), del 24 al 26 de octubre de 2013, en la ciudad de Santa Cruz de la Sierra (Bolivia).

ZUSAMMENFASSUNG

Im vorliegenden Beitrag soll auf den aktuellen Stand der juristischen und politischen Debatte über die Wiederwahl des Präsidenten in Bolivien eingegangen werden. Grundlage dafür ist eine Gesetzesvorlage, mit der eine zweite Wiederwahl in Folge ermöglicht werden soll, was im Widerspruch zu den Bestimmungen der 2009 durch Volksabstimmung angenommenen Verfassung des Plurinationalen Staates Bolivien steht. Aufgrund der Tatsache, dass das Plurinationale Verfassungsgericht als das mit der Verfassungsmäßigkeitskontrolle betraute Organ die von der Gesetzgebenden Versammlung mit Hilfe eines Interpretationsgesetzes vorgenommene Verfassungsmutation bestätigte und sich damit vom Willen des Verfassungsgebers abwandte, indem es im Widerspruch zur wörtlichen Auslegung des Textes handelte, hat die Debatte eine heftige Polemik ausgelöst.

Schlagwörter: Gesetzgebende Versammlung, Plurinationaler Staat Bolivien, Gesetz über die Normenanwendung, Verfassungsmutation, Wiederwahl des Präsidenten, Plurinationales Verfassungsgericht.

ABSTRACT

This essay seeks to portray the current state of the legal and political debate surrounding presidential re-election in Bolivia, focusing on a bill designed to enable this possibility for the second time. Such a proposal is in contradiction with the rules for governing the political system which were set out in the Political Constitution of the Plurinational State of Bolivia (approved by popular referendum in 2009). The debate on this topic has become fairly intense in the country since the Plurinational Constitutional Court, which is responsible for constitutionality control, accepted a mutation of the Constitution by means of an interpretative law approved by the Legislative Assembly -- a departure from the intention of the makers of the constitution and a violation of its literal wording.

Keywords: Legislative Assembly, Plurinational State of Bolivia, Ley de Aplicación Normativa (interpretative law), mutation of the Constitution, presidential re-election, Plurinational Constitutional Court

1. Antecedentes de la problemática

Es importante considerar que, desde hace varios años, el tema de la reelección presidencial,¹ que posee una enorme repercusión en Latinoamérica,² también se sitúa

¹ Recomiendo consultar mi colección de apuntes y artículos de opinión sobre este polémico tema y sus repercusiones en Bolivia en: "Apuntes sobre la reelección presidencial en el Estado Plurinacional de Bolivia (2010-2013)". Disponible en: <http://es.scribd.com/doc/130452511/>.

² Algunos datos importantes sobre las tendencias actuales de la reelección presidencial en América Latina pueden verse en mi blog jurídico. Disponible en: <http://bit.ly/14kjaUu> (septiembre de 2013).

recurrentemente en la mesa del debate político boliviano, y era previsible que el año 2013 no fuera la excepción.

Así, surgió una iniciativa legislativa por parte de senadores oficialistas en la Asamblea Legislativa Plurinacional, quienes elaboraron un proyecto denominado Ley de Aplicación Normativa, bajo el argumento de que este tipo de ley –inexistente hasta ese momento en la escala jerárquica del ordenamiento jurídico boliviano–,

se presenta ante la existencia de normas constitucionales que, siendo claras, deben ser desarrolladas por el legislador usando los grandes principios y valores del derecho, como la aplicación de la norma especial sobre la norma general, la aplicación de los principios y valores de la democracia representativa, los principios y valores que hacen al derecho internacional, etc.

También se ha intentado justificar su aparición, señalando que esta actividad, supuestamente, no asigna significado alguno a la Constitución, sino que “se limita simplemente a organizar la estructura constitucional en cuanto a su determinabilidad normativa y de esta manera, garantizar un sistema coherente de constitucionalidad y así la eficacia directa y exigible de la norma, en ello radica su naturaleza de ser una norma de aplicación”.³

Frente a estos argumentos se debe dejar claramente establecido que la pretensión última del proyecto legislativo no era desarrollar normas constitucionales, sino únicamente habilitar –de manera subrepticia y por vía de una ley interpretativa– la segunda reelección presidencial del gobernante de turno, a pesar de la existencia de un mandato imperativo en sentido contrario, establecido por la misma Constitución Política del Estado, refrendada por el pueblo boliviano en el año 2009.⁴

De ahí que el 15 de febrero de 2013, la Cámara de Senadores de la Asamblea Legislativa Plurinacional, a través de la Resolución Camaral 010/2013-2014 y contando con el voto favorable de más de dos tercios de sus miembros presentes, resolvió remitir en consulta al Tribunal Constitucional Plurinacional el Proyecto de Ley CS 082/2013-2014, Ley de Aplicación Normativa, con el objeto de confrontar su texto con la vigente Constitución Política del Estado, para lo que, en cumplimiento de lo establecido en el artículo 112 del Código Procesal Constitucional,⁵ junto con dicho proyecto legislativo la correspondiente

³ Cf. Exposición de Motivos del Proyecto de Ley de Aplicación Normativa. Disponible en: <http://bit.ly/15DSIpB> (agosto de 2013).

⁴ Una reflexión personal sobre la vigencia de la Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia se puede ver en mi artículo de opinión: “A cuatro años de vigencia: aún está vigente la Constitución en Bolivia”, *La Gaceta Jurídica*, bisemanario de circulación nacional, 8 de febrero de 2013. Disponible en: <http://bit.ly/19gGLng> (agosto de 2013).

⁵ El Código Procesal Constitucional de Bolivia, aprobado mediante Ley 254 de 5 de julio de 2012, prevé normas de procedimiento para realizar consultas sobre la constitucionalidad de proyectos de ley, con el objeto de confrontar el texto de dicho proyecto legislativo con la Constitución Política del Estado, y así garantizar la supremacía constitucional. A este efecto, señala de manera específica a las autoridades nacionales legitimadas para promover dichas consultas. El texto íntegro

exposición de motivos, en la que se detallan los fundamentos que aparentemente sustentan la constitucionalidad del referido proyecto de ley.⁶

Cabe hacer notar que el denominado Proyecto de Ley de Aplicación Normativa, remitido en consulta al Tribunal Constitucional Plurinacional (TCP)⁷ –a fin de hallar el respaldo suficiente en un pronunciamiento jurisdiccional con inevitables efectos políticos–, constituyó una novedad sin precedentes dentro de la técnica legislativa boliviana, dado que en la praxis jamás se había formulado un proyecto legislativo con esa denominación⁸ y, sobre todo, teniendo en cuenta la finalidad concreta para la que ha sido elaborado, pues fue formulado presuntamente para “desarrollar” algunas de las normas de la Constitución.

En realidad, lo que se pretendía era realizar una *interpretación auténtica y extensiva* de las normas que regulan la reelección presidencial en la Constitución, siendo que tal modalidad de interpretación no se halla prevista en el sistema constitucional boliviano; de ahí que el significado normativo que el proyecto legislativo pretendía asignar a las citadas normas del sistema político es muy distinto a la finalidad para la que fueron establecidas por el constituyente, produciendo así una verdadera mutación constitucional.⁹

del citado Código Procesal Constitucional de Bolivia se encuentra disponible para consulta en mi blog jurídico: <http://bit.ly/19gGS2k> (septiembre de 2013).

⁶ Por Auto Constitucional 0076/2013-CA de 8 de marzo, la Comisión de Admisión del Tribunal Constitucional Plurinacional admitió la consulta sobre la constitucionalidad del Proyecto de Ley de Aplicación Normativa, ordenando se proceda al correspondiente sorteo, de acuerdo con lo establecido por el artículo 114 del Código Procesal Constitucional.

⁷ Para conocer un análisis sobre los alcances jurídicos y las limitaciones normativas con que ha sido configurado constitucionalmente el Tribunal Constitucional Plurinacional en Bolivia, recomiendo consultar el reciente libro de mi autoría: *El Tribunal Constitucional Plurinacional en Bolivia. Alcances y limitaciones normativas*, La Paz, El Original, 2012. Una reseña del libro se encuentra disponible en mi blog jurídico: <http://bit.ly/1aM2IxV> (septiembre de 2013).

⁸ Sobre este aspecto, al indagar un poco en el texto original del proyecto de Constitución Política del Estado –presentado por el partido en función de gobierno (MAS) a la Asamblea Constituyente, documento elaborado por asesores y asambleístas oficialistas, consensuado en bancada el 3 de agosto de 2007 (y entregado a la bancada del MAS en la sede de la Asamblea Constituyente, en fecha 13 de agosto del mismo año, y publicado en prensa)–, se preveía en la parte sexta (Primacía y Reforma de la Constitución) lo siguiente: “Artículo 328. (Jerarquía Normativa). La estructura normativa legal es la siguiente: Constitución Política del Estado, *Leyes de Aplicación Constitucional*, *Leyes Orgánicas* de los Poderes Públicos, *Leyes Ordinarias*” (énfasis agregado); de lo cual se infiere que la idea de crear una ley de aplicación normativa tiene su origen en aquella propuesta inicial, habiendo sido retomada en la actualidad por parte de los asambleístas del MAS en la Cámara de Senadores.

⁹ En concepto del jurista brasileño José Afonso Da Silva, “mutaciones constitucionales son cambios no formales que operan en el correr de la historia de una Constitución, sin alterar el enunciado formal, sin cambiar la letra del texto. Según la doctrina tradicional, esto se da por la fuerza de la modificación de las tradiciones, de la adecuación político social, de las costumbres, de la alteración empírica y sociológica, por la interpretación y por el ordenamiento de estatutos que afectan la estructura orgánica del Estado”; sin embargo, el mismo autor admite que la cuestión más seria es que esa doctrina genera una verdadera flexibilización de las constituciones rígidas, motivo por el cual formula algunas observaciones a la amplia doctrina de las mutaciones constitucionales señalando que: “La rigidez constitucional produce la supremacía de las normas constitucionales, que

2. La vigencia de las leyes interpretativas en Bolivia

Sobre la pervivencia de las leyes interpretativas en Bolivia corresponde señalar que de acuerdo con lo previsto por el artículo 158, parágrafo I constitucional, son atribuciones de la Asamblea Legislativa Plurinacional, además de las que determina la Constitución y la ley: “[...] 3. Dictar leyes, interpretarlas, derogarlas, abrogarlas y modificarlas”, de donde proviene su facultad de dictar leyes interpretativas de las leyes ordinarias que ella misma emite, realizando así una interpretación auténtica sobre el contenido y alcances de las normas correspondientes a la legislación ordinaria.

Por otro lado, y en cuanto a la titularidad de la facultad interpretativa de la Constitución, la misma Ley Fundamental instituye al Tribunal Constitucional Plurinacional (TCP) como el órgano jurisdiccional encargado de ejercer en forma exclusiva el *control de constitucionalidad* en el país, además de velar por la supremacía de la Constitución y precautelar el respeto y la vigencia de los derechos y las garantías constitucionales (de acuerdo con el artículo 196, parágrafo I constitucional).

En este sentido, de acuerdo con las atribuciones que le confieren la Constitución y la Ley 27, el TCP ejerce un control sobre la constitucionalidad de todas las disposiciones legales, sean estas leyes, estatutos autonómicos, cartas orgánicas, decretos y todo género de resoluciones no judiciales, declarando su inconstitucionalidad con carácter general o *erga omnes* y el efecto derogatorio o abrogatorio conforme corresponda en cada caso. A este efecto, el ordenamiento jurídico establece dos modalidades (en forma previa y posterior) de control de la normatividad.

Así mismo, la Constitución prevé que: “en su función interpretativa, el Tribunal Constitucional Plurinacional aplicará como criterio de interpretación, con preferencia, la voluntad del constituyente, de acuerdo con sus documentos, actas y resoluciones, así como el tenor literal del texto” (art. 196, pará. II constitucional), configurándolo así como el máximo guardián y supremo intérprete de la Constitución, conforme corresponde a la naturaleza de la jurisdicción constitucional.¹⁰

constituye una garantía de permanencia de los derechos fundamentales que precisamente protegen a las masas populares del arbitrio del poder, porque esa teoría de las mutaciones constitucionales, como observa Hesse, debilita, tanto en su conjunto como particularmente, el sentido normativo de la Constitución, especialmente porque destruye la función racionalizadora, estabilizadora y limitadora del poder que asume la Constitución rígida”. Por ello, concluye señalando como inaceptable la teoría tradicional de las mutaciones constitucionales; en consecuencia, “estas solo serán válidas si tienen como función desarrollar criterios aplicables a la situación normal, vale decir, solo serán aceptables, como legítimas, las mutaciones constitucionales que no contraríen la Constitución” Cf. José Afonso Da Silva, “Mutaciones Constitucionales”, *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, núm. 1 (julio-diciembre), 1999. Disponible en: <http://bit.ly/1a5hgHW> (agosto de 2013)).

¹⁰ El Código Procesal Constitucional de Bolivia entre sus normas, también prevé los alcances de la interpretación constitucional que debe desarrollar el Tribunal Constitucional Plurinacional (TCP), a fin de garantizar la supremacía de la Constitución. En este sentido, el artículo 2 (Interpretación Constitucional) del citado Código, de manera concordante con la Constitución, establece

Cabe señalar aquí que la Constitución boliviana es una norma jurídica suprema con carácter vinculante para los ciudadanos y los poderes públicos, siendo por lo mismo de aplicación directa, en mérito de lo cual se debe entender que todas las autoridades que aplican la Constitución pueden, en determinado momento, desarrollar la interpretación constitucional ante la inexistencia de un *monopolio* en la potestad interpretativa; sin embargo, en un sistema constitucional como el nuestro, que cuenta con un mecanismo de defensa de la Constitución, a través del control jurisdiccional concentrado de constitucionalidad, existe un intérprete máximo de la Ley Fundamental cuya interpretación definitiva tiene el suficiente carácter vinculante para todos los órganos del Estado, las autoridades públicas y los(las) ciudadanos(as).¹¹

Entonces, es necesario precisar que la interpretación sobre el sentido y los alcances de las leyes en general corresponde a la Asamblea Legislativa Plurinacional como órgano representativo de la soberanía popular. Sin embargo, la interpretación de la Constitución –y eventualmente de las leyes ordinarias que se hallen en conflicto de constitucionalidad, a efecto de decidir sobre su compatibilidad o no con el texto de la carta– corresponde exclusivamente al Tribunal Constitucional Plurinacional como máximo órgano de la jurisdicción constitucional encargado de preservar la supremacía de la Constitución a través del control jurisdiccional concentrado de constitucionalidad en Bolivia.

De ahí se justifica que la Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia no autoriza en ninguna de sus partes a que su contenido normativo pueda ser interpretado por la Asamblea Legislativa Plurinacional (mediante *leyes interpretativas*, como sucedía anteriormente);¹² por tanto, al atribuirse esta última potestad mediante una Ley

que el TCP, en su labor interpretativa, aplicará con preferencia la voluntad del constituyente, de acuerdo con sus actas y resoluciones, así como el tenor literal del texto de la Constitución Política del Estado. Asimismo, podrá aplicar: “1. La interpretación sistemática de la Constitución Política del Estado, y la interpretación según los fines establecidos en los principios constitucionales. 2. Los derechos reconocidos en la Constitución Política del Estado, de acuerdo con los Tratados y Convenios Internacionales de Derechos Humanos ratificados por el país, cuando éstos prevean normas más favorables. En caso de que esos tratados declaren derechos no contemplados en la Constitución Política del Estado se considerarán como parte del ordenamiento constitucional”. El texto íntegro del citado Código Procesal Constitucional de Bolivia se encuentra disponible en mi blog jurídico: <http://bit.ly/19gGS2k> (septiembre de 2013).

¹¹ Cf. José Antonio Rivera Santivañez, “La interpretación constitucional y su vinculatoriedad”, en Tribunal Constitucional de Bolivia (ed.), *Memoria del VI Seminario Internacional: Justicia Constitucional y Estado de Derecho*, Sucre, 26 y 27 de junio de 2003.

¹² La última vez que inusualmente se produjo una “interpretación auténtica” de la Constitución en Bolivia fue cuando el entonces Congreso Nacional, amparado injustificadamente en algunas normas de la Constitución vigente en ese entonces, y a pesar de que el proceso constituyente aún no había culminado, decidió unilateralmente atribuirse la facultad de realizar “ajustes necesarios” al texto constitucional aprobado por la Asamblea Constituyente, a cuyo efecto “interpretó” (aunque lo cierto es que en realidad reformó) los alcances del artículo 232 de la Constitución reformada el año 2004, disponiendo que: “Concluido el proceso constituyente y recibida la propuesta constitucional, para ser sometida a consideración del pueblo soberano, el Honorable Congreso Nacional podrá realizar los ajustes necesarios sobre la base de la voluntad popular y del interés nacional, por ley especial del Congreso, aprobada por dos tercios de votos de sus miembros presentes”, habiendo

de Aplicación Normativa, el órgano legislativo habría usurpado funciones que no le competen, porque no le fueron asignadas por la voluntad del constituyente, generando innecesariamente un conflicto de competencia respecto de la titularidad en la facultad interpretativa de la Constitución boliviana que, como se ha detallado, está claramente delimitada en la misma Norma Suprema.

3. La fuerza normativa de la Constitución en Bolivia. Su interpretación y desarrollo

Cabe recordar que, en el caso de Bolivia, la Constitución Política del Estado¹³ es normativa,¹⁴ vale decir que se trata de la norma máxima que, por ser la base y el fundamento de todo el ordenamiento jurídico, tiene preferencia en su aplicación por parte de todas las autoridades y particulares obligados a su observancia, y contiene un conjunto de principios fundamentales, valores supremos, derechos y garantías constitucionales que, en consonancia con los instrumentos internacionales sobre derechos humanos, conforman el bloque de constitucionalidad y *son de aplicación directa para la resolución de conflictos concretos* emergentes de la relación entre el Estado y los particulares, o de estos entre sí.

Ello se infiere de las disposiciones referidas a la supremacía de la Constitución y la jerarquía normativa en el ordenamiento jurídico boliviano previstas por el artículo 410, párrafo II del texto constitucional vigente, que declara expresamente que la Constitución es la norma suprema del ordenamiento jurídico boliviano, la cual goza de primacía frente a cualquier otra disposición normativa. Así mismo, señala que el bloque de constitucionalidad está integrado por los tratados y convenios internacionales en materia de derechos humanos y las normas de derecho comunitario ratificados por el país. Y,

aclarado también que “los ajustes no podrán afectar la esencia de la voluntad del constituyente”. Sin embargo, en los hechos, esta ley dio lugar a que las fuerzas políticas del Congreso negociaran los términos del texto constitucional propuesto, derivando así en una tergiversación (con parches y recortes) del proyecto original de texto constitucional que la Asamblea Constituyente había elaborado (cf. Ley 3941 de fecha 21 de octubre de 2008). Un breve detalle de la serie de irregularidades cometidas por el entonces Congreso Nacional, en contra del proyecto constitucional original de la Asamblea Constituyente, puede consultarse en el trabajo de José Antonio Rivera Santiviáñez, *Hacia una nueva constitución. Luces y sombras del proyecto modificado por el Parlamento*, Cochabamba, Fundación Konrad Adenauer, Fundappac y Oficina Jurídica para la Mujer, 2008.

¹³ Una compilación de documentos de análisis y publicaciones relevantes sobre las nuevas disposiciones insertas en la Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia puede consultarse en mi blog jurídico: <http://bit.ly/1gAA2IU> (septiembre de 2013).

¹⁴ El carácter normativo de la Ley Fundamental fue puesto de relieve por el Tribunal Constitucional Español, que en su momento señaló que la Constitución es una norma, pero una norma cualitativamente distinta de las demás, por cuanto incorpora el sistema de valores esenciales que ha de constituir el orden de convivencia política y de informar todo el ordenamiento jurídico. Al respecto, resulta de enorme utilidad consultar las sentencias de 31 de marzo de 1981 y de 28 de abril de 1982 emitidas por el referido Tribunal Constitucional: <http://bit.ly/16aw22H> (agosto de 2013).

finalmente, establece la jerarquía normativa para la aplicación de las normas jurídicas en el ordenamiento boliviano (entre las cuales no se encuentra la Ley de Aplicación Normativa).

Por otro lado, se debe considerar que no todas las normas de la Constitución se aplican inmediatamente, pues ello depende de la naturaleza jurídica y la clase de normas constitucionales contenidas en la Ley Fundamental; por ello se ha ingresado a un proceso de transición –de un sistema constitucional republicano, a otro de carácter plurinacional– en el cual el órgano legislativo debe expedir un conjunto de leyes que desarrollen las normas de la Constitución para hacerlas aplicables; sin embargo, ello no implica que la Asamblea Legislativa Plurinacional se encuentre habilitada para dar lugar al tratamiento o la consideración de proyectos de ley que, además de trastocar la técnica legislativa, intentan desvirtuar todo el sistema constitucional, bajo el denominativo de Leyes de Aplicación Normativa que solo pretenden lograr una interpretación extensiva y distorsionadora de normas constitucionales que tienen finalidades concretas, como es el caso de aquellas que regulan la reelección presidencial en Bolivia.

En todo caso –y siguiendo el criterio autorizado del doctor José Antonio Rivera–, conviene tener presente la diferencia sustancial que existe entre *interpretar* la Constitución y *desarrollar* las normas de la Constitución.

La *interpretación* de la Constitución consiste en asignar un significado normativo a un enunciado dispositivo de la Constitución; desde otra perspectiva, consiste en identificar las diferentes alternativas de solución que plantea la disposición constitucional interpretada para resolver un caso concreto y definir cuál es la solución más razonable y coherente con el sistema constitucional vigente. Esa actividad la realizan todas las autoridades del Estado de manera que el órgano legislativo también hace una interpretación de la Constitución cuando elabora una ley para verificar que su proyecto no sea contrario a la Carta; empero –de acuerdo con su actual configuración constitucional– no puede emitir una ley interpretativa de la Constitución, es decir, no puede elaborar una ley interpretando específicamente las disposiciones de la Constitución. Cabe advertir que, en última instancia, y con fuerza vinculante para todos los gobernantes y gobernados, quien puede y debe interpretar la Constitución es el Tribunal Constitucional Plurinacional, en su calidad de máximo guardián de la Constitución y último intérprete de la misma.

En cambio, el desarrollo legislativo de las disposiciones constitucionales consiste en reglamentar las diferentes normas previstas en los artículos de la Constitución, en las cuales el poder constituyente consigna cláusulas generales, abiertas e indeterminadas, de manera que para su aplicación requieren una reglamentación; en otras palabras, el desarrollo legislativo de la Constitución consiste en expedir leyes que expliciten y especifiquen el alcance de las normas constitucionales preceptivas para hacerlas aplicables. Así por ejemplo, en los artículos 196 al 204 de la Constitución vigente están consignadas disposiciones abiertas de carácter general sobre el Tribunal Constitucional Plurinacional, en las que se define su misión y función, cómo deberá estar integrado y cómo se elegirán sus magistrados, así como las competencias que le corresponden, pero no se señala cuántos magistrados conforman el Tribunal, cómo se organiza internamente, ni cuáles

son los procedimientos para tramitar las acciones y los recursos ante el mismo. De ahí surge la necesidad de emitir una ley de desarrollo constitucional, como es la Ley 27, que explicita las disposiciones constitucionales, al consignar normas que regulan la organización interna y administrativa del Tribunal Constitucional, al igual que la Ley 254, que aprueba el Código Procesal Constitucional y explicita las disposiciones que regulan la tramitación de los procesos constitucionales.¹⁵

4. Los efectos jurídicos del Proyecto de Ley de Aplicación Normativa

Se debe considerar que al haberse formulado un Proyecto de Ley de Aplicación Normativa para dar operatividad a las disposiciones constitucionales que regulan la reelección presidencial en Bolivia, y al someterlo al control previo de constitucionalidad, se produjeron distintos efectos en el ordenamiento jurídico:

1. La Asamblea Legislativa, en el caso de este Proyecto de Ley, acudió al control previo de constitucionalidad –que se ejerce antes de la aprobación de una disposición legal, en aquellos casos en que exista duda fundada sobre su constitucionalidad–, utilizándolo como si fuera parte del procedimiento legislativo ordinario. Cabe hacer notar que, si bien no está previsto como tal en nuestra Constitución (sino como atribución del TCP, según el art. 202, num. 7 constitucional), es un mecanismo idóneo adoptado por voluntad política propia de la Asamblea para asegurar la compatibilidad de los proyectos legislativos frente a los principios fundamentales y valores supremos previstos en el texto constitucional, a fin de que estos no sean vulnerados por las disposiciones legales que se pretenden poner en vigencia, a iniciativa de las distintas fuerzas políticas que concurren a las cámaras legislativas.

Entonces, en el sistema constitucional boliviano, el control previo de constitucionalidad tiene por objeto confrontar el texto de tratados internacionales, proyectos de leyes, estatutos o cartas orgánicas con la Constitución Política del Estado, así como determinar la constitucionalidad de preguntas de los referendos; a este efecto, y tratándose de una consulta sobre la constitucionalidad de un proyecto de ley, el TCP deberá emitir una Declaración Constitucional que establezca la compatibilidad o, en su caso, la incompatibilidad del proyecto legislativo frente a la Constitución, ello de acuerdo con el tenor combinado de las normas previstas por los artículos 10 y 104 del Código Procesal Constitucional.

¹⁵ Cf. José Antonio Rivera Santiviáñez, *La segunda reelección presidencial. Una habilitación que afecta al Estado constitucional de derecho*, Cochabamba, 2013. Disponible en: <http://bit.ly/19gINDU> (agosto de 2013).

2. La Cámara de Senadores de la Asamblea Legislativa Plurinacional, al haber sometido a *control previo de constitucionalidad* el mencionado Proyecto de Ley para su compatibilización constitucional, inicialmente reconoció que solo el Tribunal Constitucional Plurinacional es el supremo intérprete de la Constitución boliviana, superando así la dualidad en la facultad interpretativa de las normas de la Constitución, como se había previsto en la Ley 27 del TCP.

Y precisamente, por mandato constitucional, el TCP ha sido configurado como el *máximo guardián y supremo intérprete de la Constitución*, con la cualidad adicional de defensor de los derechos fundamentales; por lo mismo, su función principal es la de ejercer en forma exclusiva el control de constitucionalidad con alcance nacional, garantizando la primacía de la Ley Fundamental del Estado, la plena validez del orden constitucional y democrático, así como el respeto y la vigencia de los derechos fundamentales y las garantías constitucionales de las personas.

En este sentido se ha pronunciado el exmagistrado José Antonio Rivera, en cuyo acertado criterio, el Tribunal Constitucional se constituye en el defensor de la Constitución y del régimen democrático, y se encarga de la protección efectiva e idónea de los derechos fundamentales de las personas:

es el máximo guardián de la Constitución, porque el constituyente le ha encomendado la labor de resguardar la supremacía de la Constitución frente al ordenamiento jurídico ordinario, desarrollando el control especializado y concentrado de la constitucionalidad de las disposiciones legales, emitiendo sentencias con efecto general o *erga omnes*, anulando la disposición legal incompatible con la Constitución y expulsándola del ordenamiento jurídico del Estado. Dada la naturaleza jurídica de la función que desempeña, es el supremo intérprete de la Constitución, lo cual no significa que el resto de los órganos del poder público en general, los jueces y tribunales en particular, estén impedidos de realizar la interpretación de la Constitución para resolver el caso concreto sometido a su conocimiento; lo que sucede es que, si bien todas las autoridades y funcionarios públicos interpretan la Constitución, quien cierra el proceso realizando una interpretación que vincula a todos los órganos del poder público, autoridades y particulares es el Tribunal Constitucional, por ello se convierte en el último intérprete de la Constitución.¹⁶

3. En consecuencia, la Asamblea Legislativa Plurinacional inicialmente renunció, de manera implícita, a cualquier posibilidad de realizar una “interpretación auténtica” de la Constitución, reconociendo la inutilidad política y jurídica de la norma prevista en la segunda parte del parágrafo III, del artículo 4° de la Ley

¹⁶ Cf. José Antonio Rivera Santivañez, *El Tribunal Constitucional defensor de la Constitución. Reflexiones sobre la necesidad de su consolidación y fortalecimiento institucional*, Sucre, GTZ - PA-DEP - AECI, 2007, pp. 58-59.

27 del Tribunal Constitucional Plurinacional, que precisamente establecía una dualidad interpretativa, al reconocer que el TCP es el intérprete supremo de la Ley Fundamental, con una extraña salvedad: “sin perjuicio de la facultad interpretativa que tiene la Asamblea Legislativa Plurinacional como órgano depositario de la soberanía popular”, norma cuya defectuosa redacción afecta todo el sistema de control concentrado de constitucionalidad previsto por la misma Constitución para su defensa y protección eficaz.

Este aspecto ha sido ampliamente criticado en el ensayo de mi autoría: “Reflexiones críticas sobre la Nueva Ley del Tribunal Constitucional Plurinacional en Bolivia”,¹⁷ en donde además de haber expuesto los principios y criterios esenciales de la interpretación constitucional,¹⁸ también se ha advertido sobre la falacia de la denominada *voluntad del constituyente*, así como el peligro de la dualidad interpretativa establecida anteriormente por la Ley del TCP entre la Asamblea Legislativa y el Tribunal Constitucional Plurinacional.

Sin embargo, no debe perderse de vista que al haber sometido a control de constitucionalidad el mencionado Proyecto de Ley, la Asamblea Legislativa únicamente pretendía que el TCP realizara una *interpretación extensiva* de las normas del sistema político que prevé la Constitución, mismas que, por cierto,

¹⁷ Alan E. Vargas Lima, “Reflexiones críticas sobre la Nueva Ley del Tribunal Constitucional Plurinacional en Bolivia”, *Revista estudios constitucionales*, núm. 2, año 9, 2011, pp. 639-686. Disponible en: <http://bit.ly/19gIQ2G> (agosto de 2013).

¹⁸ “La Constitución al ser una ley de características muy peculiares, requiere además de los métodos de la interpretación utilizados para la interpretación de la legalidad ordinaria, la utilización de principios propios de la interpretación constitucional, entre ellos, el *principio de unidad de la Constitución*, que parte de la idea de que la Constitución es una unidad, y por tanto, no puede ser parcelada en la labor interpretativa en partes aisladas; el *principio de concordancia práctica*, que exige que los bienes jurídicos protegidos implicados en la interpretación deben ser compatibilizados, y en caso de que no sea posible encontrar una solución por esta vía, se debe recurrir a la ponderación de los bienes jurídicos en juego; el *principio de eficacia integradora*, que enseña que si la norma promueve la formación y el mantenimiento de una determinada unidad política, la interpretación debe dirigirse a potenciar las soluciones que refuercen dicha unidad, tomando en cuenta la realización de los fines del Estado y la conservación del sistema; y finalmente, el *principio de eficacia o efectividad*, que obliga al intérprete a optimizar y maximizar las normas constitucionales, sin distorsionar su contenido, actualizándolas ante los cambios del mundo externo. Este principio es utilizado frecuentemente en la interpretación de los derechos fundamentales, conocido con el nombre de *principio de favorabilidad o in dubio pro libertate*. Consiguientemente, de lo expresado nace la necesidad de que el contraste o test de compatibilidad no se reduzca solo a preceptos aislados, sino a la interpretación de la Constitución como unidad, como conjunto; por tanto, tal análisis debe extenderse, según el caso, al artículo del que forma parte el párrafo o inciso en estudio; al capítulo o título con el que se vincula; en síntesis, con la Constitución; o lo que es lo mismo, con sus normas, principios y valores; así como el sistema internacional de protección de los derechos humanos, dada la prevalencia de estos, en el orden interno” (Willman R. Durán Ribera, “La Constitución vigente y sus leyes de desarrollo, ¿guardan compatibilidad con la idea Estado de derecho?”, *Revista Boliviana de Derecho*, núm. 11, 2011, pp. 6-23. Disponible en: <http://bit.ly/1f9163W> (septiembre de 2013)). Asimismo, sobre el canon de constitucionalidad en la interpretación, es de utilidad consultar la Sentencia Constitucional 1846/2004-R de 30 de noviembre de 2004.

no se muestran contradictorias, ni tampoco se encuentran afectadas por *insuficiencia*, *oscuridad* ni mucho menos *ambigüedad* en su contenido sino que, por el contrario, brillan por su claridad; entonces, ante la transparencia del mandato de la Constitución (que permite la reelección presidencial por una sola vez), no era justificable realizar mayor interpretación alguna.

5. El alcance de la disposición transitoria prevista en la Constitución

Cabe mencionar también que la Disposición Transitoria Primera de la Constitución, en su parágrafo II, prevé expresamente que: “Los mandatos anteriores a la vigencia de esta Constitución serán tomados en cuenta a los efectos del cómputo de los nuevos periodos de funciones”. Según esta disposición, los mandatos constitucionales que fueron conferidos por el pueblo, a través de elecciones libres y democráticas, al presidente y vicepresidente del Estado, a los representantes nacionales y demás autoridades electas, con anterioridad a la vigencia de la Constitución aprobada en el año 2009, serán considerados como el primer período constitucional a los fines de reelección, de manera que podrán ser reelegidos inmediatamente, pero por una sola vez, de acuerdo con lo previsto por el artículo 168 constitucional que refuerza este entendimiento al disponer en forma clara que: “El periodo de mandato de la presidenta o del presidente y de la vicepresidenta o del Vicepresidente del Estado es de cinco años, y pueden ser reelectas o reelectos por una sola vez de manera continua”.

Se debe advertir que la mencionada Disposición Transitoria no condiciona su aplicación a que el presidente y vicepresidente del Estado, o cualquier autoridad democráticamente elegida, tengan que haber concluido el período de su mandato constitucional para que se compute como un período constitucional a los fines de su reelección inmediata. Sin embargo, en inobservancia de esta disposición constitucional, el oficialismo pretendía habilitar una nueva reelección del presidente Evo Morales, quien por cierto fue elegido en el mes de diciembre del año 2005, y asumió el cargo en el mes de enero del año 2006 por un período de cinco años (hasta el año 2010). Por tanto, conforme a la norma prevista en el parágrafo II de la Disposición Transitoria Primera, el mandato asumido en enero de 2006 y terminado en diciembre de 2010 constituyó el primer período constitucional del presidente Morales.

Posteriormente, y considerando la norma prevista en el parágrafo I de la Disposición Transitoria Primera, se habilitó al presidente para que pudiera postularse a la reelección inmediata, por lo cual este presentó su candidatura para las elecciones generales del mes de diciembre del año 2009, en las que fue reelegido como presidente (por mayoría absoluta), asumiendo el cargo en enero de 2010, de manera que este resulta ser su segundo mandato constitucional que vence en el mes de diciembre del año 2014.

En consecuencia, y realizando una interpretación sistemática de las normas previstas por el artículo 168 y el parágrafo II de la Disposición Transitoria Primera de la Consti-

tución, es posible concluir que el actual presidente del Estado Plurinacional de Bolivia carecía de la legitimación constitucional necesaria para postularse a una nueva reelección, dado que el contenido de las citadas normas –como bien se reconoce en la Exposición de Motivos del mencionado Proyecto de Ley–

[...] deviene del absoluto respeto a la voluntad popular expresada en las urnas a momento de la aprobación del nuevo texto constitucional el 25 de Enero de 2009, ya que la nueva Constitución establece la vigencia de una nueva forma de organización del Estado, el, Estado Plurinacional social comunitario y con autonomías.

Por lo anterior, actuar en sentido contrario al texto constitucional (argumentando que se debe computar el período presidencial desde el momento de la vigencia del Estado Plurinacional, y no así desde la vigencia de la propia Constitución), sería un flagrante quebrantamiento de las reglas establecidas por voluntad del constituyente en la configuración del sistema constitucional boliviano, derivando así en una directa vulneración de lo previsto en el citado artículo 168 constitucional, que solo permite la reelección inmediata por una sola vez, y no así por dos veces, como se pretendió hacer entender, a través de la formulación del Proyecto de Ley de Aplicación Normativa elaborado para convalidar legalmente esa posibilidad, previo control de constitucionalidad.¹⁹

Entonces, habilitar una segunda reelección presidencial cuando la Constitución no establece tal posibilidad constituye la legitimación de un régimen de abuso de poder, ilegal e ilegítimo, además de una peligrosa concentración del poder político en el primer mandatario, quien durante su gobierno, directa o indirectamente, ha venido ejerciendo presión e influencia decisiva en las funciones, actividades y decisiones de las demás autoridades y órganos del Estado, lo que resulta intolerable en un Estado constitucional de derecho, que se basa en el principio de separación de funciones (art. 12 constitucional), y que implica que “la organización del Estado está fundamentada en la independencia, separación, coordinación y cooperación de estos órganos”.

En consecuencia, era un deber imperativo de los magistrados del Tribunal Constitucional Plurinacional, elegidos por voto popular, actuar estrictamente en ejercicio de las atribuciones conferidas por la Constitución, aclarando los alcances de la prohibición constitucional existente para una segunda reelección presidencial en Bolivia, a fin de

¹⁹ Se debe considerar que al TCP le quedaban únicamente dos caminos: a) adoptar una posición similar a la de la Corte Constitucional de Colombia, cuando falló en contra de la reelección del presidente Uribe a pesar de que este gozaba de alta popularidad en su país, quien tuvo que acatar el fallo preservando el Estado de derecho; b) seguir el ejemplo de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela, que en más de una oportunidad ha demostrado su fidelidad al Gobierno nacional de ese país, salvando –vía interpretación– cualquier obstáculo legal respecto al juramento del presidente, y a la sucesión presidencial prevista en la Constitución, al favorecer claramente al prorroguismo en ese país. Así lo había advertido en una reflexión personal en: Alan E. Vargas Lima, “El papel decisivo del Tribunal Constitucional Plurinacional”, *La Gaceta Jurídica*, bisemanario de circulación nacional, 2 de abril de 2013. Disponible en: <http://bit.ly/1eqpShc> (agosto de 2013).

preservar el régimen democrático de gobierno, como garantía de seguridad de nuestros derechos y libertades democráticas. No obstante, esta esperanza de respeto a la Constitución por parte de los encargados de su defensa quedó defraudada por la enorme trascendencia política de la decisión que estaba en sus manos.

6. La declaración adoptada por el Tribunal Constitucional Plurinacional

Mediante Declaración Constitucional Plurinacional 0003/2013 de 25 de abril de 2013, surgida de la consulta sobre la constitucionalidad del Proyecto de Ley de Aplicación Normativa formulada por el vicepresidente del Estado Plurinacional de Bolivia y presidente de la Asamblea Legislativa Plurinacional, el Tribunal Constitucional Plurinacional decidió: 1) declarar la *constitucionalidad* de los artículos 1, 2, 3 y 4 del Proyecto de Ley de Aplicación Normativa, por hallarse conforme al contenido de la Constitución Política del Estado; 2) la *inconstitucionalidad* del artículo 5 del Proyecto de Ley de Aplicación Normativa; 3) la *constitucionalidad* condicionada del artículo 6 del Proyecto de Ley de Aplicación Normativa a los razonamientos expuestos en el Fundamento Jurídico III.11. de la misma Declaración.

Así mismo, respecto a los efectos jurídicos que produce esta decisión, cabe agregar que de acuerdo con las normas previstas por el artículo 115 del nuevo Código Procesal Constitucional, el Tribunal Constitucional Plurinacional podía declarar la *constitucionalidad* o, en su caso, la *inconstitucionalidad* del Proyecto de Ley consultado, y dicha declaración es de cumplimiento obligatorio para el órgano legislativo que promovió la consulta respectiva.

En este caso, el Tribunal Constitucional Plurinacional declaró la constitucionalidad de las normas contenidas en el Proyecto de Ley, habilitando injustificadamente la segunda reelección presidencial de Evo Morales en Bolivia –sobre la base de un simple proyecto de ley interpretativa–, cuando la Constitución establece una norma expresa en sentido contrario.

Sin embargo, una vez establecida la constitucionalidad del referido proyecto de ley, ya no podrá interponerse otra consulta o recurso posterior sobre las mismas cuestiones consideradas y absueltas por el Tribunal en el juicio de constitucionalidad. De la misma manera, la declaración de inconstitucionalidad del Proyecto de Ley obliga al órgano legislativo a adecuar o eliminar las normas observadas por el Tribunal Constitucional Plurinacional en caso de contradicción con las normas previstas por la Constitución.

Al presente, esta mutación constitucional ha adquirido rango legal mediante la puesta en vigencia de la Ley 381 de Aplicación Normativa, de fecha 20 de mayo de 2013, que pone en vigencia los cinco artículos declarados constitucionales, precisamente en cumplimiento de la citada Declaración Constitucional emitida por el TCP.

7. Las consecuencias jurídicas de la Declaración Constitucional

El problema ahora no radica en que Evo Morales participe o no en las elecciones presidenciales del año 2014 porque, de hecho, cualquier ciudadano que cumpla los requisitos legalmente establecidos puede proponer su fórmula política o agrupación ciudadana para participar de la contienda electoral en igualdad de condiciones. Sin embargo, en este caso, este candidato se encontraba inhabilitado por mandato constitucional, porque fue precisamente la voluntad del constituyente insertar la restricción contenida en la Disposición Transitoria Primera, parágrafo II, del texto constitucional, al establecer expresamente que “los mandatos anteriores a la vigencia de esta Constitución serán tomados en cuenta a los efectos del cómputo de los nuevos períodos de funciones”; norma imperativa que brilla por su claridad, y sabemos bien que ante esto no cabía posibilidad alguna de interpretación, porque esta eventualidad solamente logra distorsionar el contenido claro y explícito de esta disposición.

En todo caso, se encontraba legal y jurídicamente justificada la imposibilidad de la segunda reelección presidencial en Bolivia, al amparo de lo previsto en el artículo 168 constitucional, donde el constituyente dejó claramente establecido: “El período de mandato de la Presidenta o del Presidente, y de la Vicepresidenta o del Vicepresidente del Estado es de cinco años, y pueden ser reelectas o reelectos por una sola vez de manera continua”. Entonces, con el nuevo pronunciamiento del TCP, también podemos identificar, de manera enunciativa, las siguientes consecuencias:

1. La Asamblea Legislativa Plurinacional (ALP), al someter a *control previo de constitucionalidad* el Proyecto de Ley de Aplicación Normativa para su compatibilización constitucional, se sometió a la competencia del máximo órgano de la jurisdicción constitucional reconociendo públicamente que solo el Tribunal Constitucional Plurinacional es el *máximo guardián y supremo intérprete de la Constitución*, y reafirmó así la función principal de este órgano, cual es la de ejercer en forma exclusiva el control de constitucionalidad con alcance nacional, a fin de garantizar la primacía de la Ley Fundamental del Estado, la plena validez del orden constitucional y democrático, así como el respeto y la vigencia plena de nuestros derechos fundamentales y garantías constitucionales.
2. El Tribunal Constitucional Plurinacional tuvo una excelente oportunidad para posicionarse institucionalmente como el único intérprete definitivo de la Constitución, reivindicando así la naturaleza jurídica de su función especializada, de acuerdo con la configuración constitucional que lo instituye como tal y, en consecuencia, tenía la plena facultad de expulsar del ordenamiento jurídico cualquier norma en sentido contrario; no obstante, decidió actuar de manera servil a los intereses político-coyunturales del momento, atentando en contra de su propia naturaleza e independencia, al convalidar la existencia de una ley interpretativa (emitida por la Asamblea bajo el denominativo de Ley de Aplicación Normativa), admitiendo que el órgano legislativo también puede interpretar la

Constitución, cuando en nuestro sistema constitucional la Ley Fundamental no permite tal posibilidad, por un principio elemental de separación de funciones, así como por la delimitación de las competencias asignadas por el constituyente a los distintos órganos del Estado.

3. La Asamblea Legislativa, al haber actuado fuera de sus competencias, se ha arrogado indebidamente funciones constitucionales que la misma Constitución no le había otorgado, como es la emisión de leyes interpretativas de la Constitución, lo que supone suplantar la función esencial del TCP como intérprete definitivo de la Constitución, desnaturalizando así todo el sistema constitucional boliviano en general, lo que afecta al sistema de control de constitucionalidad en particular, vigente en el Estado Plurinacional de Bolivia. Lo más lamentable es que el propio TCP, al admitir la presunta facultad interpretativa de la Asamblea, ha renunciado implícitamente a su propia función interpretativa de la Constitución, convalidando la elaboración de una ley interpretativa cuya existencia la Constitución había proscrito del ordenamiento jurídico, por lo que dicha norma ni siquiera gozaba de una mínima presunción de constitucionalidad.
4. La solución ideal en este caso –para poner fin a los conflictos normativos emergentes de la propuesta legislativa sometida a control de constitucionalidad– era que el mismo TCP rechazara y anulara cualquier pretensión legislativa de interpretación constitucional que distorsionara el contenido de la Constitución, declarando en este caso la inconstitucionalidad del Proyecto de Ley de Aplicación Normativa (por tratarse solamente de una ley interpretativa de la Constitución). Así mismo, por conexidad, debió haber puesto en evidencia la incompatibilidad manifiesta de la segunda parte del párrafo III, del artículo 4° de la Ley 27 del Tribunal Constitucional Plurinacional frente a la Ley Fundamental, dado que aquella norma establece una muy confusa dualidad en la titularidad de la interpretación de la Constitución (concediendo una facultad interpretativa “auténtica” a la Asamblea), lo que contradice la naturaleza de todo el sistema de control concentrado de constitucionalidad configurado por el constituyente.

Ahora bien, es indudable que la Declaración Constitucional del TCP requiere un análisis mucho más detallado para lograr analizar y comprender los alcances de todos sus fundamentos; sin embargo, es evidente también que en ese pronunciamiento, además de exponer redundancias innecesarias provenientes de la doctrina constitucional, el TCP se ha excedido en su función interpretativa al haber tergiversado la voluntad del constituyente, alejándose flagrantemente del tenor literal del texto (es decir, actuando en sentido contrario a lo dispuesto por el artículo 196, párrafo II, constitucional), produciendo así una ilegítima mutación constitucional.

8. La mutación constitucional como forma de desmontaje de la Constitución

Sobre el concepto de desconstitucionalización, que implica un vaciamiento o desmontaje de las normas, los principios o los valores de la Constitución, se ha pronunciado hace tiempo, y con bastante acierto, el profesor argentino Néstor Pedro Sagüés, quien sostiene:

La desconstitucionalización puede ejecutarse constitucionalmente, mediante reformas o enmiendas practicadas según los dispositivos de la ley suprema, o inconstitucionalmente, a través –principalmente– de prácticas o costumbres contra *constitutionem*, vías de hecho, interpretaciones manipulativas de la ley suprema, o la sanción de normas subconstitucionales opuestas a esta, pero no declaradas inconstitucionales por los órganos custodios de la supremacía constitucional.²⁰

Este último supuesto fáctico es el que precisamente ha concurrido en el caso de la reelección presidencial en Bolivia, dado que se ha elaborado una disposición legal –de carácter infraconstitucional–, claramente opuesta al mandato imperativo establecido por la Constitución sobre la imposibilidad de una segunda reelección presidencial, y pese a haber sido sometida a un control preventivo de constitucionalidad, no fue declarada inconstitucional por parte del TCP como máximo órgano guardián de la Constitución en Bolivia.

Por su parte, Sagüés señala que para el autor Werner Kägy, en su obra *La constitución como ordenamiento jurídico fundamental del Estado*, el “desmontaje” de la Constitución es un fenómeno vinculado a la decadencia o el desplazamiento de lo normativo-constitucional, entendido como un proceso de debilitamiento de la fuerza motivadora de la norma de la ley suprema; vale decir que se trata de casos de desviaciones o aberraciones normativas, ya que la regla en sí no queda afectada, aunque sí su eficacia. En su criterio, la decadencia de lo normativo-constitucional es una consecuencia general de la declinación de lo normativo en la existencia humana en comunidad; entre los indicadores de este desmontaje se encuentran: la admisión de la reforma o cambio de la Constitución por medio de la interpretación constitucional (“dinámica” o “mutativa”), o por un procedimiento distinto al previsto por la propia Constitución (es la hipótesis de “reforma depreciativa de la Constitución”, y el caso de las “mutaciones constitucionales”).

En este sentido, María Luisa Balaguer Callejón señala que el desarrollo del concepto de mutación constitucional pertenece a Jellinek, quien distingue entre “reforma” y “mutación” de la Constitución:

²⁰ Cf. Néstor Pedro Sagüés, “El concepto de ‘desconstitucionalización’”, ponencia. Disponible en: <http://bit.ly/18anqag> (agosto de 2013).

por reforma de la Constitución entiendo la modificación de los textos constitucionales producida por acciones voluntarias e intencionadas. Y por mutación de la Constitución entiendo la modificación que deja indemne su texto sin cambiarlo formalmente que se produce por hechos que no tienen que ir acompañados por la intención, o conciencia, de tal mutación.²¹

Este concepto se mantiene en la actualidad; de ahí que, para Hesse, la mutación constitucional consiste en la alteración del contenido constitucional dejando el mismo texto, es decir, que se modifica de la manera que sea el contenido de las normas constitucionales, de modo que la norma, conservando el mismo texto, recibe una significación diferente. Igualmente, Pedro de Vega entiende que la mutación constitucional implica una modificación en el contenido de las normas que, conservando el mismo texto, adquieren un significado diferente.²²

Según Balaguer Callejón, las mutaciones constitucionales pueden producirse: por *necesidad política*, porque el normal funcionamiento de las instituciones demanda cambios, y por el desuso de competencias de los órganos constitucionales; en todo caso, sea cual fuere la causa, las mutaciones constitucionales acaban finalmente por expresar un sentido diferente de la Constitución, que puede llegar a producir que una determinada interpretación deje de ser congruente con ella.

Sin embargo, en criterio de José Afonso Da Silva, se pueden discutir como válidas las mutaciones constitucionales provenientes de: a) los *actos de complementación constitucional*, que básicamente son hipótesis de legislación que desarrollan el contenido de las normas constitucionales; b) la *interpretación constitucional*, que busca conocer el objeto de conocimiento, tal como se presenta, o sea, sin modificarlo (es decir, que la interpretación por sí misma no puede producir mutación constitucional), y la *construcción constitucional*, que es una forma de interpretación fecunda en la medida que, a partir de una comprensión sistemática de principios y normas constitucionales construyen instituciones explícitamente no previstas; y c) las *prácticas político-sociales*, que generalmente interfieren en el significado de ciertos preceptos de la Constitución, sin ser raro que una práctica constitucional introduzca alguna regla en desacuerdo con normas constitucionales, pudiendo convertirse en *convenciones constitucionales* (que ocurren especialmente en el sistema inglés de Constitución no escrita y flexible).²³

En el caso de Bolivia se puede deducir claramente que la elaboración del Proyecto de Ley de Aplicación Normativa obedeció a la necesidad política evidente de lograr la habilitación del principal candidato del partido de Gobierno para las próximas elecciones generales programadas para el año 2014, lo que hace comprensible la finalidad de su contenido normativo, que solo pretendía producir una *mutación constitucional* al expre-

²¹ Cf. G. Jellinek, *Reforma y mutación de la constitución*, Madrid, CEC, 1990, p. 7.

²² Citados por María Luisa Balaguer Callejón, *Interpretación de la constitución y ordenamiento jurídico*, Madrid, Tecnos, 1997, p. 33.

²³ José Afonso Da Silva, *op. cit.*

sar un sentido diferente de las normas previstas por la Constitución sobre la reelección presidencial, habiendo sometido dicho proyecto legislativo a control de constitucionalidad para que el órgano contralor produjera como consecuencia una determinada interpretación que finalmente resultó incongruente con el texto constitucional.

Esto supone una modificación no formal de la Constitución proveniente de un órgano estatal (Asamblea Legislativa), que adquirió el carácter de verdadero acto jurídico de naturaleza normativa (Ley de Aplicación Normativa), y que pretendió mostrarse como un simple acto de complementación o desarrollo del mandato constitucional, cuando en realidad distorsionaba el contenido de las normas establecidas para la reelección presidencial. Por tanto, se ha producido de manera ilegítima una mutación del texto constitucional convalidada por el órgano encargado de realizar el control de la constitucionalidad en el país, sin haber considerado que la doctrina contemporánea de las mutaciones constitucionales las acepta con las limitaciones indispensables para que sean conformes con el orden constitucional, dado que admitir el triunfo del hecho sobre la norma, como forma de mutación, sería destruir el propio concepto jurídico de Constitución, por el aniquilamiento de su fuerza normativa.

Este conflicto entre hecho y norma puede ser resuelto: a) por enmienda constitucional, como se dio, por ejemplo, con la enmienda 22 en la Constitución norteamericana que elevó una práctica constitucional (una mutación), la reelección sin límite del presidente de la república, a nivel constitucional con la limitación de reelección solo una vez; o, b) por la prevalencia de la norma sobre el hecho por decisión judicial firme, como sería el caso de un pronunciamiento del Supremo Tribunal Federal.

Sobre estas ideas de los límites de las mutaciones, Pedro de Vega argumenta:

En cuanto la tensión siempre latente entre lo fáctico y lo normativo no se presenta en términos de conflicto e incompatibilidad manifiesta, las mutaciones constitucionales pueden coexistir con el principio de supremacía constitucional, sin que este sufra un deterioro importante. El problema de los límites de mutación comienza cuando la tensión entre los hechos y la normatividad se convierte social, política y jurídicamente en un conflicto que pone en peligro la noción misma de supremacía. Es entonces cuando aparece como única alternativa posible la de, o bien convertir la práctica convencional (la mutación) en norma a través de la reforma, o bien negar el valor jurídico de la mutación, en nombre de la legalidad existente²⁴

Esta es la disyuntiva en que se nos ha situado como consecuencia de la mutación constitucional producida por un proyecto legislativo, que posteriormente fue declarado constitucional, autorizando a que el mismo prosiga el trámite legislativo respectivo en la Asamblea, hasta convertirse en disposición legal válida y vigente dentro de nuestro

²⁴ Pedro de Vega, *La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente*, Madrid, Tecnos, 1991, p. 215.

ordenamiento jurídico, lo cual se ha materializado a través de la promulgación de la Ley 381 de Aplicación Normativa, de 20 de mayo de 2013.

9. La responsabilidad del Tribunal Constitucional Plurinacional

Al presente, habiéndose consumado la mutación de la Constitución en Bolivia, el objeto de cuestionamiento es precisamente esa función interpretativa que la Constitución le atribuye al TCP, dado que deliberadamente ha puesto en duda su imparcialidad e independencia como órgano contralor de la constitucionalidad, al haber asignado un margen de preferencia al texto de un proyecto de ley interpretativa, antes que al texto de la propia Carta, que para el caso de la reelección presidencial contiene mandatos claros e imperativos por voluntad del constituyente.

Esta actuación contraria a la Constitución supone claramente una ilegalidad, es decir, una conducta manifiestamente contraria a la ley, constituyéndose dicha Declaración en una resolución contraria a la Constitución, y que eventualmente podría ser sancionada de acuerdo con lo previsto por la ley penal.

Así mismo, cabe recordar que la Constitución prevé (art. 200) que el tiempo de ejercicio, la permanencia y la cesación en el cargo, establecidos para las magistradas y los magistrados del Tribunal Supremo de Justicia, serán de aplicación a los miembros del Tribunal Constitucional Plurinacional, y son: cumplimiento de mandato, *sentencia ejecutoriada emergente de juicio de responsabilidades* (por prevaricato), renuncia, fallecimiento y demás causales previstas en la ley, entre las que se encuentra precisamente la revocatoria de mandato, que es inaplicable para el órgano judicial (salvo lo previsto por el art. 195 constitucional), del cual el TCP ya no forma parte, por su misma configuración constitucional independiente de los demás órganos del Estado.

Entonces surge de nuevo una cuestión pendiente –y no resuelta por la Asamblea Constituyente en Bolivia–: ¿quién controla constitucionalmente al contralor de la constitucionalidad? Indudablemente los magistrados, además de encontrarse sujetos a la censura pública por parte de la ciudadanía, pueden ser sujetos de responsabilidad penal a través de un juicio público ante autoridad competente, independiente e imparcial; empero, y considerando la situación crítica de la administración de justicia, cabe preguntarse: ¿cuál es la autoridad que cumple con esas condiciones idóneas en Bolivia? Esta es una cuestión que merece analizarse seriamente ante el atropello sufrido por la Constitución boliviana.

10. Conclusiones

En Bolivia, la Asamblea Legislativa Plurinacional elaboró un proyecto legislativo denominado Ley de Aplicación Normativa, cuya pretensión última no era simplemente desarrollar normas constitucionales sino habilitar, por vía de una *ley interpretativa*, la segunda reelección presidencial del gobernante de turno, a pesar de la existencia de

un mandato imperativo en sentido contrario, establecido por la misma Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia.

En otras palabras, el referido proyecto realizaba una *interpretación auténtica y extensiva* de las normas constitucionales sobre la reelección presidencial, siendo que tal modalidad de interpretación no se halla prevista en el sistema constitucional boliviano; de ahí que el significado normativo que el proyecto legislativo pretendía asignar a las citadas normas del sistema político es muy distinto a la finalidad para la que fueron establecidas por el constituyente, lo que produjo una verdadera mutación constitucional.

La interpretación sobre el sentido y los alcances de las leyes ordinarias en general corresponde a la Asamblea Legislativa Plurinacional como órgano representativo de la soberanía popular. Sin embargo, la interpretación de la Constitución concierne exclusivamente al Tribunal Constitucional Plurinacional como máximo órgano de la jurisdicción constitucional en Bolivia.

En definitiva, habilitar una segunda reelección presidencial, tal como se hizo mediante la Declaración Constitucional Plurinacional 0003/2013 de 25 de abril de 2013, pese a que la Constitución no establece tal posibilidad, constituye la legitimación de un régimen de abuso de poder, ilegal e ilegítimo, además de una peligrosa concentración del poder político en el primer mandatario, quien durante su gobierno, directa o indirectamente, ha venido ejerciendo presión e influencia decisiva en las funciones y actividades de los demás órganos del Estado, lo que resulta intolerable en un Estado constitucional de derecho.

11. Reflexión final

De acuerdo con lo expuesto en este trabajo, debe advertirse que por los enormes efectos políticos que tienen las decisiones jurisdiccionales que adopta un tribunal constitucional siempre estará propenso a responder coyunturalmente, atendiendo a los intereses en juego, más aún cuando la selección de los postulantes a esta magistratura –en el caso de Bolivia– ha sido dañada por los intereses políticos imperantes en la Asamblea Legislativa, constituyéndose en un órgano constitucional que fácilmente puede ser manipulado por el partido de gobierno o por el gobernante de turno, sin tener más remedio que responder a determinados intereses políticos momentáneos de un grupo, que no concuerdan con los intereses nacionales plasmados en el pacto social y político denominado Constitución.

Entonces, cuando un órgano de esta naturaleza no cuenta con las garantías mínimas de imparcialidad e independencia para el desarrollo eficaz de sus actividades jurisdiccionales, difícilmente podrá actuar en defensa de la Constitución, cuyo juramento de respeto y fidelidad muchas veces puede quedar relegado al olvido cuando median intereses coyunturales contrarios a la voluntad del constituyente, expresada en la Constitución.

Bibliografía

- BALAGUER CALLEJÓN, María Luisa, *Interpretación de la constitución y ordenamiento jurídico*, Madrid, Tecnos, 1997.
- DA SILVA, José Afonso, “Mutaciones constitucionales”, *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, núm. 1 (julio-diciembre), 1999. Disponible en: <http://bit.ly/1a5hgHW>.
- DE VEGA, Pedro, *La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente*, Madrid, Tecnos, 1991.
- DURÁN RIBERA, Willman R., “La Constitución vigente y sus leyes de desarrollo, ¿guardan compatibilidad con la idea Estado de derecho?”, *Revista Boliviana de Derecho*, núm. 11. Disponible en: <http://bit.ly/1f9163W>.
- JELLINEK, George, *Reforma y mutación de la constitución*, Madrid, CEC, 1990.
- RIVERA SANTIVAÑEZ, José Antonio, “La interpretación constitucional y su vinculatoriedad”, en Tribunal Constitucional de Bolivia (ed.), *Memoria del VI Seminario Internacional: Justicia Constitucional y Estado de Derecho*, Sucre, 26 y 27 de junio de 2003.
- _____, *El Tribunal Constitucional Defensor de la Constitución. Reflexiones sobre la necesidad de su consolidación y fortalecimiento institucional*, Sucre, GTZ - PADEP - AECI, 2007.
- _____, *Hacia una nueva constitución. Luces y sombras del proyecto modificado por el Parlamento*, Cochabamba, Fundación Konrad Adenauer, Fundappac y Oficina Jurídica para la Mujer, 2008.
- _____, “La reelección presidencial en el sistema constitucional boliviano”, *Revista Boliviana de Derecho*, núm. 12, 2011, pp. 10-29. Disponible en: <http://t.co/UrnN57WmZf>.
- _____, *La segunda reelección presidencial. Una habilitación que afecta al Estado constitucional de derecho*, Cochabamba, 2013. En <http://bit.ly/19gINDU>.
- SAGÜÉS, Néstor Pedro, “El concepto de ‘desconstitucionalización’”. Disponible en: <http://bit.ly/18anqag>.
- VARGAS LIMA, Alan E., “Reflexiones críticas sobre la nueva ley del Tribunal Constitucional Plurinacional en Bolivia”, *Revista estudios constitucionales*, núm. 2, año 9, 2011, pp. 639-686. Disponible en: <http://bit.ly/19gIQ2G>.
- _____, *El Tribunal Constitucional Plurinacional en Bolivia. Alcances y limitaciones normativas*. La Paz, El Original, 2012.
- _____, “A cuatro años de vigencia: aún está vigente la Constitución en Bolivia”, *La Gaceta Jurídica*, 2013. Disponible en: <http://bit.ly/19gGLng>.
- _____, “El papel decisivo del Tribunal Constitucional Plurinacional”, *La Gaceta Jurídica*, 2013. En <http://bit.ly/1eqpShc>.
- _____, *La reelección presidencial en el Estado Plurinacional de Bolivia (2010-2013)*. Compilación de artículos de opinión sobre la imposibilidad de la segunda reelección de Evo Morales a la Presidencia del Estado Plurinacional de Bolivia. Blog Tren Fugitivo Boliviano. Disponible en: <http://alanvargas4784.blogspot.com/>; <http://es.scribd.com/doc/130452511/>.

Legislación y jurisprudencia

LEY 27 DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PLURINACIONAL, de 6 de julio de 2010.

CÓDIGO PROCESAL CONSTITUCIONAL DE BOLIVIA, aprobado mediante Ley 254, de 5 de julio de 2012.

LEY 381 DE APLICACIÓN NORMATIVA, de 20 de mayo de 2013.

AUTO CONSTITUCIONAL 0076/2013-CA, de 8 de marzo de 2013.

DECLARACIÓN CONSTITUCIONAL PLURINACIONAL 0003/2013, de 25 de abril de 2013.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE ESPAÑA, sentencias de 31 de marzo de 1981 y de 28 de abril de 1982.

Luis Ernesto Vargas Silva* (Colombia)

Marco constitucional plural en Colombia. Algunas claves para la discusión

RESUMEN

La discusión del derecho constitucional sobre los sistemas jurídicos plurales en América Latina exige retos de interpretación a los que el presente análisis se integra, a partir de la identificación del paradigma liberal y de los pilares que lo fundamentan, como el principal contradictor teórico de las formas alternativas de comprensión del derecho. Considerando la vigencia y las particularidades del trasplante jurídico liberal en las instituciones jurídicas y políticas latinoamericanas, así como experiencias y avances de reconocimiento de los derechos y las garantías para la diversidad étnica y cultural en la región, el artículo propone una comprensión de las tensiones y relaciones entre el pluralismo jurídico y el carácter hegemónico del discurso constitucional liberal desde un enfoque de derecho comparado "nacional".

Palabras clave: pluralismo jurídico, discurso constitucional liberal, trasplantes jurídicos, diálogo intercultural, derecho comparado.

ZUSAMMENFASSUNG

Die verfassungsrechtliche Debatte über die pluralen Rechtssysteme in Lateinamerika ist mit Auslegungsfragen verbunden, mit deren Klärung sich der vorliegende Beitrag beschäftigt, wobei das liberale Verständnis und seine Grundsätze als wichtigste theoretische Gegenspieler zu alternativen Formen des Rechtsverständnisses identifiziert werden. Angesichts des Fortbestehens und der Besonderheiten der Übertragung der liberalen Rechtsauffassung auf die lateinamerikanischen Rechts- und Politikinstitutionen sowie der Erfahrungen und Fortschritte bei der Anerkennung von Rechten und Garantien für die ethnisch-kulturelle Vielfalt in der Region tritt der Artikel für ein Verständnis der Spann-

* Doctor en Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Libre de Colombia. Magistrado presidente de la Corte Constitucional de Colombia. presidencia@corteconstitucional.gov.co.

gen und Beziehungen zwischen Rechtspluralismus einerseits und dem hegemonischen Charakter des liberalen Verfassungsdiskurses andererseits aus der Perspektive der „nationalen“ Rechtsvergleichung ein.

Schlagwörter: Rechtspluralismus, liberaler Verfassungsdiskurs, Übertragung des Rechtsverständnisses, interkultureller Dialog, Rechtsvergleichung.

ABSTRACT

This study joins the constitutional law debate on plural legal systems in Latin America, starting with the identification of the liberal paradigm and the pillars on which it is based as the main theory that opposes the alternative methods of understanding the law. This paper considers the validity and peculiarities of the liberal legal transplant in Latin American legal institutions and policies, as well as experiences and progress in the recognition of rights and guarantees for ethnical and cultural diversity in the region. Based on “national” comparative law, it proposes an understanding of the tensions and relations between legal pluralism and the hegemonic character of the liberal constitutional discourse.

Keywords: Legal pluralism, liberal constitutional discourse, legal transplants, intercultural dialogue, comparative law.

1. Introducción: El carácter hegemónico del discurso constitucional

Antes de hablar de pluralismo, es importante identificar cuál es el contradictor teórico al que nos enfrentamos desde el derecho constitucional. Ese contradictor es el derecho liberal de corte individualista, sobre el cual se edificó el Estado de derecho moderno. Los pilares de ese modelo son suficientemente conocidos: el concepto del individuo libre y autónomo, titular de derechos, pero particularmente de libertades, y quien debe ser protegido de las interferencias del Estado y de terceros. A partir de esos condicionantes, se construye un ordenamiento jurídico fundado en la idea de contrato y de obligación, de las expresiones de la voluntad y de la protección de la propiedad.

Este modelo, prefigurado en el siglo XIX, fue trasplantado en la conformación de nuestras instituciones jurídicas y políticas en las nacientes naciones latinoamericanas. En ese sentido, compartimos con Bonilla Maldonado¹ la visión según la cual los trasplantes jurídicos han sido fundamentales para la construcción y transformación del derecho en el mundo. Por ende, el aislamiento de los órdenes jurídicos ha sido la excepción, siendo la regla el diálogo, choque, imposición, resistencia y cambio de las normas, instituciones y conceptos que estructuran los sistemas jurídicos.

¹ Acerca de una explicación de los trasplantes jurídicos en el ámbito latinoamericano, ver Daniel Bonilla (ed.), *Teoría del derecho y trasplantes jurídicos*, Bogotá, Siglo del Hombre Editores, Universidad de los Andes, Pontificia Universidad Javeriana, 2009.

Los modelos legales latinoamericanos, en ese sentido, fueron parte del proceso colonial. Sin embargo, el poder e influencia del individualismo liberal no se agotó con la consolidación de nuestros Estados, sino que todavía mantiene un lugar central en la definición de qué es el derecho entre nosotros. La educación legal en nuestros países conserva y reproduce las instituciones legadas por Francia, Italia y, en menor medida, Estados Unidos. Esperamos que nuestros alumnos tengan suficientemente claro que todas las personas son libres en la expresión de sus voluntades, que estas las obligan en el marco del contrato y que la función del derecho es la paz social, esto es, dicho cumplimiento de contratos y obligaciones. Confiamos en que aprendan que esa estabilidad solo se logra con la eficacia en la imposición de las sanciones jurídicas y, particularmente, mediante la ejecución de una idea de justicia y equidad que, como la diosa Dike, sea ciega y no distinga las diferencias.

La noción del sujeto libre y autónomo se encuentra, por ende, en el centro de la comprensión del derecho. Es a partir de esa ficción que se construye buena parte del régimen de la responsabilidad, así como las diferentes facetas del derecho sancionador, que abarca tanto el ámbito penal como el fiscal y el disciplinario. El sujeto del Estado liberal no solo es autónomo, sino también homogéneo; comparte los valores y las tradiciones de la sociedad hegemónica y, en ese sentido, guarda comunes denominadores con los demás sujetos y, por ende, son iguales ante la ley. Por supuesto, estas ficciones vistas desde la sociología no solo son falsas sino discriminatorias y autoritarias. Desconocer la diversidad en el interior de las sociedades contemporáneas es una opción que solo sirve para la legitimidad del discurso jurídico tradicional, pero que es, a todas luces, contraevidente y propicia para la invisibilización de las diferencias y las minorías.

A pesar de los avances en la teoría jurídica luego de la Segunda Guerra Mundial, la noción hegemónica del derecho liberal aún guarda un fuerte magnetismo sobre la forma como entendemos al derecho en nuestra región. Por supuesto, esto se explica en lo útil que puede llegar a ser para discursos políticos dominantes la idea de la igualdad de los individuos y la primordial función estatal de garantizar el cumplimiento de los contratos, desde la compraventa hasta el matrimonio. Las visiones críticas sobre el derecho apuntan a recalcar lo obvio: las normas jurídicas tienen unos innegables efectos distributivos, en los que unos ganan y otros pierden. Además, dichas normas están montadas sobre discursos de autolegitimación que perpetúan un efecto distributivo particular y que impiden el reconocimiento de otros conglomerados diferentes al del individuo libre y autónomo.²

En otras palabras, la ficción del individuo libre y autónomo, a pesar de mostrarse como neutra, en realidad esconde la protección de intereses hegemónicos, que se muestran como inevitables. Así, por ejemplo, la igualdad de las partes en el contrato civil es un elemento esencial para comprender el derecho de contratos. Sin embargo, esta visión desconoce la apremiante realidad acerca de que las relaciones comerciales distan de ser paritarias; en casi todos los casos es posible identificar una parte débil y una fuerte en

² Acerca de los efectos distributivos y de legitimación del derecho, ver Duncan Kennedy, *A critique of adjudication (fin de siècle)*, Cambridge, Harvard University Press, 1998.

la negociación, amén de las innegables asimetrías en información y poder económico y de negociación.

Otro ejemplo, que interesa particularmente al propósito de este estudio, es la distinción entre el derecho del Estado, considerado como verdadero y válido, y otras prácticas jurídicas que al carecer de la institucionalidad estatal no se reconocen como derecho y son apenas aceptadas como prácticas o tradiciones. Estas condiciones, a su vez, hacen que las posturas críticas al discurso demoliberal del derecho sean contestatarias del *statu quo* y, por ende, no muy publicitadas por las corrientes dominantes de la disciplina jurídica. Con todo, la fuerza de los hechos y la creciente complejidad de nuestras sociedades hacen que las concepciones del derecho liberal deban ceder poco a poco su espacio centenario. Una de las vías para ello es el pluralismo jurídico.

2. Constitución, marcos jurídicos plurales y problemas de articulación

Uno de los elementos centrales del discurso jurídico hegemónico es la división entre el derecho nacional y el derecho internacional como únicas variables de fuentes normativas válidas. El derecho nacional, a su vez, era comprendido como el derecho monopólico del Estado, aquel producido bajo los mecanismos institucionales de representación política y sometido a las reglas de validez contenidas en la Constitución. Las demás formas de regulación social presentes desde siempre en la sociedad eran apenas *usos y costumbres*, reconocidas como incidentales en el orden jurídico, con un carácter subordinado a la ley y carentes de carácter coactivo diferente al que la majestad del derecho estatal quisiese adscribirles. En ese sentido, parecía que nada hubiese cambiado desde las reales leyes de Indias hasta el siglo XX. El derecho era solo el producido por los congresos y bajo formas institucionalizadas. Lo demás eran apenas unas prácticas tradicionales que quedaban en manos de antropólogos e historiadores, no de los abogados del derecho liberal hegemónico.

Las prácticas jurídicas plurales, desde esa perspectiva, son invalidadas y excluidas de la disciplina jurídica. Siguiendo a Griffiths,³ el pluralismo jurídico se enfrenta al *centralismo jurídico*, según el cual el derecho es y debería ser el derecho del Estado, uniforme para todas las personas, excluyente de cualquier otro tipo de derecho y administrado por un conjunto único de instituciones estatales. De este modo, los otros órdenes normativos denominados “menores” deben estar jerárquicamente subordinados al derecho y las instituciones del Estado.

Con todo, esta suerte de colonización jurídica por fortuna no fue por completo exitosa. En el proceso de reformulación constitucional que tuvo lugar en Latinoamérica

³ John Griffiths, “¿Qué es el pluralismo jurídico?”, en Daniel Bonilla (ed.), *Pluralismo jurídico*, Bogotá, Siglo del Hombre Editores, Universidad de los Andes, Pontificia Universidad Javeriana, 2007.

en las décadas de los ochenta y noventa del siglo pasado se buscó reivindicar el lugar de nuestras comunidades étnicas y sus prácticas ancestrales, reconociéndoles grado de juridicidad a su derecho y, por ende, asignándoles desde la Constitución un ámbito de validez formal y de vinculatoriedad. Las nuevas constituciones definen al Estado como pluralista, multicultural o plurinacional.⁴

Este reconocimiento, aunque busca integrar las normas plurales al marco general de validez jurídica que propone la Constitución, genera evidentes tensiones en términos de cómo hallar los comunes denominadores que armonicen dos visiones culturales enfrentadas.

Para explicar este fenómeno utilizaré un ejemplo de la Corte Constitucional colombiana, contenido en la Sentencia C-175/09. En Colombia, la Carta Política y la jurisprudencia constitucional reconocen el derecho de las comunidades étnicas a la consulta previa de las medidas legislativas y administrativas que las afecten directamente, conforme lo estipula el artículo 6° del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT). A partir de este derecho, la Corte colombiana ha considerado que aquellas medidas que contraen afectación directa a dichas comunidades y que no son consultadas resultan inconstitucionales.

El Gobierno de la época formuló un proyecto de reforma al Estatuto de Desarrollo Rural, el cual modificaba varias normas legales y redefinía la institucionalidad agraria del país. Este proyecto no fue consultado previamente a las comunidades indígenas y afrodescendientes, por lo que fue declarado inexecutable. Una de las razones que llevó a la Corte a dicha decisión consistió en considerar que el respeto al pluralismo y a la

⁴ Este es el caso de la Constitución colombiana. El artículo 1° define a Colombia como un Estado democrático, participativo y pluralista. A su vez, el artículo 7° prescribe el reconocimiento y la protección de la diversidad étnica y cultural de la nación colombiana. En lo que tiene que ver con el reconocimiento de jurisdicción, el artículo 246 dispone que las autoridades de los pueblos indígenas podrán ejercer funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial, de conformidad con sus propias normas y procedimientos, siempre que no sean contrarios a la Constitución y leyes de la República. Agrega la misma disposición que la ley establecerá las formas de coordinación de esta jurisdicción especial con el sistema judicial nacional. Igualmente, en lo que respecta al aspecto territorial, el artículo 330 estipula que, de conformidad con la Constitución y las leyes, los territorios indígenas estarán gobernados por consejos conformados y reglamentados según los usos y las costumbres de sus comunidades y ejercerán las siguientes funciones: (i) velar por la aplicación de las normas legales sobre usos del suelo; (ii) diseñar las políticas y los planes y programas de desarrollo económico y social dentro de su territorio, en armonía con el plan nacional de desarrollo; (iii) promover las inversiones públicas en sus territorios y velar por su debida ejecución; (iv) percibir y distribuir sus recursos; (v) velar por la preservación de los recursos naturales; (vi) coordinar los programas y proyectos promovidos por las diferentes comunidades en su territorio; (vii) colaborar con el mantenimiento del orden público dentro de su territorio de acuerdo con las instrucciones y disposiciones del Gobierno nacional; (viii) representar a los territorios ante el Gobierno nacional y las demás entidades a las cuales se integren; y (ix) las que les señalen la Constitución y la ley. Asimismo, se estipula que la explotación de los recursos naturales en los territorios indígenas se hará sin desmedro de la integridad cultural, social y económica de las comunidades indígenas. En las decisiones que se adopten respecto de dicha explotación, el Gobierno propiciará la participación de los representantes de las respectivas comunidades.

identidad diferenciada de dichas comunidades obligaba a contar con su participación, particularmente en un tema sensible para su conformación identitaria, como es el papel del territorio. Como es sabido, mientras que para la sociedad mayoritaria la tierra rural es un medio de producción y explotación económica, para los grupos étnicos es un elemento diferenciador y que no es objeto de posesión, sino de definición. Se pertenece a la comunidad porque se habita en el territorio y se ejercen las prácticas diferenciadas en su interior. La tierra es la madre que contiene al colectivo, que a su vez no se concibe en sujetos individuales, sino en un grupo social con actitudes y tradiciones que lo definen y lo cohesionan.

En ese sentido, para adoptar la decisión, la Corte tuvo que tener en cuenta que la concepción liberal de la propiedad de la tierra era apenas una de las explicaciones que convivía con otras en el interior de una sociedad plural. Por ende, habida cuenta de esa diversidad y la protección reforzada que las normas constitucionales confieren a las comunidades étnicas, se mostraba imperativo adelantar la consulta previa de la norma sobre desarrollo agrario, so pena de afectar su exequibilidad. En términos de la Corte Constitucional, la necesidad de la consulta previa en el caso analizado estaba basada en el vínculo verificable entre la conformación de la identidad diferenciada de las comunidades indígenas y afrodescendientes y su relación colectiva con la tierra.

Así, se señaló en la sentencia en comentario:

[L]a jurisprudencia de la Corte ha insistido en que las regulaciones legales que intervengan el régimen jurídico sobre la tierra de las comunidades indígenas y afrodescendientes deben mostrarse compatibles con la eficacia del mandato de reconocimiento y protección de la diversidad étnica y cultural de la nación. Esto implica que dicha normatividad deberá tener en cuenta las prácticas tradicionales de los pueblos indígenas y tribales, evitando que la imposición estatal de otras modalidades de regulación implique la desaparición de aquellas. Al respecto, este Tribunal ha señalado que “es claro que el derecho de los pueblos indígenas a tener su propia vida social, económica y cultural, así como a profesar y practicar su propia religión y a emplear su propio idioma (Art. 27 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos), debe entenderse atado al derecho que tienen a poseer su propio territorio, sobre el cual puedan dichos pueblos edificar sus fundamentos étnicos. Es de notar que el territorio indígena y sus recursos, así como la tradición y el conocimiento, ‘constituyen un legado que une –como un todo– la generación presente y a las generaciones del futuro.’ || Se advierte entonces que la participación indígena encuentra un sustento que desborda la esfera netamente política del concepto, en la medida en que hace parte de una cosmogonía según la cual dicho valor está relacionado con el respeto a los seres vivos, el no tomar nunca más de lo que se necesita y el devolver siempre a la tierra cuando se toma algo de ella. || En síntesis, de la concepción holística de territorio que ostentan los pueblos indígenas se puede concluir que la explotación de recursos naturales yacientes en territorios ancestrales hace parte de su esfera vital y de su forma de relacionarse directamente

con la naturaleza, así como de su legado cultural y socioeconómico. De esta manera, el principio participativo consagrado en el artículo 2° de la Constitución Política adquiere matices más intensos en relación con las comunidades indígenas”⁵ || Los argumentos anteriores demuestran que la regulación de la propiedad agraria, en la que se encuentran asentadas las comunidades indígenas y tribales es un asunto de especial relevancia para la definición de su identidad. Esto implica que el contenido del EDR,⁶ en cuanto implica la regulación sistemática y detallada de la propiedad agraria, es un asunto que recae dentro de las materias en donde el deber de consulta debe cumplirse por parte del Gobierno, en tanto autor de la iniciativa correspondiente.

Con todo, podría plantearse que el ejemplo de la consulta previa de normas agrarias es “débil”, en la medida en que no se reconoce por completo la diversidad de órdenes jurídicos, sino que apenas se utiliza el procedimiento de consulta para tender un puente entre los intereses de las comunidades indígenas y afrodescendientes y la conformación de las normas legales producidas desde el derecho del Estado. Esta crítica, que podría estar fundada, se contrasta con otras decisiones de la Corte Constitucional colombiana, en las que se acepta con mayor firmeza la concurrencia de órdenes jurídicos.

Esta variable se encuentra, entre otros, en el fallo T-523 de 1997, mejor conocido como el caso “fueté”, en referencia a una especie de látigo utilizado por la comunidad indígena Paez del departamento del Cauca. En esa oportunidad, la comunidad étnica concluyó que uno de sus miembros había estado comprometido con la muerte del alcalde del municipio donde se ubica el resguardo indígena, en tanto lo había vinculado públicamente con grupos armados ilegales de la zona. La pena que se le impuso fue la de 60 “fuetazos” (2 por cada cabildo), expulsión y pérdida del derecho a elegir y ser elegido para cargos públicos y comunitarios.

El afectado consideró que esta pena, en tanto involucraba un castigo físico, desconocía el artículo 12 de la Constitución colombiana, que prohíbe la desaparición forzada, la tortura y los tratos crueles, inhumanos o degradantes. La solución del caso resultaba *prima facie* sencilla, puesto que la imposición de penas físicas se muestra incompatible con la comprensión que sobre la punición tiene el derecho penal contemporáneo. Sin embargo, la Corte, en un entendimiento amplio y comprometido con el mandato constitucional de protección de la diversidad étnica y cultural de la nación, concluyó que la evaluación sobre la constitucionalidad de los “fuetazos” no podía verse desde el punto de vista de la sociedad mayoritaria, sino que exigía comprender el valor de esa práctica desde su significado en el interior de la comunidad indígena. Esto con el fin de determinar si, conforme a las prácticas tradicionales, el uso del fueté podía comprenderse como una pena inhumana o degradante. La sentencia señaló:

⁵ Cf. Corte Constitucional, Sentencia C-891/02.

⁶ La sentencia refiere al Estatuto de Desarrollo Rural, norma objeto de acción pública de inconstitucionalidad.

El Estado tiene la especial misión de garantizar que todas las formas de ver el mundo puedan coexistir pacíficamente, labor que no deja de ser conflictiva, pues estas concepciones muchas veces son antagónicas e incluso incompatibles con los presupuestos que él mismo ha elegido para garantizar la convivencia. En especial, son claras las tensiones entre reconocimiento de grupos culturales con tradiciones, prácticas y ordenamientos jurídicos diversos y la consagración de derechos fundamentales con pretendida validez universal. Mientras que una mayoría los estima como presupuestos intangibles, necesarios para un entendimiento entre naciones, otros se oponen a la existencia de postulados supraculturales, como una manera de afirmar su diferencia, y porque de acuerdo con su cosmovisión no ven en ellos un presupuesto vinculante. En otras palabras, aún siendo clara la dificultad para entender algunas culturas desde una óptica que se define como universal, el Estado tiene que hacer compatible su deber de preservar la convivencia pacífica dentro de su territorio, garantizando los derechos de sus asociados en tanto ciudadanos, con el reconocimiento de sus necesidades particulares, como miembros de grupos culturales distintos. En esta tarea, además, le está vedado imponer una concepción del mundo particular, así la vea como valiosa, porque tal actitud atentaría contra el principio de respeto a la diversidad étnica y cultural y contra el trato igualitario para las diferentes culturas, que el mismo ha reconocido.

El concepto en que insistió la Corte en este caso fue en lo que podría denominarse como un diálogo constitucional de mínimos, a partir del cual (i) se reconoce la validez y necesario respeto de cada una de las cosmovisiones admisibles en una sociedad pluralista y diversa culturalmente; (ii) se impide que la concepción mayoritaria se imponga como preferente o válida en sí misma considerada. Esto implica que la producción del derecho no sea analizada solo desde las reglas institucionales del Estado, sino también desde otras alternativas que ofrecen órdenes jurídicos distintos; y (iii) que la imposición de límites a la producción normativa de los grupos minoritarios se edifique sobre aquellos mínimos del derecho internacional de los derechos humanos, en donde existe un verdadero consenso intercultural sobre su significación y alcance. A este respecto, la Corte insiste:

Una primera solución a este tipo de conflictos, se ha planteado en términos de un diálogo intercultural que sea capaz de trazar unos estándares mínimos de tolerancia, que cubran los diferentes sistemas de valores. Es decir, lograr un consenso en aquel mínimo necesario para la convivencia entre las distintas culturas, sin que ello implique renunciar a los presupuestos esenciales que marcan la identidad de cada una. Así lo entendió la Corte Constitucional, que en sentencia de 1996 estableció los criterios que deberá tener el intérprete para solucionar los conflictos que puedan presentarse entre el principio de diversidad étnica y cultural y otros principios de igual jerarquía, y señaló los límites que, basados en un “verdadero

consenso intercultural”, deberán respetar las autoridades indígenas en el ejercicio de funciones jurisdiccionales dentro de su territorio. Es obvio, como lo señala la sentencia, que esa interpretación no puede alejarse de las características específicas de la cultura involucrada, pues existen diferencias en el grado de aislamiento o integración respecto de cada una, que lleva incluso a establecer diferencias en la manera en que determinan cada uno de sus asuntos.

De la misma manera y en relación concreta con el tercero de los requisitos planteados, la sentencia estudiada indica:

Los límites mínimos que en materia de derechos humanos deben cumplir las autoridades indígenas en el ejercicio de sus funciones jurisdiccionales responden, a juicio de la Corte, a un consenso intercultural sobre lo que verdaderamente resulta intolerable por atentar contra los bienes más preciosos del hombre, decir, el derecho a la vida, la prohibición de la esclavitud, la prohibición de la tortura y, por expresa exigencia constitucional, la legalidad en el procedimiento, en los delitos y en las penas (entendiendo por ello, que todo juzgamiento deberá hacerse conforme a las normas y procedimientos de la comunidad indígena, atendiendo a la especificidad de la organización social y política de que se trate, así como a los caracteres de su ordenamiento jurídico). Estas medidas se justifican porque son necesarias para proteger intereses de superior jerarquía y son las menores restricciones imaginables a la luz del texto constitucional.

A partir de estas premisas y apoyada en consideraciones sociológicas de expertos que concurrieron en el proceso judicial, la Corte concluyó que el uso del fuele no encajaba en la concepción de la pena cruel, inhumana o degradante. Esto debido a que pudo concluirse que esa práctica no era en modo alguno una medida prohibida por la Constitución, sino un mecanismo contemplado dentro de las reglas y prácticas de la comunidad diferenciada, que no tenía un propósito exclusivamente punitivo, sino que estaba enmarcado en el “reintegro” del agresor a su grupo étnico. Como lo comprobó la Corte, la imposición de esos castigos debía comprenderse en el contexto de la comunidad diferenciada, sin que resulte acertado imponer desde el derecho una visión hegemónica sobre las sanciones, sin con ello restar toda eficacia al mandato constitucional de reconocimiento y protección de la diversidad étnica y cultural.

Advertimos que estas decisiones son compatibles con una visión garantista del reconocimiento de marcos jurídicos plurales, propios de una sociedad que se define desde la Constitución como diversa y multicultural. Sin embargo, las tensiones que generan son evidentes. Así, algunas de las preguntas que surgen de líneas de análisis como las presentadas son: (i) ¿Cómo integrar la visión económica e individualista del territorio que ofrece el derecho liberal con la lógica colectiva y tradicional de las comunidades étnicas? Esta tensión parece irresoluble y ha llevado, al menos en el caso de la jurisprudencia constitucional colombiana, a declarar inconstitucionales varias normas que, al

no ser objeto de consulta previa, no integraban tales variables.⁷ El problema es complejo y amplio: el derecho constitucional, a pesar de sus innegables avances, aún mantiene las categorías individualistas del derecho liberal y, por ende, hace inasibles discusiones como la planteada; y (ii) en últimas, ¿cómo conciliar los acuerdos del derecho liberal, que fundamentan el discurso constitucional, con la comprensión plural y diferenciada de los sistemas jurídicos? A continuación se intentará bosquejar algunas pautas para asumir este debate.

3. Hacia un nuevo derecho comparado “nacional”

Los estudios de derecho comparado tienen como objetivo buscar elementos comunes en ordenamientos jurídicos diversos, con el fin de formar clasificaciones o “familias jurídicas”, que permitan comprender las dinámicas transnacionales del derecho. Así, los juristas estamos acostumbrados a reconocer figuras como la distinción entre *common law* y *statutory law*; o a identificar los rasgos que hacen que los ordenamientos jurídicos latinoamericanos sean herederos de lo que se ha denominado como la tradición europeo-continental o romano-germánica.

Se trata, en últimas, de estudios acerca de cómo se relacionan los sistemas jurídicos de los principales centros políticos globales con los de los países periféricos, casi que en una reedición de la geopolítica de la Guerra Fría. Con todo, así como ahora empezamos a preocuparnos por la conformación de comunidades jurídicas en el sur global, que parten de la posible prescindencia de los discursos legales de los mencionados centros políticos, también propongo que debemos crear métodos de derecho comparado nacional, dirigidos a explicar las relaciones que generan los marcos jurídicos plurales con el derecho del Estado.

El objetivo que guía esta propuesta es considerar que si han de tomarse en serio el pluralismo jurídico y los marcos normativos que de él se derivan, es necesario identificar los comunes denominadores que hacen posible el diálogo intercultural. Para ello, se requiere asumir que el discurso hegemónico del constitucionalismo liberal es apenas una de las explicaciones posibles de las relaciones sociales y que, a su vez, este discurso contrasta fuertemente con los contextos complejos y plurales que se dan en las sociedades contemporáneas.

Así, deben rediseñarse las estrategias para la identificación de qué es el derecho y cómo se conforman los órdenes jurídicos. Ello requerirá, sin duda alguna, unidades de análisis mucho más simples y flexibles, que obliguen a renunciar a los rígidos esquemas de validez y conformación del sistema jurídico que impone la versión liberal y occidental.

Nótese que, en este sentido, se está de acuerdo con una concepción “nueva” del pluralismo jurídico, la cual no enfrenta al derecho del Estado con otras manifestaciones norma-

⁷ Así ha sucedido, por ejemplo, en los casos de la reforma al Código de Minas (C-366/11) y la Ley Aprobatoria del Convenio Internacional para la Protección de Obtenciones Vegetales (C-1051/12).

tivas en el interior de la nación, sino que asume a todas las opciones como válidas y, antes bien, propone una comprensión amplia e integradora.⁸ De lo que se trata, en últimas, es de reconocer que los sistemas normativos plurales coexisten y están llamados al diálogo para lograr y mantener la función pacificadora del derecho. Al respecto, y siguiendo la perspectiva de Ariza y Bonilla Maldonado,⁹ comparto la tesis del pluralismo jurídico que supera el análisis comparativo entre el derecho de los países de centro y de periferia, y que prefiere encontrar los órdenes normativos incluso en sociedades sin pasado colonial. Como lo indican dichos autores, el nuevo pluralismo jurídico se centra, básicamente, en atacar la suposición de que el Derecho es el derecho que tiene origen en el Estado, que es sistematizado y aplicado por operadores jurídicos especializados y que, finalmente, cuenta con un tipo de racionalidad formal-instrumental que le es característica.

Las especificidades de las herramientas para la conformación de esa nueva alternativa de derecho comparado en el interior de los sistemas jurídicos nacionales se constituyen en una explicación que excede los limitados objetivos de este escrito. Con todo, creemos que pueden darse algunas claves para su construcción, las cuales se basarían en las siguientes premisas:

- a) *El reconocimiento del carácter hegemónico del discurso constitucional liberal.* Tal vez la principal fuerza del constitucionalismo liberal hegemónico es su capacidad para legitimar determinada forma de producir el derecho y, a través de ello, invisibilizar maneras alternativas de generación de los órdenes jurídicos. Por ende, al asumir el análisis de los sistemas jurídicos plurales se debe ser profundamente consciente de ese poder legitimador, con el fin de evitar que al estudiar dichos órdenes se le terminen imponiendo los esquemas institucionales del derecho del Estado como condición para su reconocimiento.
- b) *Estudiar las diferencias y similitudes en clave de diálogo intercultural.* Las formas como se asumen diversos fenómenos jurídicos son radicalmente diversas, al punto que puede tornarse difícil encontrar puntos en común. Así, como se explicó anteriormente, la manera como el derecho liberal entiende la relación entre el individuo y el territorio es sustancialmente distinta a como lo hacen las comunidades étnicas. Por lo tanto, advertida esa circunstancia, el reconocimiento de los marcos jurídicos plurales debe estar basado en la comprensión de esas diferencias y la formulación de escenarios teóricos lo suficientemente amplios, que impidan dejar por fuera tales enfoques diversos.

A este respecto, vale la pena insistir en que para una asunción exitosa de los marcos jurídicos plurales es imprescindible desligarse de la visión del individuo libre, autónomo y homogéneo del derecho liberal. Antes bien, debe partirse de

⁸ Sobre la concepción del nuevo pluralismo jurídico, ver Engle Merry, "Pluralismo jurídico", en Daniel Bonilla (ed.), *Pluralismo jurídico*, op. cit.

⁹ Libardo Ariza y Daniel Bonilla, "El pluralismo jurídico, contribuciones, debilidades y retos de un concepto polémico", en Daniel Bonilla (ed.), *Pluralismo jurídico*, op. cit.

la base de que usualmente cada orden normativo presupone la construcción de un sujeto o colectivo titular de prerrogativas jurídicas, por lo que uno de los aspectos por dilucidar es cuáles son las características que prefiguran la noción de sujeto de derecho en cada sistema plural.

- c) *Reducir las unidades de análisis para la identificación de sistemas normativos.* Cuando se analizan órdenes normativos suele erróneamente buscarse sistemas institucionales similares a los del derecho de Estado, que cuenten con una autoridad definida y organizada de producción normativa y unas reglas sobre validez de las normas jurídicas identificables y uniformes. Esta caracterización de los órdenes jurídicos es incompatible con el reconocimiento de marcos jurídicos plurales, actividad en donde se muestra imprescindible contar con modelos de análisis simples, basados en la distinción entre comportamientos prohibidos o permitidos, así como en fórmulas de validez flexibles, las cuales superen la adscripción de carácter jurídico a las reglas originadas en órganos centralizados.

4. Conclusión

Los sistemas jurídicos plurales en los que nos encontramos inmersos ofrecen retos interpretativos y analíticos de la mayor importancia y complejidad. Han sido varios siglos de hegemonía del discurso liberal, de la idea del contrato, las obligaciones y los derechos. Debemos como juristas advertir esa circunstancia para despojarnos de sus condicionantes y entrar a estudiar, de la manera más desprevénida posible, las formas alternativas de comprensión del derecho.

El camino que han recorrido los países latinoamericanos en este sentido es importante y satisfactorio. Luego de siglos de opresión, marginamiento e invisibilización, ahora desde nuestras constituciones hemos intentado reivindicar a nuestras comunidades tradicionales, decisivas en la construcción de la identidad. Nuestro derecho no puede seguir siendo trasplantado, ajeno y marginal. Tal vez debemos aprender mucho más de los conceptos de justicia que nos ofrece la práctica ancestral. La identidad latinoamericana, esquiva y ambigua, sin duda reside en ese autorreconocimiento como diferentes y únicos.

La irrupción de los marcos jurídicos plurales opera, en ese sentido, como modalidad en que se hace efectiva la protección de la diversidad étnica y cultural que prevén las constituciones latinoamericanas. Esta actividad exige una toma de distancia de los efectos hegemónicos del constitucionalismo liberal, a fin de lograr modelos incluyentes y que no busquen imponer las características centrales del derecho del Estado a otras modalidades de órdenes normativos. En tal sentido, lo expuesto anteriormente puede servir de sencillo punto de partida para una discusión fructífera sobre la manera en que, desde el derecho constitucional, se integran las prácticas y formulaciones jurídicas que, al ser autóctonas, antecedieron a la comprensión tradicional del derecho liberal.

Bibliografía

- ARIZA, Libardo y Daniel BONILLA, “El pluralismo jurídico, contribuciones, debilidades y retos de un concepto polémico”, en Daniel BONILLA (ed.), *Pluralismo jurídico*, Bogotá, Siglo del Hombre Editores, Universidad de los Andes, Pontificia Universidad Javeriana, 2007.
- BONILLA, Daniel (ed.), *Teoría del derecho y trasplantes jurídicos*, Bogotá, Siglo del Hombre Editores, Universidad de los Andes, Pontificia Universidad Javeriana, 2009.
- Corte Constitucional de Colombia, sentencias T-523 de 1997, C-175 de 2009, C-366 de 2011 y C-1051 de 2012.
- ENGLE MERRY, Sally, “Pluralismo jurídico”, en Daniel BONILLA (ed.), *Pluralismo jurídico*, Bogotá, Siglo del Hombre Editores, Universidad de los Andes, Pontificia Universidad Javeriana, 2007.
- GRIFFITHS, John, “¿Qué es el pluralismo jurídico?”, en Daniel BONILLA (ed.), *Pluralismo jurídico*, Bogotá, Siglo del Hombre Editores, Universidad de los Andes, Pontificia Universidad Javeriana, 2007.
- KENNEDY, Duncan, *A critique of adjudication (fin de siècle)*, Cambridge, Harvard University Press, 1997.

II. Derecho procesal constitucional

- Roberto Hung Cavalieri, Venezuela
El amparo constitucional en Venezuela. Acción de control constitucional extraordinaria o especial. Inconsistencias y contradicciones jurisprudenciales sobre su naturaleza que devienen en su propia negación
- Alexandre Veronese, Brasil
Eduardo Manuel Val, Brasil
Enzo Bello, Brasil
Notas comparativas sobre las recientes reformas en el control de constitucionalidad en Chile, Argentina y Brasil

Roberto Hung Cavalieri* (Venezuela)

El amparo constitucional en Venezuela. Acción de control constitucional extraordinaria o especial. Inconsistencias y contradicciones jurisprudenciales sobre su naturaleza que devienen en su propia negación

RESUMEN

El presente trabajo tiene por objeto hacer un análisis crítico sobre la actual situación que se presenta en el foro judicial, con mayor especificidad en la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, respecto a la práctica extinción del amparo como una acción de control constitucional. Los jueces constitucionales, fundamentados tanto en la causal del artículo 6.5 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales (en adelante LOA) como en su apreciación, hacen cada vez más inaccesible a los ciudadanos el efectivo derecho a ser amparados por los tribunales en el goce y ejercicio de los derechos y garantías constitucionales, que no es más que el propio contenido del artículo 27 constitucional, el cual resulta entonces más que estéril, totalmente vulnerado y negado en la práctica.

Palabras clave: negación del derecho y acción de amparo, Constitución, inconsistencia jurisprudencial, Sala Constitucional, Tribunal Supremo de Justicia, Venezuela.

ZUSAMMENFASSUNG

Der vorliegende Beitrag beabsichtigt eine kritische Untersuchung der derzeitigen Lage des Justizsystems, insbesondere mit Blick auf den Verfassungssenat des Obersten Gerichtshofs und der praktischen Abschaffung des Rechtsmittels des *amparo* als Mittel der Verfassungskontrolle. Unter Berufung auf Artikel 6,5 des Ausführungsgesetzes zum Schutz

* Abogado de la Universidad Católica Andrés Bello, magister en Derecho Económico Europeo de la Université de Droit, d'Economie et des Sciences D'Aix-Marseille, especialista en Derecho Procesal Constitucional de la Universidad Monteávila. rhungc@gmail.com.

der verfassungsmäßigen Rechte und Garantien mittels des Rechtsmittels des *amparo* (LOA) und dessen Auslegung erschweren die Verfassungsrichter den Bürgern immer mehr die effektive Ausübung ihres Rechtsanspruchs auf Rechtsschutz bei der Inanspruchnahme und Ausübung von verfassungsmäßigen Rechten und Garantien, wie sie in Art. 27 der Verfassung niedergelegt sind, und welcher damit in der gerichtlichen Praxis seine Wirkung verliert und weitestgehend verletzt und sinnentlehrt wird.

Schlagwörter: Verweigerung des Rechtsmittels des *amparo*, Verfassung, Widersprüchlichkeit der Rechtsprechung, Verfassungssenat, Oberster Gerichtshof, Venezuela.

ABSTRACT

This paper is a critical analysis of the current situation in the Constitutional Chamber of the Supreme Tribunal of Justice regarding the near-extinction of “amparo” as an action for constitutional control. Based on Article 6.5 of the Organic Law on *Amparo* for Constitutional Rights and Guarantees, constitutional judges are making it increasingly difficult for citizens to exercise their right to judicial protection of their constitutional rights and guarantees. Since this is precisely the object of Article 27 of the Constitution, we observe that the article has become futile and is violated and denied in the practice of the courts.

Keywords: Denial of the right and action of “amparo”, constitution, contradictions in judicial decisions, Constitutional Chamber, Supreme Tribunal of Justice, Venezuela.

1. Sobre la poco precisa e indebida concepción de la naturaleza del amparo como fundamental motivo del problema

Constituye elemento esencial del problema sometido a examen, la imprecisión y la a veces indebida concepción del amparo en cuanto a su naturaleza, ya que dependiendo de si el amparo es visto como un derecho, una acción, una garantía o simplemente como un procedimiento, ello repercutirá de manera directa en su definitiva aplicación o no a situaciones reales donde sea invocado.

Será necesario someter a examen y correspondiente crítica, las inconsistencias y contradicciones en que incurre la Sala Constitucional mediante sus diversos fallos sobre la admisibilidad o no de las acciones de amparo. Como se observará, en ocasiones fundamentada en el artículo 2 constitucional y ante la existencia de un Estado democrático y social de derecho y de justicia, se muestra con criterios de tendencia iusnaturalista propios del neoconstitucionalismo para declarar la admisibilidad y procedencia de acciones de amparo. Mientras que cuando las inadmite y sustenta tales fallos en la causal de inadmisibilidad prevista en el artículo 6.5, se muestra con criterios iuspositivistas propios del constitucionalismo clásico, criterios tantas veces atacados por sus propias sentencias, aduciendo un supuesto carácter de “extraordinario”, lo cual, como se verá, resultará desvirtuado frente a los mecanismos supuestamente “ordinarios” a los que pudieran recurrir los ciudadanos, en vez del amparo, y que los mismos resulten inadmisibles.

Tenemos, entonces, que si el amparo es visto desde una perspectiva y tiene una naturaleza de “derecho”, en términos de la redacción del artículo 27 constitucional, puede ser invocado en cualquier procedimiento y en cualquier acción donde se vean conculcados los derechos y las garantías constitucionales, incluso el propio derecho a ser amparado. Esta perspectiva y criterio pueden ser considerados cercanos a una posición más garantista y propia del neoconstitucionalismo, ya que tienden a la aplicación de manera directa del carácter normativo del texto constitucional. Por el contrario, de considerar el amparo previsto más como una garantía, como un procedimiento o recurso extraordinario o especial, como se le ha tenido, encontramos que quien ha sido sujeto de violación de la esfera de sus derechos constitucionales, al tener a su alcance otras vías procesales mediante las cuales pueda hacer valer tales derechos, pudiera ser considerado por los operadores de justicia que es del todo improcedente la ocurrencia al amparo “como procedimiento”. Pero ello también resultaría en una negación práctica del propio artículo 27, ya que en modo alguno existirían situaciones de hecho en las que pueda hacerse valer tal norma.

Es de señalar que esta discrepancia y diferencia de apreciación de la naturaleza propia del amparo, no es en modo alguno de reciente data ni de reciente discusión; ella, por el contrario, ha estado en el foro constitucional incluso con anterioridad a que fuese promulgada la LOA y alcanzó mayor algidez en cuanto a las diferentes posturas doctrinales en la década de los ochenta, cuando fue aprobada la LOA. Así, se crearon en tal sentido dos posiciones encontradas, una de ellas sostenida por Allan R. Brewer Carías y la otra por Hildegard Rondón de Sansó, posturas que luego destacaremos.

Con anterioridad a que ambos autores expusieran sus posiciones, tal inquietud sobre la naturaleza del amparo había sido ya estudiada y sometida a reflexión, como es el caso de las observaciones doctrinales hechas por el doctor Ramón Escobar Salom,¹ quien, seguramente ante las pocas precisiones sobre el tema en esa época, efectuó un examen de la naturaleza constitucional del amparo mexicano y del venezolano.

En su trabajo, el doctor Escobar Salom refiere que el profesor Fix Zamudio señalaba que “los futuros” redactores de la ley reglamentaria del amparo venezolano pueden aprovechar la experiencia centenaria de dicha institución mexicana en varios aspectos que luego especificaba: a) su carácter autónomo y no como recurso, “como en ocasiones se le ha querido configurar”; b) naturaleza extraordinaria, que requiere el agotamiento de recursos ordinarios; c) instancia de parte agraviada; d) oralidad e inmediatez; e) suspensión del acto reclamado, y f) cumplimiento coactivo de la sentencia.

Es menester destacar que con todo el respeto que por supuesto merece el profesor Fix Zamudio respecto a la expresa recomendación que extendiese a los entonces futuros redactores de la ley reglamentaria del amparo en Venezuela, el referido carácter de extraordinariedad, luego del agotamiento de los recursos ordinarios como infra se

¹ Ramón Escobar Salom, *El juicio de amparo*, trabajo presentado a la Facultad de Derecho de la Universidad Central de Venezuela para su ascenso a profesor titular de Derecho Constitucional. El veredicto aprobatorio de ascenso ocurrió en diciembre de 1970, y el trabajo fue publicado por el Colegio de Abogados del Distrito Federal en 1971.

señalará, es uno de los aspectos que ha traído mayores complicaciones en el foro y que puede traducirse, como en efecto ocurre, en situaciones que devienen en la negación del amparo ante violaciones groseras de derechos constitucionales.

Se observa, pues, que en estos principales estadios del examen del amparo en Venezuela existía ya la discrepancia del carácter de acción o recurso del amparo, así como de su naturaleza, ante lo cual ha de insistirse, que si su apreciación es considerarlo como un derecho, tendría un tratamiento más garantista, propio de los postulados neoconstitucionalistas; mientras que de considerarse más como un mecanismo o procedimiento especial, o como se insiste en determinados sectores como “extraordinario”, se identificaría más con el llamado constitucionalismo clásico, y no a tender al valor de justicia que propende el texto constitucional.

Para el objeto de este trabajo, continuamos señalando que si bien en el artículo 49 del texto de la Constitución de 1961 se preveía el fundamento del amparo, en su redacción no se señalaba de manera expresa si era un derecho, una garantía, una acción o un recurso; simplemente se limitaba a señalar que los tribunales ampararían a los habitantes de la república en el goce y disfrute de los derechos y las garantías establecidos en la Constitución y que el procedimiento para ello sería breve y sumario, teniendo el juez correspondiente facultad suficiente para restablecer inmediatamente la situación jurídica infringida.

En cuanto a las sustanciales diferencias existentes entre las posiciones doctrinales de los profesores Allan R. Brewer Carías e Hildegard Rondón de Sansó, Jorge Kiriakidis² presenta una clara diferenciación entre tales posturas, en la que refiere que el profesor Brewer insistía e insiste en que el amparo del texto constitucional de 1961 y también el de 1999 “es, antes que nada, un derecho”, y que el mismo se logra no solo mediante el juicio de amparo, sino mediante cualquier otra vía procesal, con lo cual –para el profesor Brewer– no existe relación de identidad entre el amparo o garantía, diríamos mejor derecho-garantía, y el amparo proceso.

Por otra parte, frente a esa postura, la de la doctora Rondón de Sansó se sustenta en que el amparo se concretaba únicamente mediante un proceso o juicio de amparo.

En 1988, año en el que se promulgó la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, el profesor Brewer expuso su tesis sobre el fundamento y naturaleza del amparo.³ El autor, luego de señalar que la norma constitucional (art. 49) simplemente se limitó a la consagración del “derecho de amparo”, manifiesta –y en ello consiste su tesis– que la Constitución no establece una acción o recurso como particular medio de protección judicial, simplemente un derecho de amparo o derecho a ser amparado, por lo que no es “precisamente ni una acción ni un recurso”; es entonces propiamente un derecho. Refiere que el amparo puede materializarse en un recurso en

² Jorge Kiriakidis, *El amparo constitucional venezolano. Mitos y realidades*, Colección Justicia, núm. 1, Caracas, Editorial Jurídica Venezolana, 2012.

³ Allan R. Brewer Carías, “La reciente evolución jurisprudencial en relación a la admisibilidad del recurso de amparo”, *Revista de Derecho Público*, núm. 19, 1984, pp. 2007-2017; “El derecho de amparo y la acción de amparo”, *Revista de Derecho Público*, núm. 22, 1985, pp. 51-61.

sentido estricto, en los casos de revisión de decisiones judiciales o administrativas, pero también puede configurarse como una acción autónoma que no consista en la revisión de determinado acto jurídico, y concluye que el amparo puede indistintamente consistir en un “recurso” o “acción”, todo ello dependiendo del objeto de la protección y de la regulación legal.

La tesis de Brewer comporta también que puede haber y hay muchos medios judiciales de protección que permiten que los afectados sean interpuestos, lo que deberá hacerse mediante un procedimiento breve y sumario, indicando que tales vías judiciales ya previstas no es que sustituyan el derecho de amparo, sino que sirven como medio judicial de amparo.

Concluye luego el autor respecto a este particular aspecto sobre “el derecho de amparo”, que este puede asegurarse a través de múltiples vías (acciones o recursos) judiciales preexistentes y que no se identifica con ningún recurso o acción judicial en concreto, mientras que la acción de amparo a la que se contrae la Ley Orgánica procede siempre y cuando el interesado no haya optado por otro medio de protección o de amparo previsto en el ordenamiento jurídico. Esto último es denominado por el autor “acción de amparo” como vía judicial autónoma para referirse al procedimiento previsto en la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales de enero de 1988, que, como nota característica de su posición y tesis, señala que tal acción “no presupone el que se hayan agotado vías judiciales previas para poder intentarse”.

Como se señaló, a la tesis de Brewer Carías le sale al paso entonces la posición de la autora Hildegard Rondón de Sansó.⁴⁵ En sus obras, la autora somete a examen y formula observaciones a la tesis del profesor Brewer Carías, la que califica de particularmente atractiva y que encuentra de inmediato justificación en el artículo 49 constitucional. Lo anterior, por no haber un texto específico que garantice la protección de forma genérica, señalando que el autor pretende que el referido artículo 49 constituya la disposición consagratoria de la competencia de los órganos jurisdiccionales, su supremacía sobre los poderes públicos y la consagración de la tutela de los derechos y las garantías constitucionales. Además, la autora señala que tal no es el alcance ni fue la intención del constituyente, y que ello se verifica con el aparte de dicho artículo relativo a que para el amparo es necesario un procedimiento específico con notas de brevedad y sumariedad, con el efecto especial de restablecimiento automático de la situación jurídica lesionada, lo que considera la autora como la crítica fundamental a Brewer, de quien refiere que estima el carácter del amparo como un derecho constitucional y no como una simple acción o recurso.

Es interesante que Rondón somete a estudio los distintos anteproyectos de la Ley de Amparo, elabora y expone un cuadro comparativo sobre los distintos proyectos, donde el primer elemento comparativo es el de si el amparo a la luz de tales anteproyectos se

⁴ Hildegard Rondón de Sansó, “El amparo constitucional en Venezuela”, *Revista de Derecho Público*, núm. 26, 1986, pp. 33-64.

⁵ Hildegard Rondón de Sansó, *Amparo constitucional*, Caracas, Editorial Arte, 1998.

presenta como “acción” o “recurso”, resultando todos ellos como acción, salvo el presentado por la Comisión de la Fiscalía General de la República y la Procuraduría General de la República. Este último, si bien alude a la acción de amparo, señala que el articulado refiere al reclamo contra un acto u omisión, por lo que se trata de un recurso.

Luego de la crítica que formula a la tesis de Brewer, la autora expresa observaciones a la tesis del jurista René Plaz Bruzual, de quien dice señalaba que sobre el amparo debe predominar una concepción metajurídica, por cuanto se relaciona con los derechos humanos y por ello debe ser concebido con base en principios ontológicos, debiendo buscarse la vía más idónea para la efectiva administración de justicia. Considera que la tesis del doctor Plaz Bruzual puede resumirse en que el amparo constitucional es una institución jurídica diferente por cuanto no resuelve controversias de fondo, ni produce cosa juzgada al dejar abiertas las acciones o los recursos que legalmente correspondan.

Rondón concluye su posición señalando que el sentido que le atribuye el legislador al amparo conforme al artículo 1º de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, no es otro que el de una acción y que tiene como finalidad el restablecimiento de la situación jurídica afectada. Manifiesta que el amparo, en el entendido del legislador, es un género que comprende dos especies: la acción autónoma de amparo con efectos restablecedores y la suspensión de efectos de carácter cautelar, pero que en su obra no la califica ni como acción ni como recurso, cuya duración va hasta que sea dictada sentencia en el juicio al cual se le acumula.

Es de capital importancia señalar esa discrepancia y discusión sobre la naturaleza propia del amparo y su alcance, con mayor especificidad sobre si es un derecho, una garantía o simplemente un juicio o procedimiento que constituye la única vía de hacerlo valer. Dichas diferencias y discrepancias hasta la presente fecha no han sido zanjadas en modo alguno, ni ha sido lograda una postura clara, como tampoco sobre el pretendido carácter extraordinario del amparo. Lo antedicho constituye las causales principales y primigenias de las situaciones en el foro que devienen en la fáctica negación del derecho a ser amparado en los términos que dispone el artículo 27 constitucional.

Como hemos podido percatarnos, la referida discusión y diferencias en la percepción del amparo como eminente derecho o garantía no son puramente propias de las posiciones doctrinales de los años ochenta, cuando se promulgara la LOA. Ellas existen desde mucho tiempo atrás, incluso desde finales de los años sesenta, y en reciente tiempo (2014) todavía subsisten, lo que se traduce y puede resultar –como también se analizará– en la propia negación del amparo, tanto como derecho como garantía.

En obras recientes sobre el asunto, como la referida supra de Jorge Kiriakidis,⁶ así como la de Humberto E. T. Bello Tabares,⁷ aparece más que evidente que la discusión y diferencia de perspectivas y lecturas sobre el amparo, lejos de allanarse, toma nuevas sendas.

⁶ Kiriakidis, *op. cit.*

⁷ Humberto E. T. Bello Tabares, *Sistema de amparo. Un enfoque crítico y procesal del Instituto*, Serie Derecho Procesal Constitucional, Caracas, Ediciones Paredes, 2012.

Afirma Kiriakidis en su obra que la instrumentalidad de los derechos es más evidente que la de las garantías, de donde resulta el amparo como un instrumento para lograr la tutela y cumplimiento de los restantes derechos y garantías de la Constitución. En tal sentido, desde esa perspectiva, el amparo es una garantía fundamental. Continúa el autor destacando que hacer una diferenciación entre el derecho-garantía del amparo y el medio procesal que es el juicio de amparo, así como que el amparo sea realizable mediante cualquier medio, no se compadece con la realidad constitucional y que ello puede verificarse de la simple lectura del artículo 49 de la Constitución de 1961 y del artículo 27 de la de 1999, en los que no se hace distinción entre la garantía y el medio que la propia Constitución enuncia, concluyendo que no es cierto que en la Carta convivan o existan dos amparos, uno de garantía y otro de juicio, y afirmando que garantía, derecho o juicio, son la misma cosa.⁸

Por su parte, Humberto E. T. Bello Tabares, al referirse en su trabajo al amparo como “proceso”, “procedimiento”, “juicio” o “litigio”, descarta, en primer lugar, que se tenga como “proceso”, ya que ello es uno de los institutos que sirve a la jurisdicción para su fin y que no se subordina ni depende del derecho sustancial o material. Tampoco considera que sea un “litigio”, pues afirma que es una garantía de protección de derechos fundamentales contra su supuesto agravante que busca resolver una controversia respecto a la infracción de dichos derechos para el mantenimiento de la paz y armonía social. Igualmente, niega que sea un “juicio”, ya que el amparo busca el pronunciamiento de la jurisdicción de tutela de los derechos fundamentales vulnerados, concluyendo sobre el particular que, por descarte, el amparo resulta ser entonces un “procedimiento”, ya que “presenta las verdaderas características de un procedimiento judicial de los derechos fundamentales por parte de la ‘jurisdicción’ cuando son lesionados o amenazados, lo que incluso es considerado en este sentido por el artículo XVIII de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre”.

En cuanto a la interrogante que se hace el autor sobre si puede encuadrarse el amparo constitucional como un derecho, afirma que no vacila en expresarse en forma negativa:

[Y]a que el amparo constitucional no se trata de un poder, facultad o libertad en sí mismo, no se trata de un poder en cabeza de los sujetos que nace de sí mismo, como sucede con el derecho a la huelga, el derecho a la libertad de expresión, a la defensa, al libre tránsito, a la propiedad, a la salud, a la maternidad, al debido proceso, donde para su ejercicio bastará en cada caso los actos de huelga en la medida de lo legal, expresarse, defenderse, transitar [...].

Y concluye Bello Tabares que el amparo no se concibe como un “derecho”, como poder o facultad para la defensa de intereses patrimoniales o morales.

Por último, ante la posición del amparo como una garantía, manifiesta el autor:

⁸ Kiriakidis, *op. cit.*, pp. 28 y 29.

No dudamos en responder afirmativamente al tratarse de un instrumento, procedimiento, herramienta jurisdiccional de creación constitucional y aplicación procesal para la tutela de los derechos fundamentales cuando son vulnerados o amenazados, es decir, el amparo resulta la garantía que complementa la efectividad del derecho fundamental, tratándose del instrumento que permite su tutela por parte de la “jurisdicción”, el cual no puede ser restringido de forma alguna y que como señalamos, se activa en la medida que el ciudadano pretenda la tutela de sus derechos cuando son amenazados o vulnerados bien por los órganos del propio Estado en cualquiera de sus niveles, bien por particulares.

Considera quien desarrolla la presente labor sobre tan especial instituto como lo es el amparo, que no es que carezca de importancia el estudio de su naturaleza y se procure encuadrarlo conforme sus caracteres en las distintas categorías con las que pueda identificarse. Al contrario, resulta menester cada día más ahondar en su pormenorizado examen, pero que tal examen no obedezca únicamente a la intención de considerarlo dentro de tal o cual instituto “corriente” o “tradicional”, sea acción, recurso, derecho, garantía, proceso, juicio, litigio, pretensión, solicitud, querrela, procedimiento, sino para destacar la importancia de la jerarquía constitucional del amparo como mecanismo de protección constitucional de derechos subjetivos. En fin, pretender encajarlo en alguno de ellos y no verlo como un instituto particular, especial y sui géneris de protección de rango constitucional con la supremacía que le es particular, pudiera resultar en su propia minusvalía o limitación, al restringirlo a tales “institutos”, nominados, y a las características y condiciones que le son propias, al preferirse interpretaciones restrictivas para su procedencia como en seguida se analizará.

Al contrario, como hemos señalado, el amparo es un mecanismo de control constitucional especializado, consagrado en la máxima jerarquía normativa del ordenamiento jurídico, en el que su interpretación y aplicación siempre han de ser progresivas en cuanto a la protección, el ejercicio y la vigencia de los derechos y garantías constitucionales, incluso el reconocimiento de sí mismo como tal derecho o garantía. En consecuencia, podrá para tal fin materializarse mediante acción, recurso, solicitud, pretensión, demanda o cualquier otro instituto ordinario o especial que pueda restablecer de manera inmediata las situaciones jurídicas que infrinjan derechos o garantías fundamentales, y es así como ha de ser entendido.

2. La importancia en la percepción del amparo como derecho o como garantía en cuanto a su efectiva aplicación y bajo la óptica del constitucionalismo clásico o neoconstitucionalismo

Como hemos venido desarrollando, en el caso venezolano ha existido y actualmente se mantiene una clara diferenciación entre dos posturas, más allá de la naturaleza

propia del amparo, en cuanto a si hay que verlo desde una óptica adjetiva o sustantiva. Dependiendo de tal óptica y perspectiva, su aplicación y vigencia, o incluso su negación –como se verá más adelante–, atenderá a fórmulas que se identifican más con aquellas posturas propias del constitucionalismo clásico y su tendencia hacia el carácter programático y iuspositivista, o por el contrario, con el denominado neoconstitucionalismo que tiende a la acepción del texto constitucional de manera normativa y iusnaturalista.

Tenemos entonces que, de considerarse el amparo –en buena manera podríamos utilizar la expresión “instituto” o “institución” de amparo, del autor Humberto E. T. Bello Tabares– desde una perspectiva más adjetiva que sustantiva, se lo identificaría con el “procedimiento de amparo”, visto como el vehículo mediante el cual quien considere que ha sido amenazado o vulnerado en sus derechos constitucionales puede lograr la restitución de la situación jurídica infringida, procedimiento que, a su vez, deberá ser previsto y desarrollado en otro texto normativo, como en nuestro caso es la LOA.

Vemos pues que este acercamiento hace el perfil adjetivo de la institución del amparo. Nos resulta así como con un manto de carácter programático, propio de la concepción del constitucionalismo clásico, con el grave riesgo de que cualquier omisión o indebido tratamiento en la ley que desarrolle la institución, puede devenir en que las acciones resulten improcedentes o, peor aún, inadmisibles, ya que cualquier limitación o imposición de requisitos que la norma haga para su ejercicio, podría entenderse, como en efecto ocurre con el artículo 6.5 de la LAO, como limitación a su ejercicio. Esta postura entonces se identifica más con la de ver al amparo como un procedimiento, un mecanismo, una garantía.

Por otra parte, la institución del amparo puede ser abordada y considerada desde una posición y perspectiva sustantiva, esto es, como un “derecho”, y no un simple derecho, sino un derecho fundamental, como el derecho a la defensa, a la prueba –ambos dimanados de la garantía al debido proceso–, el derecho a la tutela judicial efectiva y como los demás derechos constitucionales. En consecuencia, ese derecho a ser amparado es susceptible de ser exigido y ejercido sin que sea necesario su desarrollo legislativo, lo que perfectamente se identifica con el contenido normativo y iusnaturalista de la Constitución, en cuanto a su aplicación directa, y que a su vez corresponde a la corriente neoconstitucionalista, en la que indudablemente se promueve y califica nuestro texto constitucional producto del proceso constituyente de 1999.

Como veremos en diversos fallos judiciales, tanto previos al texto fundamental de 1999 como recientes y próximos al desarrollo del presente trabajo (2013-2014), por parte de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia como último intérprete de las normas constitucionales, se exponen criterios y posiciones que van y vienen en cuanto a la debida apreciación de la institución del amparo que, lastimosamente, lejos de propender a su respeto y afianzamiento, resultan en su negación, en especial cuando el agraviado se encuentra ante la grosera amenaza y violación de sus derechos constitucionales, principalmente cuando es la administración pública a la que se le achacan tales transgresiones, negación que deviene de la negativa a admitir el amparo, supuestamente por contarse

con mecanismos ordinarios, lo cual contraría de plano el desiderátum constitucional previsto en el artículo 27.

3. De la apreciación de la admisibilidad o no del amparo en atención a la existencia de mecanismos judiciales a los que hubiese podido acudir el agraviado

Para un mejor entendimiento del asunto sometido a examen, es necesario hacer una precisa relación cronológica y las apreciaciones constitucionales, distinguiendo tres momentos, a saber: (i) el tratamiento del amparo desde la promulgación de la Constitución de enero de 1961 hasta la promulgación de la LAO; (ii) entre la entrada en vigencia de la LAO hasta el proceso constituyente del año 1999 y (iii) desde la entrada en vigencia del texto constitucional hasta la presente fecha.

El texto constitucional de la República de Venezuela de 1961, en su artículo 49 disponía, en similares términos al actual artículo 27, el derecho de toda persona a ser amparada por los tribunales en el goce y ejercicio de los derechos y las garantías constitucionales, y que tal tribunal tendría potestad para restablecer inmediatamente la situación jurídica infringida o la situación que más se asemeje a ella.

Así las cosas, y ante los términos de la norma constitucional, salvo un caso muy especial y cuya existencia y antecedente hasta la presente fecha casi pasa inadvertido –como lo es el fallo de fecha 14 de julio de 1969 de la Corte Superior Segunda, que en alzada confirmó y declaró con lugar el amparo solicitado por Manuel Beja Núñez,⁹ y declaró la nulidad de las actuaciones de la División de Menores del Cuerpo Técnico de Policía Judicial por incompetencia de la autoridad y usurpación de atribuciones legales–, el resto de las decisiones sobre amparos eran declaradas inadmisibles. Ello, toda vez que el único procedimiento que se encontraba legalmente desarrollado del referido artículo 49 constitucional era el hábeas corpus, y, en tal sentido, los distintos juzgados de la república manifestaban que hasta que no se desarrollase legislativamente el amparo, de modo alguno podía incoarse tal acción contra la validez de actos administrativos violatorios de derechos constitucionales distintos a la libertad personal.¹⁰

Ante la inexistencia en la legislación de la época, de acciones de nulidad por vía de amparo, fueron dictadas sentencias como la proferida por el Juzgado Superior Quinto de fecha 12 de agosto de 1976¹¹ y de la Sala Político Administrativa del 12 de diciembre

⁹ Corte Superior Segunda Civil y Mercantil de la Circunscripción Judicial del Distrito Federal y Estado Miranda, Jurisprudencia Ramírez y Garay, Sentencia 301-69, t. XXII, pp. 39 a 45.

¹⁰ Sentencia CSJ, Sala Político Administrativa, 26 de abril de 1971, Procurador General de la República a favor de F. Wytack, Jurisprudencia Ramírez y Garay, Sentencia 275-71, t. XXX, pp. 466 al 468.

¹¹ Sentencia Juzgado Superior Quinto Civil y Mercantil de la Circunscripción Judicial del Distrito Federal y Estado Miranda, 12 de agosto de 1976, G. Senior contra Sucesión de E. Castillo, Jurisprudencia Ramírez y Garay, Sentencia 446-76, t. LIV, pp. 94 al 97.

de 1970,¹² en las que destacaban el criterio reiterado de la Corte Suprema en cuanto a que únicamente estaba reglamentado el hábeas corpus, y que cuando el artículo 49 constitucional indicaba “en conformidad con la Ley”, había de tenerse dicha expresión como el acto legislativo único posterior a la Constitución que desarrolla los principios en ella consagrados, y que tal artículo “no es una norma directa e inmediatamente aplicable por los jueces sino un precepto programático, solo parcialmente reglamentado –hábeas corpus–”.

En este estadio de la relación cronológica, es evidente la inminente concepción programática del texto constitucional, propio del llamado constitucionalismo clásico y de los criterios iuspositivistas. A todas luces, dicha perspectiva contrasta con los pretendidos criterios enarbolados por el neoconstitucionalismo, que se vale de la concepción iusnaturalista del derecho, y en especial de la Constitución, concepción que, como estudiaremos, tomará un sentido normativista haciendo cada vez más viable la efectiva interposición del mecanismo de control constitucional.

En fecha 20 de octubre de 1983, en el foro judicial se abrió camino una importante sentencia de la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, conocida como el caso Andrés Velásquez.¹³ En ella se señalaba que la lectura y la inteligencia del artículo 49 no podían hacerse de modo aislado y desentendido del artículo 50 que establecía que la falta de la ley reglamentaria de los derechos no menoscababa su ejercicio.

Pareciera que hasta la referida sentencia de octubre de 1983, en las causas donde se pronunciaban los distintos juzgados actuando en sede constitucional, pero principalmente la Sala Político Administrativa de la entonces Corte Suprema de Justicia sobre el artículo 49 constitucional, limitaban su lectura y agotaban su examen en la letra del propio enunciado, ello digno del más absoluto y radical iuspositivismo. Pero jamás pasó el juez constitucional a dar lectura al artículo siguiente, que ante su meridiana e inequívoca redacción no quedaba lugar a dudas de la total procedencia de la acción de amparo en resguardo y garantía de cualesquiera fueran los derechos constitucionales transgredidos sin que hubiese sido dictada ley alguna que desarrollase dicha acción.

Debemos también llamar la atención, en cuanto a la especial referencia que la jurisprudencia, pero más aún la doctrina patria, le han atribuido al fallo de octubre de 1983, como uno de los más importantes antecedentes en el estudio del amparo en Venezuela, con anterioridad a que se dictase la correspondiente ley en enero de 1988,¹⁴ ya que ignorándose la existencia del supra mencionado fallo de fecha 14 de julio de 1969 en el caso Manuel Beja Núñez, y que con ocasión al presente trabajo surgiese su conocimiento, podemos afirmar que ya tribunales de la república muchos años antes, específicamente 14 años antes de la Ley de Amparo, con el mejor tino y en atención al más alto sentido

¹² No se encuentra dicha sentencia en la colección de Ramírez y Garay correspondiente a la referida fecha.

¹³ Jurisprudencia Ramírez y Garay, Sentencia 820-83, t. LXXXIV, pp. 558 al 560.

¹⁴ Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, *Gaceta Oficial*, núm. 33.891 del 22 de enero de 1988.

de justicia y contenido axiológico de la norma, propio de la corriente iusnaturalista, interpretó y aplicó el amparo contextualizado con el artículo 50 y declaró la nulidad de la actuación contraria a los derechos y garantías protegidos constitucionalmente.

Luego de 1983, y hasta enero de 1988, si bien se incrementaron las acciones de amparo interpuestas, estas resultaban desechadas ante el criterio –jurisprudencialmente desarrollado, previo a la entrada en vigencia de la ley– de que cuando frente a determinada actuación se previera un medio específico para controlar su constitucionalidad o ilegalidad, la acción de amparo era inadmisibile¹⁵, caso este en el que la magistrada Hildegard Rondón de Sansó salvó su voto y consideró que el amparo era procedente.

Resultó así entonces un criterio prácticamente absoluto que negaba la procedencia por vía de amparo para suspender o revocar un acto cuando se dispone de vías específicas para impugnarlo;¹⁶ que no cabe el amparo cuando procede otro recurso,¹⁷ o como el que no puede generalizarse al extremo de recurrir a la vía de amparo cuando la situación está prevista en la legislación positiva como susceptible de ser objeto por otro tipo de recurso.¹⁸

Como es de observar, con anterioridad a que fuese dictada la ley que desarrolló el amparo, el criterio que se había impuesto no era otro que el de negarlo ante la existencia de otra vía o recurso al que pudiese ocurrir el querellante, ya que el amparo resultaría entonces improcedente. Este criterio, en contraste a como se observa en la sentencia Andrés Velásquez y antes en el caso Manuel Beja Núñez, obedece a un estricto discernimiento iuspositivista, propio de lo que luego se tildará como constitucionalismo clásico, que es más programático que normativista.

Con la entrada en vigencia de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales en enero de 1988, y en particular con el artículo 6 relativo a las causales de inadmisibilidad, se dictó una de las que ha de considerarse la redacción menos feliz que en materia de legislación de amparo haya podido tener nuestro Estado de derecho. Ello, porque tal norma ha devenido en el foro en una aplicación que de modo alguno se corresponde con el sentido evidente del significado propio de sus palabras, la conexión de ellas entre sí o siquiera la intención del legislador y, además, como luego veremos, resulta hasta contraria al espíritu propio de la vigente Constitución. Así entonces tenemos, desde 1988, una norma relativa a una causal de inadmisibilidad que por interpretación no es lo que dice, pero se erige como una limitación o alcabala que debe sortear quien

¹⁵ Sentencia Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, 25 de enero de 1984, A. León en Recurso de Amparo, Jurisprudencia Ramírez y Garay, Sentencia 125-84, t. LXXXV, pp. 338 a 344.

¹⁶ Sentencia Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, 17 de enero de 1985, Venezolana de Formas Continuas, C.A. (Veneformas), Jurisprudencia Ramírez y Garay, Sentencia 130-85, t. XC, pp. 332 a 335.

¹⁷ Sentencia Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, 26 de septiembre de 1985, G. Terán y otro en Recurso de Amparo, Jurisprudencia Ramírez y Garay, Sentencia 751-85, t. XCII, pp. 376 a 379.

¹⁸ Sentencia Juzgado Superior Primero y Mercantil de la Circunscripción Judicial del Distrito Federal y Estado Miranda, 20 de junio de 1988, G.S. D'Andrea en Recurso de Amparo, Jurisprudencia Ramírez y Garay, Sentencia 249-88, t. CIV, pp. 50 a 52.

esté en la necesidad de acudir ante un tribunal para ser amparado en el goce y ejercicio de sus derechos y garantías constitucionales, incluso en la del propio derecho de amparo previsto en el hoy artículo 27, otrora 49.

El numeral 5 del artículo 6 de la LOA señala de manera expresa y literal que la acción no se admitirá “cuando el agraviado haya optado por recurrir a las vías judiciales ordinarias o hecho uso de los medios judiciales preexistentes [...]”.

De la simple lectura de la referida norma, y sin entrar en estos momentos en la interpretación que le ha dado el foro constitucional, perfectamente se desprende que, en efecto –ante determinada acción u omisión transgresora de derechos y garantías constitucionales susceptibles de ser reparados inmediatamente a tenor del anterior artículo 49 constitucional, hoy 27– pueden existir y en efecto existen otras vías judiciales. Ello resulta de perogrullo cuando hay la posibilidad de “opción”, entre una u otra cosa, pero la interpretación que se ha venido dando a dicha norma, por cierto preconstitucional, es que si se cuenta con otras vías judiciales y se opta por ellas, resulta inadmisibles el amparo, y si no se opta por ellas, por el hecho de existir, es también inadmisibles. En este estadio ha de concluirse de manera crítica, y asumiendo total responsabilidad por lo que se ha de expresar, que lo más infeliz de la redacción, y en consecuencia de la interpretación de la norma, es cuando se refiere a las “vías judiciales ordinarias”, ya que de allí partió la idea de una supuesta relación de las vías judiciales entre ordinarias y extraordinarias, lo cual –como luego concluiremos– no es así.

Ocurrió, y a mucho pesar todavía ocurre, que la interpretación de la causal de inadmisibilidad del artículo 6.5 se tiene como un obstáculo que el agraviado debe sortear para lograr la protección de sus derechos que se presentan como vía de excepción y no como la norma. Así como ocurrió con la indebida concepción programática del artículo 49 del texto constitucional de 1961, que si se le lee, analiza, estudia, interpreta y aplica de manera aislada, no daba lugar a la procedencia del amparo, pero si ello se hace de manera correcta, atendiendo al carácter normativo de la Constitución y principio de unidad axiológica –como se hizo al entender el artículo 49 concatenado y en contexto con el artículo 50–, tenemos como resultado una finalidad del proceso más justa.

Es de interés resaltar la posición de la doctora Hildegard Rondón de Sansó,¹⁹ quien no obstante manifestarse a favor del referido carácter extraordinario de la acción de amparo, en términos precisos y con total asertividad, refirió dicho carácter como sustitución de la problemática de su indebidamente entendida subsidiaridad o dualidad. La doctora Rondón explicó en sustento de su postura que lo extraordinario es aquello que rompe con la normalidad, lo que es imprevisto y requiere un tratamiento especial, concluyendo con un postulado ejemplarizante y sobre el cual nos apoyaremos para la demostración de nuestro planteamiento:

De allí que la relación entre el amparo y la vía ordinaria es la misma que existe entre un tratamiento clínico y uno quirúrgico. No es cierto que este sea sustitutivo

¹⁹ Rondón de Sansó, *Amparo Constitucional*, *op. cit.*

de aquél sino que ambos operan para situaciones diferentes, sin que nada obste para que la segunda vía pueda constituir en determinado momento una solución última, esto es, residual o subsidiaria. Ahora bien, nadie se somete a una operación por una simple molestia pasajera, pero ésta será necesaria e imprescindible cuando se trata de una apendicitis.²⁰

Así las cosas, ante la redacción de la norma que de manera expresa refiere la existencia de mecanismos “ordinarios” –lo cual históricamente resultaba en una inminente inadmisibilidad de las acciones propuestas, vista la lógica y claridad de posturas como la de la doctora Rondón, en la que resulta meridiana la existencia de situaciones específicas en las que en efecto es procedente la acción de amparo–, surgió una línea interpretativa en la jurisprudencia sobre amparo en la que se abre el camino a su admisión, a pesar de existir vías judiciales ordinarias, pero que no resultan eficaces, breves, sumarias e inmediatas en la restitución de la situación jurídica infringida. Se tienen así fallos tales como los de la Federación Venezolana de Deportes Ecuestres²¹ y el caso la Reintegradora.²²

En el caso Federación Venezolana de Deportes Ecuestres se señaló:

Sin embargo, así como se ha dicho que la acción de amparo no puede sustituir los procedimientos ordinarios establecidos en la legislación, también la jurisprudencia de esta Corte ha expresado que no debe entenderse que la acción de amparo es subsidiaria frente a otros medios procesales ordinarios, sino que *será procedente el amparo si se demuestra que, aun habiendo una vía judicial ordinario, ésta no sirve para restituir en forma eficaz, breve, sumaria e inmediata la situación jurídica infringida*. De allí que en cada caso concreto no es suficiente para inadmitir una solicitud de amparo, al dejar establecida la existencia de otros recursos judiciales ordinarios, sino que además estos recursos son eficaces, breves, sumarios e inmediatos en el restablecimiento de la situación jurídica infringida.

Esto último es corroborado por el numeral 5 del artículo 6 de la Ley Orgánica de Amparo, que establece la inadmisibilidad del amparo cuando el agraviado haya optado por recurrir a las vías judiciales ordinarias o hecho uso de los medios procesales preexistentes, ya que pareciera que el agraviado puede optar, aun existiendo vía judicial ordinaria, por el procedimiento de amparo.

Ante la inexistencia de una vía ordinaria, no se presenta discusión. *Existiendo ésta, habría que distinguir si ella es o no apta para el restablecimiento de la situación jurídica infringida; si no lo es, procedería la acción de amparo; pero si lo fuere, la sumariedad del procedimiento de amparo deberá considerarse como una restricción del derecho de defensa del señalado como agraviante*, o, en el caso del amparo contra

²⁰ *Ibid.*, p. 117.

²¹ Sentencia Corte Primera de lo Contencioso Administrativo del 20 de mayo de 1994, Caso Federación Venezolana de Deportes Ecuestres con ponencia de Gustavo Urdaneta Troconis.

²² Sentencia Sala Político Administrativa del 8 de febrero de 1995, caso La Reintegradora con ponencia de Cecilia Sosa Gómez.

decisiones judiciales, de la otra parte en el procedimiento en el cual se dictó la decisión y, en consecuencia, no procedería la vía judicial del amparo, pues privaría el derecho, también constitucional, de defensa, frente a otros derechos que pudiesen protegerse sin lesionar aquél.

En el caso La Reintegradora se indicó:

Al respecto se observa, que esta Sala ha reconocido en innumerables decisiones el carácter extraordinario de la acción de amparo constitucional, de esta forma, se ha venido interpretando el referido ordinal, no como una simple discreción hacia el particular –posibilidad de acudir originariamente a la vía judicial mediante el amparo constitucional, o mediante los medios ordinarios– sino más bien como una obligación del particular, precisamente por el carácter extraordinario de la acción de amparo. De manera que si a través de otro medio distinto al amparo se puede reparar o restablecer la alegada situación jurídica infringida debe ser éste el utilizado.

Ahora bien, este carácter de extraordinariedad del amparo cede ante las situaciones en las cuales existe una necesidad de restablecimiento inmediato o urgente de la situación alegada que hagan necesario acudir a un procedimiento breve y sumario para restablecer la situación jurídica infringida, debido a que la vulneración constitucional no puede esperar el transcurso del debate procesal de las vías ordinarias.

4. El amparo en Venezuela luego de la Constitución de 1999

Con la aprobación y promulgación de un nuevo texto constitucional en el año 1999, es evidente que la acción de amparo, su efectiva manifestación, así como su desarrollo en el foro jurisdiccional constitucional resultarán afectados e influenciados, ante el inminente carácter normativo de la nueva carta fundamental, su corte neoconstitucional, el reconocimiento expreso de la tutela judicial efectiva (art. 26), el derecho al amparo (art. 27) y los términos en que se redactan los artículos 2 y 3 relativos al Estado democrático y social de derecho y de justicia, así como de sus fines esenciales. Pudiera pensarse que todo ello resultaría en un refortalecimiento del mecanismo de protección constitucional al buen estilo garantista del neoconstitucionalismo y iusnaturalismo, pero, como se verá, ello no terminó del todo así.

En primer lugar, en esta sección del trabajo nos resulta interesante destacar las discusiones en la Asamblea Nacional Constituyente correspondientes a los hoy artículos 26 y 27, relativos a la tutela judicial efectiva y al derecho de amparo, celebradas los días 21 de octubre y 12 de noviembre de 1999. Allí, los constituyentes expusieron y discutieron ampliamente sobre la necesidad de que la administración de justicia resultase efectiva y expedita, en contraposición a lo que se experimentaba en los diversos procedimientos jurisdiccionales preconstitucionales.

Todo ello llevó a la aprobación del artículo 26 relativo a la tutela judicial efectiva y de la garantía del Estado para que la justicia sea “gratuita, accesible, imparcial, idónea, transparente, autónoma, independiente, responsable, equitativa y expedita, sin dilaciones indebidas, sin formalismos o reposiciones inútiles”.

En cuanto al amparo, es de resaltar que la redacción originaria sometida a discusión se refería al procedimiento y rezaba de la manera siguiente: “Incluyendo el de la acción *extraordinaria de amparo*, será sencillo, breve y sumario y el juez competente tendrá potestad para restablecer inmediatamente la situación jurídica infringida o la situación que más se asemeje a ella”. Como sabemos, este artículo resultó aprobado en su redacción definitiva sin hacer mención alguna al supuesto carácter extraordinario de la acción de amparo, el cual, si el constituyente efectivamente hubiese considerado tal carácter, bien pudiera haber aprobado la redacción originaria, lo que no ocurrió. Con ello, mal puede tenerse como extraordinaria la acción de amparo cuando la norma constitucional definitiva suprimió tal mención que expresamente aparecía en su enunciado originariamente propuesto.

Al entrar en vigencia el nuevo texto constitucional, la recién creada Sala Constitucional, como último intérprete del texto constitucional, no tardó mucho en proferir sus primeras decisiones relativas a la interpretación y el alcance de la acción de amparo, a la luz de la nueva carta magna de inminente corte neoconstitucional y iusnaturalista, que promueve el Estado democrático y social de derecho y de justicia, resultando incluso en la total reforma del procedimiento de amparo para adecuarlo a los nuevos postulados constitucionales.²³

En cuanto a las precisiones sobre el artículo 6.5 de la LOA, debemos recordar que es totalmente preconstitucional, con lo que entonces las decisiones que se pronunciasen sobre la causal de inadmisibilidad, claramente traerían consigo un bagaje también preconstitucional respecto a la concepción del amparo como un remedio extraordinario y ante la premisa que de existir mecanismos judiciales a los que pudiera acudir el accionante, o hubiera optado por ellos, se declararía inadmisibile la acción, criterio que como analizamos supra es incluso anterior a la propia LAO, atendiendo al mismo criterio iuspositivista del constitucionalismo clásico altamente criticado por la propia sala en sus fallos.²⁴

Tampoco puede decirse que la Sala Constitucional no ha dictado fallos en los que se haya pronunciado en cuanto a la admisibilidad y procedencia del amparo, incluso ante la existencia de otras vías o remedios judiciales preexistentes u “ordinarios”, pero cuando estos no resulten idóneos y en virtud de la urgencia de la restitución.²⁵ Luego, no fue hasta el 9 de agosto de 2000 cuando, bajo la vigencia del nuevo texto constitucional, se dictó

²³ Sentencia Sala Constitucional 7 del 1 de febrero de 2000, caso José Amando Mejías Betancourt.

²⁴ Sentencia Sala Constitucional 1683 del 4 de noviembre de 2008, caso Aclaratoria del fallo relativo a la Ley de la Defensa Pública.

²⁵ Ver notas 21 y 22.

la denominada sentencia líder en los casos de procedencia de la acción de amparo, pese a la existencia de otras vías judiciales, tal el caso conocido como Stefan Mar,²⁶ que señala:

En este contexto es menester indicar que la postura que sirve de fundamento al fallo apelado ha sido corregida progresivamente por esta Sala hasta el punto de considerar que la parte actora puede optar entre el ejercicio de la acción de amparo y la vía de impugnación ordinaria.

Como hemos venido esbozando, esa causal de inadmisibilidad prevista en el artículo 6.5 de la LOA, ante su oscura y poco feliz redacción, aunada a los criterios de interpretación que la antecedieron identificados con la preconstitucional, programática, iuspositivista y clásica concepción que restringe y limita su ejercicio e incluso llega hasta a negarlo, ha sido objeto de interpretación por parte de la Sala Constitucional mediante diversos fallos que se remontan a los primeros tiempos en que entrase en vigor el texto constitucional, que conjuntamente con la antes referida sentencia recaída en el caso Stefan Mar, constituyen o pretenden estatuir los parámetros esenciales para la delimitación de la causal de inadmisibilidad. Tales son los hechos de las sentencias recaídas en los casos Oly Henríquez de Pimentel²⁷ y Parabólicas Service´s Maracay, C.A.,²⁸ que sobre la causal se pronuncian.

En el caso Oly Henríquez de Pimentel se señala:

De cara al segundo supuesto [literal b], relativo a que la acción de amparo puede proponerse inmediatamente, esto es, sin que hayan sido agotados los medios o recursos adjetivos disponibles, el mismo procede cuando se desprenda de las circunstancias fácticas o jurídicas que rodean la pretensión, que el uso de los medios procesales ordinarios resulta insuficiente para el restablecimiento del disfrute del bien jurídico lesionado.

Y en el caso Parabólicas Service´s Maracay, C.A. se indica:

No obstante, la misma norma es inconsistente, cuando consagra que, en el caso de la opción por la vía ordinaria, si se alega violación o amenaza de violación de un derecho o garantía constitucionales, la acción de amparo será admisible, caso en el cual el juez deberá acogerse al procedimiento y a los lapsos previstos en los artículos 23, 24 y 26 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, y su decisión versará exclusivamente sobre la suspensión o no, de manera provisional, sobre el acto cuestionado de inconstitucionalidad.

²⁶ Sentencia Sala Constitucional 939 del 9 de agosto de 2000, caso Stefan Mar.

²⁷ Sentencia Sala Constitucional 2198 del 9 de noviembre de 2001, caso Oly Henríquez Pimentel.

²⁸ Sentencia Sala Constitucional 2369 del 23 de noviembre de 2001, caso Parabólicas Service´s Maracay, C.A.

En otras palabras, la acción de amparo es *inadmisible* cuando el agraviado haya optado por recurrir a vías ordinarias o hecho uso de los medios judiciales preexistentes; por *argumento a contrario* es admisible, entonces, si el agraviado alega injuria constitucional, en cuyo caso el juez debe acogerse al procedimiento y a los lapsos establecidos en los artículos 23, 24 y 26 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, a fin de ordenar la suspensión provisional de los efectos del acto cuestionado. Ahora bien, para que el artículo 6.5 no sea inconsistente es necesario, no sólo admitir el amparo en caso de injuria inconstitucional, aun en el supuesto de que el agraviado haya optado por la jurisdicción ordinaria, sino, también, *inadmitirlo* si éste pudo disponer de recursos ordinarios que no ejerció previamente. De otro modo, la antinomia interna de dicho artículo autorizaría al juez a resolver el conflicto de acuerdo con las técnicas integrativas de que dispone el intérprete (H. Kelsen, *Teoría Pura del Derecho*, Buenos Aires, Eudeba, 1953, trad. de Moisés Nilve).

Es de destacar que las sentencias antes referidas, así como otros fallos²⁹ proferidos en el mismo sentido, fundamentan su dispositivo y limitación al ejercicio de las acciones de amparo, y su supuesto carácter extraordinario, señalando que al acentuarse el carácter normativo de la Constitución, así como se colige del artículo 26, ello deviene en un sistema reforzado de garantías procesales que “resulta congruente con este análisis que la específica acción de amparo constitucional, a que se contrae el inciso segundo del artículo 27 de la Carta Magna, constituye un medio *adicional* a los ordinarios en la tarea de salvaguardar los derechos fundamentales”. Y concluyen que siendo todos los jueces de la República tutores de la integridad de la Constitución, ellos deben restablecer, al ser utilizadas las vías procesales ordinarias, la situación jurídica infringida, antes que ella se haga irreparable y, en consecuencia, sean declaradas inadmisibles las acciones de amparo.

Ante las precisiones, criterios e interpretaciones de la Sala Constitucional de tal supuesto carácter “extraordinario” o “adicional” del amparo, debemos señalar que resultaría una tarea prácticamente imposible encontrar supuestos de hecho en los que pueda mencionarse que no exista un medio o mecanismo “ordinario” que pueda interponerse. Y si, además, se añade el ingrediente mencionado de que, conforme el artículo 26 constitucional, todos los procedimientos deben atender a la tutela judicial efectiva, que en efecto es así, pero no como lo entiende la Sala, todo ello resulta en el foro en una negación, desaplicación y derogatoria fáctica del propio artículo 27, como señalásemos ante el tratamiento y criterio preconstitucional, iuspositivista y clásico de tal supuesto carácter “extraordinario”. Este último, afortunadamente, ha venido siendo abandonado

²⁹ “Sentencias 848/2000 (28/07/2000) Caso: *Luis Alberto Baca* y 963/2001 (05/06/2001) Caso: *José Ángel Guía*. También se refirieron al punto las sentencias 1120/2000, 1351/2000, 1592/2000, 27/2001, 29/2001, 30/2001, 46/2001, 331/2001, 1488/2001, 1496/2001, 1488/2001, 1591/2001 y 1809/2001, entre otras)” (extracto del fallo 2198 del 9 de noviembre de 2001, caso Oly Henríquez Pimentel).

por la Sala Constitucional, que en recientes fallos³⁰ así lo ha proferido, como lo analizaremos en la próxima sección.

Incorre la Sala Constitucional en graves inconsistencias en el tratamiento, la lectura, interpretación y aplicación de la norma que prevé tan importante causal de inadmisibilidad, lo que en definitiva deviene y se nos presenta como una situación totalmente contraria al principio de seguridad jurídica y que atenta contra el propio artículo 27 constitucional que garantiza el derecho al amparo, ya que un operador de justicia puede, arbitraria o acomodaticiamente, dictar la admisibilidad o no de una acción de amparo aduciendo que existen otras vías judiciales para lograr su pretensión.

No obstante lo arriba señalado y la dificultad que debe enfrentar quien vea amenazados o vulnerados sus derechos constitucionales para procurar la restitución jurídica infringida o la que más se le asemeje por vía de amparo, deberá, ante la existencia de otras vías judiciales “ordinarias”, lograr la protección, defensa y ejercicio de los derechos vulnerados en la solicitud de amparo. Dicha causal de inadmisibilidad constituye el más grande obstáculo que haya de superar, debiendo argumentar y motivar debidamente las razones por las cuales ha optado por la acción “especial” de amparo frente a los otros mecanismos “ordinarios”, y mostrar los elementos de convicción necesarios de los cuales resulte que es ese el medio adecuado para, como expresamente señala el artículo 27, “ser amparada por los tribunales en el goce y ejercicio de los derechos y garantías constitucionales”.

5. Del necesario abandono del supuesto carácter extraordinario de la acción de amparo y su verdadera naturaleza frente a otros remedios judiciales

Como hemos venido estudiando y analizando cronológicamente, la apreciación que se ha tenido del amparo en cuanto a su carácter de “extraordinario” respecto a otras vías judiciales “ordinarias”, como causal de inadmisibilidad del primero en cuanto a que exista o se opte por el ejercicio de las segundas, podemos precisar que el criterio e interpretación referente a la restricción y negación del ejercicio de la acción de amparo, al no estar desarrollado legal o reglamentariamente, obedece a una evidente posición iuspositivista, programática y clásica del constitucionalismo. Luego, incluso con anterioridad a dictarse la correspondiente ley y de promulgado el texto constitucional, en clara tendencia garantista, iusnaturalista y neoconstitucionalista, se fue abriendo camino en cuanto a la aceptación y el entendimiento en que sea perfectamente proponible la acción de amparo, aun ante la existencia de otras vías judiciales, pero que estas no puedan satisfacer la pretensión de contenido constitucional de manera breve, eficaz y sumaria; todo ello plantea y hace menester determinar si el amparo, en efecto, es una acción con carácter “extraordinario” o no. En tal sentido, cabe perfectamente señalar

³⁰ Sentencia Sala Constitucional 1080 del 2 de junio de 2005, caso Ellinor Freeman de Dunsterville.

que así como es evidente la progresión del criterio iuspositivista, clásico, programático hacia el iusnaturalista, neoconstitucional y normativo, podemos referir la Sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia 1080 de fecha 2 de junio de 2005, en el caso conocido como Ellinor Freeman de Dunsterville, que respecto al carácter de “extraordinario” del amparo refirió:

El amparo constitucional no es un medio de tutela constitucional extraordinario o residual, sino adicional. En su momento, los mencionados calificativos fueron utilizados por la otrora Corte Suprema de Justicia y por esta misma Sala, como bien lo acotó la consultada, producto de una concepción errada del amparo que ya fue superada. Hoy día, es suficiente la verificación de una lesión constitucional para que la situación jurídica afectada sea susceptible de ser restablecida mediante el amparo, lo que sucede es que, con respecto a la causal de inadmisibilidad contenida en el numeral 5 del artículo 6 de la Ley que regula la materia, antes de llegarse a dicha solución tiene que considerarse que todos los jueces de la República son tutores de la Constitución, y todos y cada uno de los recursos procesales, en última instancia, están concebidos para garantizar los derechos constitucionales, por lo que para hacer operativos los recursos procesales y evitar sufrir una suerte de excesos con el amparo, la disponibilidad de los mismos puede llegar a ocasionar la inadmisibilidad de la acción, pero no como una manifestación del supuesto carácter “extraordinario” o residual del amparo, sino como una reafirmación de la finalidad última de los recursos procesales –al extremo que su disponibilidad no acarrea la inadmisibilidad automática del amparo sino que debe ser producto de la ponderación, por tanto, se insta al mencionado Juzgado a abstenerse en el futuro de utilizar la expresión residual o extraordinario para referirse a la naturaleza jurídica del amparo constitucional.

Vista la evolución de la perspectiva, consideración e interpretación del amparo como acción extraordinaria, supletoria, residual e incluso de que es “adicional”, obligatoriamente nos hace reevaluar criterios y pensamientos en cuanto a si, en efecto, es una acción extraordinaria o, por el contrario, está en otro nivel y relación frente a los otros mecanismos y vías judiciales a los que podría recurrir quien se vea afectado en sus derechos constitucionales.

Así como hoy nos parece del todo ilógico y hasta absurdo que en los años setenta y ochenta, antes de ser dictada la LOA, la percepción programática del artículo 49 de la Constitución de la época no preveía la acción de amparo para situaciones distintas a las del hábeas corpus, cuando la clara respuesta estaba en el propio artículo 50 que refería expresamente que “la falta de ley reglamentaria de estos derechos no menoscaba el ejercicio de los –derechos–”, que, al parecer, nadie o pocos se preocuparon en leer en el debido contexto. En la actualidad, probablemente estamos en similar o peor situación, en cuanto a que no se le esté dando la debida lectura al artículo 27 constitucional en su digno contexto, en especial en su relación con el artículo 26, y todo ello respecto a la causal de inadmisibilidad del amparo.

Para la determinación del debido alcance del artículo que prevé y consiente el derecho de amparo (art. 27 constitucional), es pues necesario verlo en directa y clara relación con el artículo 26, que garantiza la tutela judicial efectiva, y para lo cual es pertinente traerlos a la discusión, inicialmente mediante su transcripción:

Artículo 26. Toda persona tiene derecho de acceso a los órganos de administración de justicia para hacer valer sus derechos e intereses, incluso los colectivos o difusos, a la tutela efectiva de los mismos y a obtener con prontitud la decisión correspondiente.

El Estado garantizará una justicia gratuita, accesible, imparcial, idónea, transparente, autónoma, independiente, responsable, equitativa y expedita, sin dilaciones indebidas, sin formalismos o reposiciones inútiles.

Artículo 27. Toda persona tiene derecho a ser amparada por los tribunales en el goce y ejercicio de los derechos y garantías constitucionales, aun de aquellos inherentes a la persona que no figuren expresamente en esta Constitución o en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos.

El procedimiento de la acción de amparo constitucional será oral, público, breve, gratuito y no sujeto a formalidad, y la autoridad judicial competente tendrá potestad para restablecer inmediatamente la situación jurídica infringida o la situación que más se asemeje a ella. Todo tiempo será hábil y el tribunal lo tramitará con preferencia a cualquier otro asunto.

La acción de amparo a la libertad o seguridad podrá ser interpuesta por cualquier persona, y el detenido o detenida será puesto bajo la custodia del tribunal de manera inmediata, sin dilación alguna.

El ejercicio de este derecho no puede ser afectado, en modo alguno, por la declaración del estado de excepción o de la restricción de garantías constitucionales.

De la lectura general de los postulados constitucionales y de las normas que de ellos pueden extraerse, en modo alguno puede concluirse que ambos artículos estén en una relación de ordinario frente a lo extraordinario; incluso tampoco puede señalarse que estén a modo de exclusión entre sí.

Resulta clara la lectura y la inteligencia que puede extraerse del artículo 26 en cuanto a que toda persona, igual que en el artículo 27, tiene el derecho a recurrir ante los órganos de administración de justicia en procura de la tutela efectiva de sus derechos, todos, tanto de rango legal, sublegal como, claro está, constitucional, y que dicha justicia, en efecto, deberá ser “gratuita, accesible, imparcial, idónea, transparente, autónoma, independiente, responsable, equitativa y expedita, sin dilaciones indebidas, sin formalismos o reposiciones inútiles”. Ha de recalcarse que la inteligencia, alcance e interpretación no pueden ser otros que tal tutela judicial efectiva con todos los atributos que se señalan aplicables a todos los procedimientos en general, incluso para el de amparo.

Ahora bien, del artículo 27, que no puede verse aislado ni en contradicción con el 26, ni pretender que se excluyan entre sí, podemos observar que hace referencia y se

circunscribe especialmente a “los derechos y garantías constitucionales” y la especial potestad de la autoridad judicial para “restablecer inmediatamente la situación jurídica infringida o la situación que más se asemeje a ella”. Como bien puede observarse, los artículos 26 y 27 referidos, es decir la garantía de la tutela judicial efectiva y la de amparo, se encuentran en una relación de “generalidad” y “especialidad”, siendo lo propio y distintivo de la especialidad del amparo que se enmarca en la naturaleza y los derechos objeto de protección, como son los derechos y las garantías constitucionales y los efectos restablecedores de la decisión judicial que sea dictada.

Así las cosas, podemos advertir que la lectura que ha de dársele a la causal de inadmisibilidad, prevista en el artículo 6.5 de la LAO, deberá ser no solo en cuanto a que exista otra vía o mecanismo judicial, sino que, en mayor medida, tal lectura ha de darse respecto a que los derechos denunciados como vulnerados sean derechos y garantías constitucionales y que la pretensión sea de restablecimiento. Todo esto se identifica perfectamente con los pregonados criterios de neoconstitucionalismo; sin embargo, se ha notado que a pesar de importantes sentencias de la Sala Constitucional sobre este aspecto –como la que señala que tan errada concepción del amparo fue superada y que resulta suficiente la verificación de una lesión constitucional para que sea susceptible su restablecimiento mediante el amparo–, muchos son los fallos, no solo de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia como último intérprete del texto constitucional, sino de muchos otros tribunales actuando en sede constitucional que, al conocer acciones de amparo, con fundamento en la existencia de otras vías judiciales, sentencian que los accionantes en amparo bien podían recurrir a las mismas, declarando de esa manera inadmisibles las acciones interpuestas. Esta situación, a la postre, ha devenido en una negación del propio artículo 27 constitucional, que solo sería aplicable y procedente de manera excepcional, lo que a todas luces es contrario al desiderátum del texto fundamental en su concepción normativa.

6. De la especial situación de la acción de amparo contra actos administrativos. De la propia negación del derecho al amparo

Especial mención merece la suerte de la acción de amparo que es intentada conforme el artículo 5 de la LOA contra actos administrativos, actuaciones materiales, vías de hecho, abstenciones u omisiones, que ha devenido en lo que en el foro abiertamente se discute en la práctica extinción de la acción de amparo contra las actuaciones de la administración pública que violen o amenacen violar derechos o garantías constitucionales.

El texto constitucional en su artículo 27 es inequívoco en cuanto al derecho que asiste a todo ciudadano de ampararse cuando vea violados sus derechos y garantías constitucionales. No obstante, se ha observado que cuando el denunciado agravante es una autoridad administrativa, para ser más precisos si se trata del Poder Ejecutivo nacional, los operadores de justicia, incluyendo la propia Sala Constitucional del Tribunal Supremo

de Justicia, difícilmente profieren sentencias en las que sean declaradas admisibles tales acciones de amparo, y prefieren pues declararlas inadmisibles con fundamento en la ya tantas veces mencionada causal contenida en el artículo 6.5 de la LOA. Para estos casos resultan totalmente extensibles todas las reflexiones que hemos venido desarrollando.

Si bien pudimos concluir supra la práctica de negar la admisibilidad de las acciones de amparo, fundamentada en la existencia de otras vías judiciales a las que bien pudo recurrir el querellante para hacer valer su pretensión, lo que se traduce en la propia negación del derecho, en los casos de los amparos contra las actuaciones u omisiones de autoridades del poder público, la negación del derecho al amparo resulta más grosera. Y esto es así porque ante la entrada en vigencia de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, el juez de amparo podrá siempre inadmitirlas so pretexto de existir medios judiciales breves y eficaces en los que pueden ser dictadas medidas cautelares restablecedoras, que muy lastimosamente tampoco son dictadas de intentarse las acciones “ordinarias”, con lo que se le hace un flaco favor a la Constitución, resultando así, una vez más, negado el propio artículo 27.

La Sala Constitucional, en su fallo 895 de fecha 11 de julio de 2013, con ponencia de la magistrada Luisa Estela Morales, no solamente hiere de muerte al artículo 27, sino que prácticamente extingue la acción de amparo por violaciones de derechos y garantías constitucionales por parte de órganos de la administración pública, principalmente del Poder Ejecutivo nacional. En consecuencia, el propio artículo que consagra el amparo resulta totalmente negado y estéril, generándose un inminente estado de “desamparo constitucional”.

Señala dicho fallo:³¹

En este sentido, se advierte que es doctrina reiterada de esta Sala que la admisibilidad de la acción de amparo está sujeta a que el interesado no cuente con vías judiciales idóneas o medios judiciales preexistentes o bien que, ante la existencia de éstos, los mismos no permitan la reparación apropiada del perjuicio a los derechos o garantías constitucionales que se denuncian como vulnerados; de modo que el amparo será procedente cuando se desprenda, de las circunstancias de hecho y de derecho del caso, que el ejercicio de los medios procesales ordinarios resulte insuficiente para el restablecimiento del disfrute del bien jurídico que fue lesionado (Vid. Sentencia de esta Sala del 9 de agosto de 2000, caso: “*Stefan Mar*”).

Respecto a estos medios idóneos, la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela en su artículo 259, otorga competencia a los órganos de la jurisdicción contencioso administrativa para “*anular los actos administrativos generales o individuales contrarios a derecho, incluso por desviación de poder; condenar al pago de sumas de dinero y a la reparación de daños y perjuicios originados en responsabilidad de la Administración; conocer de reclamos por la prestación de servicios públicos; y*

³¹ Sentencia Sala Constitucional 895 del 11 de julio de 2013, caso Eduardo Bardelis Hernández Díaz contra Mausoleo para el Libertador.

disponer lo necesario para el restablecimiento de las situaciones jurídicas subjetivas lesionadas por la actividad administrativa”, lo que conduce a afirmar que los derechos o garantías constitucionales que resulten lesionados por actos o hechos dictados o ejecutados en ejercicio de la función administrativa u omisiones o abstenciones de órganos o personas obligados por normas de derecho administrativo, se encuentran tutelados, en virtud de la potestad que la Constitución otorga, por esos órganos jurisdiccionales (Cf. Sentencia de esta Sala N° 1.346/12).

Así, en el caso de autos, esta Sala observa que la parte accionante tenía a su disposición el recurso contencioso administrativo de nulidad, el cual es un medio procesal que, de manera idónea, puede restablecer la situación jurídica que supuestamente ha sido vulnerada. Ello por cuanto el acto que fue impugnado no es un acto del Poder Público que hubiere sido dictado en ejecución directa del Texto Fundamental, sino en ejercicio de la función administrativa y, por ende, de rango sublegal; razón por la cual no es la jurisdicción constitucional que ejerce esta Sala la competente para su control, pues de conformidad con el artículo 259 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela corresponde a la jurisdicción contencioso-administrativa, en la que puede ser impugnado dicho acto a través de la respectiva demanda de nulidad, como vía judicial idónea para el restablecimiento de los derechos presuntamente vulnerados, en el que incluso pueden solicitarse medidas cautelares (Vid. Sentencia número 3.117 del 15 de diciembre de 2004, caso: “*María del Carmen Trastoy Hombre*”).

Por último, a pesar de la inadmisibilidad de la totalidad de la acción de amparo interpuesta con fundamento en el artículo 6.5 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, respecto de la denuncia de violación del artículo 71 de la Constitución, resulta oportuno reiterar el carácter optativo del mismo en relación con la iniciativa a cargo de las autoridades u órganos que en ella se mencionan, ya que de “una simple lectura del artículo parcialmente transcrito, se evidencia que no sólo es opcional [...], sino que los particulares pueden mediante la solicitud de un número no menor del diez por ciento de los electores inscritos en el Registro Civil y Electoral, convocar un referendo consultivo a tal fin” (Cf. Sentencia de esta Sala N° 919/07), con lo cual la denuncia en particular puede subsumirse además bajo el supuesto contenido en el artículo 6.2 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales.

7. Conclusiones y recomendaciones

No podemos abordar las ideas propias de la conclusión de este trabajo sin dejar de expresar la gran preocupación que causa observar cómo la Sala Constitucional de nuestro máximo tribunal, lejos de proferir fallos que propendan a la protección del propio texto constitucional y, en especial, al ejercicio de la acción de amparo, las decisiones sometidas a examen, pese a fundamentarse en el carácter normativo de la Constitución, terminan negándolo.

La posición de la Sala Constitucional contenida en sus diversos fallos se muestra entonces en clara y abierta contradicción en cuanto a la propia noción de Estado democrático y social de derecho y justicia. Contraría así el carácter normativo del texto constitucional, ya que negado el ejercicio de la acción de amparo so pretexto de la existencia de otras vías judiciales “ordinarias”, criterio que en otros fallos la propia Sala señala haberlo superado, deviene en situaciones en las que el ejercicio de acciones de protección constitucional sea simplemente un caso excepcional, frente a lo común que se percibe en el foro, como la regular y cotidiana violación de derechos y garantías constitucionales sin que existan pues mecanismos para lograr una tutela judicial efectiva constitucional, mientras subsiste un actual e inminente Estado de “desamparo constitucional”.

Ante la evidente negación que ha resultado del propio artículo 27 constitucional, la intención primordial de las reflexiones efectuadas en este trabajo es recomendar y fomentar el mayor examen y estudio de la naturaleza jurídica de la “institución” del amparo en Venezuela, en cuanto a que, no obstante sea considerado por la doctrina más un derecho que una garantía, un procedimiento o juicio frente a un derecho fundamental, o que tenga una preeminencia en la visión adjetiva sobre la sustantiva, tales posiciones jamás deberán ir en contra del propio amparo como mecanismo de protección de derechos fundamentales consagrado constitucionalmente, y que cualquier interpretación restrictiva de su interposición y procedencia resultaría contraria a los propios postulados del texto constitucional en cuanto a su carácter y aplicación normativa.

Bibliografía

- BELLO TABARES, Humberto E. T., *Sistema de amparo. Un enfoque crítico y procesal del instituto*, Serie Derecho Procesal Constitucional, Caracas, Ediciones Paredes, 2012.
- BREWER CARÍAS, Allan Randolf, “La reciente evolución jurisprudencial en relación a la admisibilidad del recurso de amparo”, *Revista de Derecho Público*, núm. 19, 1984, pp. 2007-2017.
- _____, “El derecho de amparo y la acción de amparo”, *Revista de Derecho Público*, núm. 22, 1985, pp. 51-61.
- ESCOBAR SALOM, Ramón, *El juicio de amparo*, Caracas, Colegio de Abogados del Distrito Federal, 1971.
- KIRIAKIDIS LONGHI, Jorge, *El amparo constitucional venezolano. Mitos y realidades*, Colección Justicia núm. 1, Caracas, Editorial Jurídica Venezolana, 2012.
- RONDÓN DE SANSÓ, Hildegard, “El amparo constitucional en Venezuela”, *Revista de Derecho Público*, núm. 26, 1986, pp. 33-64.
- _____, *Amparo constitucional*, Caracas, Editorial Arte, 1998.

Antecedentes jurisprudenciales

- ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE, Diario de debates correspondiente a las discusiones de los días 21 de octubre y 12 de noviembre de 1999.

CORTE PRIMERA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, Sentencia del 25 de enero de 1984, caso A. León en recurso de amparo, Jurisprudencia Ramírez y Garay, Sentencia 125-84, t. LXXXV, pp. 338 a 344.

_____, Sentencia del 17 de enero de 1985, caso Venezolana de Formas Continuas, C.A. (Veneformas), Jurisprudencia Ramírez y Garay, Sentencia 130-85, t. XC, pp. 332 a 335.

_____, Sentencia 26 de septiembre de 1985, caso G. Terán y otro en recurso de amparo, Jurisprudencia Ramírez y Garay, Sentencia 751-85, t. XCII, pp. 376 a 379.

_____, Sentencia del 20 de mayo de 1994, caso Federación Venezolana de Deportes Ecuestres con ponencia de Gustavo Urdaneta Troconis.

CORTE SUPERIOR SEGUNDA CIVIL Y MERCANTIL DE LA CIRCUNSCRIPCIÓN JUDICIAL DEL DISTRITO FEDERAL Y ESTADO MIRANDA, Sentencia 14 de julio de 1969, caso Manuel Beja Núñez contra División de Menores del Cuerpo Técnico de Policía Judicial, Jurisprudencia Ramírez y Garay, Sentencia 301-69, t. XXII, pp. 39 al 45.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA POLÍTICO ADMINISTRATIVA, Sentencia de 26 de abril de 1971, caso Procurador General de la República a favor de F. Wytack, Jurisprudencia Ramírez y Garay, Sentencia 275-71, t. XXX, pp. 466 al 468.

_____, Sentencia del 20 de octubre de 1983, caso Andrés Velásquez, Jurisprudencia Ramírez y Garay, Sentencia 820-83, t. LXXXIV, pp. 558 al 560.

_____, Sentencia del 8 de febrero de 1995, caso La Reintegradora con ponencia de Cecilia Sosa Gómez.

JUZGADO SUPERIOR PRIMERO CIVIL Y MERCANTIL DE LA CIRCUNSCRIPCIÓN JUDICIAL DEL DISTRITO FEDERAL Y ESTADO MIRANDA, Sentencia del 20 de junio de 1988, caso G.S. D'Andrea en recurso de amparo, Jurisprudencia Ramírez y Garay, Sentencia 249-88, t. CIV, pp. 50 a 52.

JUZGADO SUPERIOR QUINTO CIVIL Y MERCANTIL DE LA CIRCUNSCRIPCIÓN JUDICIAL DEL DISTRITO FEDERAL Y ESTADO MIRANDA, Sentencia del 12 de 08 de 1976, caso G. Senior contra Sucesión de E. Castillo, Jurisprudencia Ramírez y Garay, Sentencia 446-76, t. LIV, pp. 94 al 97.

TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA, Sala Constitucional, Sentencia 7 del 1 de febrero de 2000, caso José Amando Mejías Betancourt.

_____, Sentencia 848/2000 del 28 de julio de 2000, caso Luis Alberto Baca.

_____, Sentencia 939 del 9 de agosto de 2000, caso Stefan Mar.

_____, Sentencia 963/2001 del 5 de mayo de 2001, caso José Ángel Guía.

_____, Sentencia 2198 del 9 de noviembre de 2001, caso Oly Henríquez Pimentel.

_____, Sentencia 2369 del 23 de noviembre de 2001, caso Parabólicas Service 's Maracay, C.A.

_____, Sentencia 1080 del 2 de junio de 2005, caso Ellinor Freeman de Dunsterville.

_____, Sentencia 1683 del 4 de noviembre de 2008, caso Aclaratoria del fallo relativo a la Ley de la Defensa Pública.

_____, Sentencia 895 del 11 de julio de 2013, caso Eduardo Bardelis Hernández Díaz contra Mausoleo para el Libertador.

Textos normativos

CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DE VENEZUELA, *Gaceta Oficial E.*, núm. 662 del 23 de enero de 1961.

CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA, *Gaceta Oficial E.*, núm. 5.453 del 24 de marzo de 2000.

LEY ORGÁNICA DE AMPARO SOBRE DERECHOS Y GARANTÍAS CONSTITUCIONALES, *Gaceta Oficial*, núm. 33.891 del 22 de enero de 1988.

LEY ORGÁNICA DE LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA, *Gaceta Oficial*, núm. 39.451 del 22 de junio de 2010.

Alexandre Veronese (Brasil)*
Eduardo Manuel Val (Brasil)**
Enzo Bello (Brasil)***

Notas comparativas sobre las recientes reformas en el control de constitucionalidad en Chile, Argentina y Brasil

RESUMEN

El presente artículo tiene como objetivo comparar el diseño institucional de los sistemas políticos de Chile, Argentina y Brasil, así como relatar el análisis de los casos ejemplares de las respectivas cortes constitucionales. El trabajo evolucionó desde un primer análisis teórico sobre el concepto de judicialización de la política hasta un análisis institucional. A partir de un marco teórico actualizado se definió la hipótesis central relacionada con la transición democrática en los tres países. El proceso de estabilización de las nuevas estructuras institucionales se produjo de forma distinta en cada país, de acuerdo con las marchas y contramarchas típicas de la vida política. Ese proceso de diferenciación contextual posee un panorama similar. Existe un creciente grado de autonomía en sus discursos jurídicos relacionado con la consolidación del Estado moderno en las tres naciones.

Palabras clave: control de constitucionalidad, reformas, judicialización de la política, comparación, Chile, Argentina, Brasil.

* Profesor adjunto de Teoría Social y del Derecho, Facultad de Derecho, Universidade de Brasília (UnB); asesor de ministro en el Superior Tribunal de Justiça (STJ). Doctor en Sociología (IESP/UERJ); máster en Sociología y Derecho (UFF). veronese@matrix.com.br.

** Profesor adjunto de Derecho Público, Facultad de Derecho, Universidade Federal Fluminense (UFF). Doctor y máster en Ciencias Jurídicas (PUC-Rio). eduardval11@hotmail.com.

*** Profesor adjunto de Derecho Público, Facultad de Derecho, Universidade Federal Fluminense (UFF). Doctor en Derecho (UERJ) y máster en Ciencias Jurídicas (PUC-Rio). Asesor del procurador general de la república. enzobello@gmail.com.

ZUSAMMENFASSUNG

Der vorliegende Artikel beabsichtigt, den institutionellen Rahmen der politischen Systeme Chiles, Argentiniens und Brasiliens miteinander zu vergleichen und ausgewählte Fälle der drei Verfassungsgerichtshöfe vorzustellen. Ausgehend von einer einleitenden theoretischen Untersuchung zum Konzept der Verrechtlichung der Politik führt der Beitrag hin zu einer institutionellen Analyse. Auf der Grundlage eines aktuellen theoretischen Rahmens soll eine zentrale Hypothese zur Demokratisierung in den drei Ländern definiert werden. Entsprechend der für das politische Leben in ihnen kennzeichnenden Fort- und Rückschritte hat der Stabilisierungsprozess der neuen institutionellen Strukturen in jedem Land jeweils einen eigenständigen Verlauf genommen. Bei dem Prozess der kontextuellen Differenzierung ergibt sich ein ähnliches Bild. In Abhängigkeit von der Konsolidierung des modernen Staates in den drei Ländern gewinnt der juristische Diskurs zunehmend an Autonomie.

Schlagwörter: Verfassungskontrolle, Reformen, Verrechtlichung der Politik, Vergleich, Chile, Argentinien, Brasilien.

ABSTRACT

This paper compares the institutional design of the political systems of Chile, Argentina and Brazil and analyses sample key cases decided by their respective constitutional courts. We start with a theoretical analysis of the concept of judicialization of politics and conclude with an institutional analysis. Based on an updated theoretical framework, we define the main hypothesis regarding the transition to democracy in the three countries. The stabilization of the new institutional structures evolved differently in each country, in keeping with the constant changes of direction which are typical of politics. These different contexts have produced similar trends. There is an increasing degree of autonomy in the legal discourse of the three countries regarding the consolidation of the modern State.

Keywords: Constitutionality control, reforms, judicialization of politics, comparison, Chile, Argentina, Brazil.

1. Introducción

El presente artículo tiene por objeto comparar el diseño institucional de los sistemas políticos de Chile, Argentina y Brasil, así como relatar el análisis de los casos ejemplares de las respectivas cortes constitucionales. El trabajo evolucionó de un primer análisis teórico sobre el concepto de judicialización de la política hacia un análisis institucional. A partir de un marco teórico actualizado se definió la hipótesis central relacionada con la transición democrática en los tres países.¹ El proceso de estabiliza-

¹ Es posible obtener un panorama sobre el problema del “imperio del derecho” (*rule of law*) en Enrique Peruzzotti y Catalina Smulowitz (eds.), *Enforcing the Rule of Law: Social Accountability in*

ción de las nuevas estructuras institucionales se produjo de forma distinta en cada uno de ellos, y estuvo claramente relacionado con las marchas y contramarchas típicas de la vida política. Sin embargo, ese proceso de diferenciación contextual posee un panorama similar. Existe un creciente grado de autonomía en el discurso jurídico en los tres países.² Parte de los elementos de dicho discurso se atribuye a la historia política de los países, y puede relacionarse, sin duda, con la consolidación del Estado moderno en las tres naciones. De esta forma, los conceptos jurídicos sobre la conformación institucional del Estado encuentran límites diferentes, de acuerdo con la tradición jurídica de cada país.

Cuadro 1.
Anotaciones comparativas previas

	Similitud compartida	Diferencias específicas
Característica	Fortalecimiento del discurso jurídico con pretensión de autonomía con relación al sistema político.	La aceptación de la prevalencia de las decisiones judiciales sobre las resoluciones políticas y administrativas varía en cada país.
Consecuencia observable	Tendencia al aumento de las decisiones judiciales no alineadas al interés del objetivo, con la búsqueda de una fundamentación diferente para la decisión.	Existe una tensión constante entre: 1) una agenda "progresiva" de los juristas y 2) una reacción de los juristas y del propio sistema político.

Esta hipótesis queda todavía más clara si observamos las sentencias constitucionales que permiten, o no, cambios en las instituciones sociales y políticas. Las diferencias entre la reforma administrativa brasileña y la aplicada por los gobiernos de Raúl Alfonsín y Carlos Saúl Menem en Argentina pueden observarse en los debates judiciales sobre la constitucionalidad de las reformas. En el caso de Argentina, la hipótesis se refuerza debido a la evidencia de que el gobierno del presidente Menem modificó el texto constitucional para nombrar cuatro jueces más en la Suprema Corte de Justicia, que posee la función de control constitucional (*judicial review*). En el caso chileno, el fortalecimiento del poder judicial es una obra lenta y gradual; recién en 2005 hubo una sensible reforma

the New Latin American Democracies, Pittsburgh, University of Pittsburgh Press, 2006. Una crítica bastante relevante es el concepto de *rule of law*. Para eso, cf. Tom Ginsburg y Tamir Moustafa, *Rule by Law: the politics of courts in authoritarian regimes*, Cambridge, MA, Cambridge University Press, 2008. En el mismo sentido, Anthony Pereira, *Political (in)justice: authoritarianism and the Rule of Law in Brazil, Chile, and Argentina*, Pittsburgh, University of Pittsburgh Press, 2005.

² Algunas críticas a ese discurso jurídico se fundamentan en la noción de que se trataría de una recolonización cultural. Cf. Ugo Mattei y Laura Nader, *Plunder: when the Rule of Law is illegal*, New York, Wiley-Blackwell, 2008. Otros autores construyeron un análisis de ese movimiento como una interconexión de conocimiento, con efectos prácticos, claro, pero sin un juicio de valor tan evidente. Cf. Yves Dezalay y Bryant Garth, *The internationalization of palace wars: lawyers, economists, and the contest to transform Latin American states*, Chicago, University of Chicago Press, 2002.

judicial que permitió el surgimiento de un control represivo de constitucionalidad.³ Llevará todavía más tiempo hasta que se constituyan precedentes, lo que es comprensible debido a la tradición liberal, de cierta forma conservadora, de los magistrados chilenos.⁴

Existen fuertes evidencias en la literatura internacional sobre la permeabilidad de las teorías contemporáneas del derecho en el debate constitucional en América Latina. Así, la primera conclusión que puede extraerse es que el debate judicial se da bajo la influencia del acervo teórico extranjero para la resolución de conflictos políticos en el ámbito jurídico. Eso ocurre tanto en Brasil como en los demás países de América Latina. En una hipótesis más radical, un analista podría aducir que la interpretación judicial no es otra cosa que la mera legitimación discursiva de una decisión política, ausente de una consideración idealista.⁵ De esta forma, para no caer en esa equivocación, es importante entender el sustrato de la historia política reciente de los tres países para dimensionar la recepción de las fuentes teóricas en el nuevo contexto de transformación e innovación institucional.

2. Cuestiones teóricas preliminares

La primera cuestión relacionada con la investigación es tanto el acervo teórico, como se describió sucintamente en el punto anterior, como el problema metodológico. De esa forma, es posible pensar en el método de trabajo desarrollado a partir de tres pasos: 1) definición preliminar del contexto teórico, 2) descripción del diseño institucional existente en los tres sistemas comparados (análisis estático) y 3) evaluación comparada de casos cuya temática sea correlacionada (análisis dinámico).

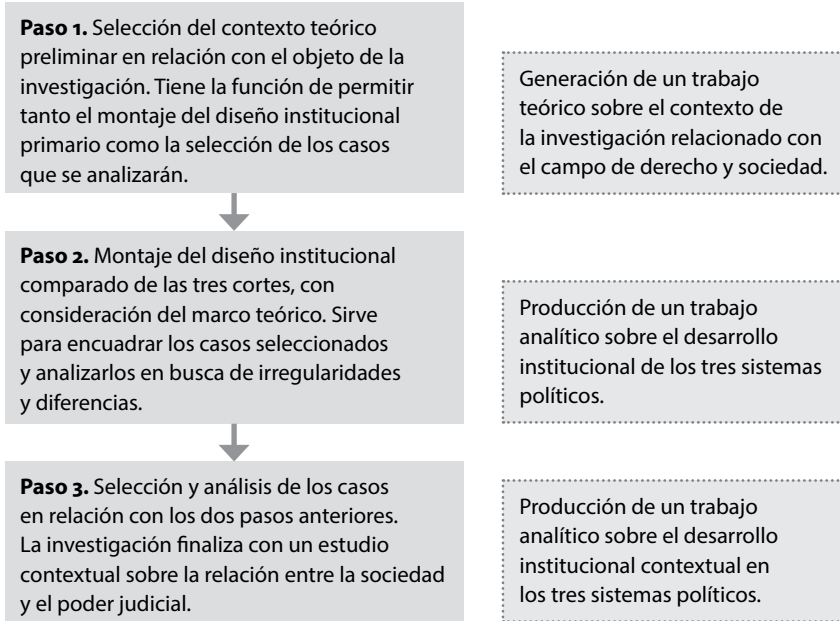
Realizada la primera parte del estudio, merece la pena destacar que los dos pasos posteriores fueron marcados por desafíos específicos. La primera parte se desarrolló sin dificultad, ya que la literatura internacional sobre judicialización de la política en

³ Una obra relevante que comenta esa reforma es la de Francisco Zúñiga Urbina (coord.), *Reforma constitucional*, Santiago, LexisNexis, 2005. Sin embargo, ese trabajo colectivo no incorpora un análisis crítico maduro porque fue redactado inmediatamente después de la aprobación de la mencionada reforma. Es posible observar una crítica enfática a la timidez de las alteraciones en el sistema judicial chileno en Lautaro Ríos Álvarez, “La jurisdicción constitucional en Chile: después de la reforma de 2005 de la Ley Fundamental”, *Anuario Latinoamericano de Derecho Constitucional*, Fundación Konrad-Adenauer, año 14, 2008, pp. 209-241.

⁴ Ese punto de vista es señalado por Fernando Atria Lemaitre, “Seguridad jurídica y derechos fundamentales: sobre predecibilidad y autogobierno”, en Andrés Bordalí Salamanca (coord.), *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, Santiago, LexisNexis, 2006, pp. 7-16. En el mismo sentido, pero prestando atención al contexto político más amplio y una nota comparativa con Estados Unidos, cf. Javier Couso, “The Judicialization of Chilean Politics: the rights revolution that never was”, en Rachel Sieder, Line Schjolden y Alan Angell (eds.), *The judicialization of politics in Latin America*, London, Palgrave, 2005.

⁵ Este punto de vista puede fundamentarse en la concepción del profesor Andrei Koerner (Unicamp). Dicha concepción se identifica profundamente con lo que se denomina “realismo jurídico” en la literatura de la teoría del derecho.

Figura 1.
Metodología de trabajo comparado en tres pasos



América Latina es bastante conocida en Brasil. Es más, es bastante debatida y fue absorbida, en parte, hasta en los diálogos públicos sobre el papel contemporáneo del poder judicial en el país.

El problema teórico más grave, que unifica y da sentido a la realización de un análisis comparativo, es la búsqueda para comprender cómo puede producirse una solidificación cultural del mundo jurídico separada de una consolidación política e institucional. Este es el tema que indica la hipótesis central de un trabajo comparado, o sea, lo orienta hacia

Figura 2.
Relación entre los condicionantes materiales y formales para la realización de los derechos



la verificación de procesos sociales de usos y prácticas jurídicas en los países analizados. Más allá de una mera compilación de textos constitucionales, con el diseño de mecanismos procesales, es importante reunir un segundo conjunto de estudios que pretenden evaluar esta utilización social de las instituciones. Así, se busca la comprensión, a partir de una literatura secundaria, de cómo los mecanismos institucionales se interpretan como derecho en acción. Dicho análisis, en los términos conceptuales de la bibliografía contemporánea, fue publicado y reseñado bajo el rótulo de “judicialización”.

Para realizar un análisis comparado de casos⁶ se pensó en una temática uniforme de localización. El objetivo central de la elección de la temática debe estar directamente relacionado con el momento de transición del sistema político. Así, la opción por un tema podrá contrastarse con la institucionalización material de garantías y derechos en los tres países. ¿Cuál derecho venía sufriendo restricciones y tiene una posibilidad de identificarse, en el continente sudamericano, con la liberalización política que marca el fin de las dictaduras? Hay dos opciones: (i) medidas de compensación a las víctimas del período dictatorial (indemnizaciones y amnistía), y (ii) fortalecimiento del derecho de manifestación (reunión y, en última instancia, protesta organizada). La primera intuición sería dirigirse a los sistemas de compensación. Sin embargo, esta solución ya se destaca en la literatura especialmente debido a la controversia sobre el peculiar sistema de indemnizaciones en el caso brasileño. Se prestó menos atención a las protestas sociales, que pueden considerarse un derecho político clásico en la visión liberal. Para conformar un “derecho de manifestación, reunión y protesta” es necesario combinar:

1. El derecho de organización política en entidades de la sociedad civil (libre asociación, por ejemplo; inexistencia de injerencia estatal en esas entidades, etc.); sin esos derechos combinados no es posible la existencia de entidades encargadas de animar la esfera pública con reivindicaciones.
2. El derecho de reunión y manifestación pacífica, del que están imbuidos los participantes de las manifestaciones para su acción reivindicativa.

Estos derechos pueden protegerse a través de medidas constitucionales. La diferencia práctica de su concreción estará directamente relacionada con la efectividad de dichos medios de protección en momentos de evidente tensión política. El período más rico del pasado reciente para encontrar casos es el momento de la implantación de cambios en los sistemas estatales de esos países: las reformas liberalizantes de carácter económico y social de la década de los noventa.

Lo que se postula es que el condicionante jurídico formal requiere la existencia de dos elementos de relevancia central: 1) medios de protección de acceso directo por parte

⁶ El estudio comparado tuvo la importante ayuda de Carles Boix y Susan C. Stokes (eds.), *The Oxford handbook of comparative politics*, Oxford, Oxford University Press, 2007. Otra guía valiosa fue Keith E. Whittington, Daniel Kelemes y Gregory A. Caldeira (eds.), *The Oxford handbook of law and politics*, Oxford, Oxford University Press, 2008.

de los ciudadanos, y 2) esfera de alta jerarquía (corte constitucional, por ejemplo) para corregir la acción de las instancias inferiores y velar por la aplicación directa de los derechos sustantivos. Estos dos elementos permiten, por tanto, que los derechos subjetivos de los individuos (organización, manifestación, etc.) sean practicados y protegidos contra la injerencia estatal.

El caso argentino es bastante interesante. Existe literatura sobre el derecho a la protesta social y sus últimas vertientes.⁷ Las manifestaciones políticas ocurridas en el período de las privatizaciones y de crisis económicas graves motivaron un debate jurídico sobre los sistemas de protección a los derechos individuales conducido por el Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS).

El tema del derecho a la protesta social también provocó debates en Chile. El país fue marcado por protestas de indígenas de la etnia mapuche, además de intensas manifestaciones del movimiento estudiantil. Vale indicar que existe la continuidad de la separación de una justicia militar, no sometida al sistema judicial general, lo que viene generando fuertes críticas por parte de entidades de la sociedad civil.

Existen en ambos países algunos intentos de construcción de medidas legislativas para posibilitar el fortalecimiento de remedios procesales que busquen hacer efectivos los derechos subjetivos a la protesta social. Esta solución deriva de las fallas institucionales en el sistema judicial en el sentido de proporcionar soluciones de protección claras. En el caso brasileño, un ejemplo evidente de instrumento jurídico de protección es el *habeas corpus*; otro medio de protección contra la injerencia estatal es el brasileño *mandado de segurança* (*writ of mandamus*). En ambos países existe la previsión del recurso de amparo para efectuar dicha protección. Sin embargo, el debate ya existente indica la necesidad del fortalecimiento y de la supervisión por parte de tribunales superiores.

El caso brasileño parece un buen contraste. El poco debate sobre el tema demuestra que hay condiciones para hacer efectivos los medios de protesta social por parte de las organizaciones de la sociedad civil. En Brasil existe incluso la institucionalización de tribunales superiores que funcionan como supervisores de la protección ofrecida por los tribunales inferiores y por las instancias en contacto directo con los ciudadanos.

3. El reciente modelo dual de control de constitucionalidad en Chile

El punto de partida de la institucionalización en Chile se produce con la Constitución de 1811, donde se proclama la independencia con respecto a la figura de Fernando VII. La mención puede entenderse como parte de una retórica que buscaba la separación política de la metrópoli, por un lado, pero al mismo tiempo era dependiente desde el

⁷ Se puede acceder a ese material en Centro de Estudios Legales y Sociales, *El Estado frente a la protesta social (1996-2002)*, Buenos Aires, Siglo Veintiuno Editores, 2003; *La lucha por el derecho*, Buenos Aires, Siglo Veintiuno Editores, 2008.

punto de vista económico. La figura del monarca podría indicar esa transición. En realidad, no había estabilidad institucional en el país para definir reglas razonables para un nuevo juego político. Vale la pena recordar que en todos los territorios del dominio español se pensó una solución parecida a la de Brasil. Pero, por problemas específicos de la casa real de España, no fue posible producir un resultado final similar al portugués. Finalmente, los diversos territorios se desagregaron en soluciones locales para acomodarse política y económicamente al nuevo escenario poscolonial. El período entre 1810 y 1833 estuvo marcado por diversas cartas constitucionales y reorganizaciones. Recién en 1833 se firmó una carta republicana estable que perduró por noventa y dos años.

En Chile, la institucionalidad política se consolidó sobre una base fuertemente oligárquica. La Constitución de 1925 marcó el intento de ampliar el alcance de las reglas del juego político para incluir nuevos actores, aunque esto se hiciera de forma controlada. Este movimiento solo se interrumpió de forma abrupta con el golpe que depuso al presidente Allende, en 1973. El Gobierno militar produjo una nueva Carta constitucional, en 1980, que sigue vigente hasta el presente, aunque bastante reformada.

Las instituciones judiciales chilenas, a diferencia de lo que ocurrió en otros países, como Argentina, siempre gozaron de una independencia razonable. Era una situación similar, en cierta forma, a la de Brasil, a pesar de que su base fuera distinta. En Chile, los magistrados evitaban inmiscuirse en cuestiones consideradas como políticas. Esta acción reiterada terminó por consolidar en la comunidad jurídica una visión apartada de las instituciones legislativas en relación con la cotidianidad política. En este sentido, el papel histórico del Tribunal Constitucional chileno es ejemplar para la comprensión de este dilema.

El sentido común indica que un tribunal constitucional serviría, principalmente, para la defensa de los derechos fundamentales de los ciudadanos. Aún más, dicha defensa sería, principalmente, contra el Estado. Esto puede verse porque existe una polémica doctrinaria acerca de la posible extensión de los derechos fundamentales a los particulares. En Chile, el Tribunal fue recreado por la Ley de reforma constitucional 17.224, del 23 de enero de 1970, o sea, por medio de una reforma al texto de 1925. El 4 de septiembre de 1970 Salvador Allende fue elegido presidente. Un golpe militar lo depuso en 1973, instaurando una junta de gobierno. El 11 de septiembre de 1980 se aprobó, por medio de un plebiscito, una nueva constitución. Esta constitución recreó el Tribunal Constitucional con funciones similares al anterior. Norberto Lösing señala que el Tribunal Constitucional decidió poco en esos tres años. Fueron 17 sentencias hasta su disolución, el 5 de noviembre de 1973, en virtud de la Ley 119. Estas sentencias definieron conflictos de competencia entre el presidente y el Parlamento. Incluso el autor indica que dichas decisiones habitualmente no agradaban a ninguna de las partes.⁸

⁸ Norbert Lösing, *La jurisdiccionalidad constitucional en Latinoamérica*, Madrid, Dykinson / Konrad-Adenauer Stiftung, 2002, p. 281.

El Tribunal Constitucional nunca se entrometió en la interpretación constitucional de leyes o, incluso, en la defensa de derechos fundamentales. Compartía sus competencias con la Suprema Corte de Justicia y la Contraloría General del Estado. Esta última institución era, incluso, un órgano subordinado al Poder Ejecutivo. Una parte de sus ministros era designada directamente por el presidente y por el Consejo de Seguridad Nacional, que era un órgano consultivo de la Presidencia. Incluso los requisitos prácticos de investidura apartaban a todos los abogados que no actuaran en la jurisdicción de Santiago. También impedía la participación de gran parte de los abogados, ya que exigía que los elegibles tuvieran una actuación efectiva y previa en el propio tribunal.

La resolución se equilibró de forma dinámica con la cultura jurídica liberal del país, que repelía la separación del mundo del derecho con relación al devenir cotidiano de la política. De esta forma, no se necesitaron intervenciones radicales como las ocurridas en Argentina.

La República de Chile actualmente posee una constitución, otorgada en 1980, que fue objeto de una reforma constitucional mediante plebiscito, en 1989, en el conturbado fin del gobierno dictatorial comandado por el general Augusto Pinochet. En 2005, esta constitución tuvo una nueva enmienda cuyo aporte principal fue introducir una importante alteración en el sistema de control de constitucionalidad. Actualmente, la Carta constitucional chilena prevé el funcionamiento de un órgano judicial máximo (Corte Suprema), separado del Tribunal Constitucional, según su artículo 82:

Artículo 82. La Corte Suprema tiene la superintendencia directiva, correccional y económica de todos los tribunales de la nación. Se exceptúan de esta norma el Tribunal Constitucional, el Tribunal Calificador de Elecciones y los tribunales electorales regionales.

Los tribunales superiores de justicia, en uso de sus facultades disciplinarias, solo podrán invalidar resoluciones jurisdiccionales en los casos y forma que establezca la ley orgánica constitucional respectiva.

Hasta 2005, el Tribunal Constitucional chileno efectuaba solamente el control de constitucionalidad previo, de forma claramente distinta con relación al modelo brasileño y argentino. Por tanto, la noción de *judicial review* no estaba presente en la estructura institucional chilena, que optó por un control de constitucionalidad durante el proceso de producción legislativa, próximo al modelo francés. Así, de acuerdo con la antigua redacción del artículo 83 de la Carta constitucional chilena, una vez declarada la constitucionalidad previa de una norma, la Corte estaba impedida de declarar su inaplicabilidad. En 2005 se introdujo una modificación que permitió a los litigantes recurrir al Tribunal Constitucional en caso de infracción de derechos fundamentales en cualquier declaración judicial. La constitución reformada permite también aducir inconstitucionalidad, en casos específicos, de modo directo, por medio de un requerimiento de órganos públicos de la república, como la Presidencia, el Ministerio Público o el Congreso nacional. Actualmente el diseño institucional chileno comienza a incorporar elementos de la

tradición del *judicial review* estadounidense, aproximándose de esta forma al modelo argentino y, especialmente, al brasileño.

4. La redemocratización en Argentina y el fortalecimiento inconcluso del Poder Judicial

El caso argentino es un poco más complejo. El mayor problema enfrentado por ese país no se revela únicamente por su arquitectura institucional. También fue marcado por la trayectoria del poder judicial y de su difícil relación con el sistema político, como indica Roberto Gargarella.⁹ A lo largo de la segunda mitad de siglo XX, la inestabilidad institucional de los otros poderes alcanzó directamente los órganos judiciales. De esa forma, la Suprema Corte de Justicia tuvo una alta rotación de ministros, ya sea por su propia exoneración o por su expurgación, siempre con un tono de adecuación al ambiente político.

El Poder Judicial nacional se organiza a partir de la Corte Suprema de Justicia. La función de control administrativo del Poder Judicial se realiza por medio de diversos consejos de justicia, incluso un consejo nacional. Sin embargo, no hay subordinación entre ellos, sino que el sistema es realmente federalizado. Los diversos tribunales provinciales poseen consejos similares a los del consejo nacional, lo que no fortalece su Suprema Corte, como en el caso brasileño.¹⁰ En términos institucionales, la Constitución de la República Argentina fija el funcionamiento de la Suprema Corte de Justicia señalándola como el vértice del Poder Judicial, en virtud del artículo 108: “El poder judicial de la nación será ejercido por una Corte Suprema de Justicia, y por los demás tribunales inferiores que el Congreso estableciere en el territorio de la nación”.

La Constitución argentina también dispone sobre las competencias organizativas formales del Poder Judicial, entre las cuales se encuentra la inmovilidad salarial y una ambigua fijación de estabilidad. El rito de nombramiento presenta una formalidad de juramento al presidente de la república que podría considerarse como bastante simbólica de las dificultades reales de fortalecimiento del Poder Judicial en ese país, como puede verse en el artículo 112.

Art. 112. En la primera instalación de la Corte Suprema, los individuos nombrados prestarán juramento en manos del presidente de la nación, de desempeñar sus obligaciones, administrando justicia bien y legalmente, y en conformidad a lo

⁹ Roberto Gargarella, *La justicia frente al gobierno: sobre el carácter contramayoritario del poder judicial*, Buenos Aires, Espasa Calpe/Ariel, 1996. Cf. también Marcelo Alegre y Roberto Gargarella (coords.), *El derecho a la igualdad: aportes para un constitucionalismo igualitario*, Buenos Aires, LexisNexis / Asociación Civil por la Igualdad y la Justicia, 2007.

¹⁰ Esa distinción fue diagnosticada, aunque de forma general, en Alexandre Veronese y Eduardo Manuel Val, “Notas comparativas acerca dos Conselhos Nacionais de Justiça do Brasil e da Argentina”, *Revista de Ciências Sociais (UGF)*, núm. 1, vol. 14, 2008, pp. 7-23.

que prescribe la Constitución. En lo sucesivo lo prestarán ante el presidente de la misma Corte.

Las competencias del Poder Judicial argentino son fijadas de forma amplia por el artículo 116, que debe entenderse en conjunto con el artículo 31 de la Carta constitucional argentina, que fija expresamente el concepto de supremacía de la Constitución:¹¹

Art. 31. Esta Constitución, las leyes de la nación que en su consecuencia se dicten por el Congreso y los tratados con las potencias extranjeras son la ley suprema de la nación; y las autoridades de cada provincia están obligadas a conformarse a ella, no obstante cualquiera disposición en contrario que contengan las leyes o constituciones provinciales, salvo para la provincia de Buenos Aires, los tratados ratificados después del Pacto de 11 de noviembre de 1859.

Incluso la propia noción de control de constitucionalidad de las leyes, de forma general, solo puede comprenderse a partir del concepto de supremacía constitucional. Es más, el constitucionalismo moderno implica esa concepción.¹² Una curiosidad relevante se refiere al hecho de que las competencias del Poder Judicial argentino poseen reservas reconocidas constitucionalmente:

Art. 116. Corresponde a la Corte Suprema y a los tribunales inferiores de la nación, el conocimiento y decisión de todas las causas que versen sobre puntos regidos por la Constitución, y por las leyes de la nación, con la reserva hecha en el inciso 12 del artículo 75, y por los tratados con las naciones extranjeras; de las causas concernientes a embajadores, ministros públicos y cónsules extranjeros; de las causas de almirantazgo y jurisdicción marítima; de los asuntos en que la nación sea parte; de las causas que se susciten entre dos o más provincias; entre una provincia y los vecinos de otra; entre los vecinos de diferentes provincias; y entre una provincia o sus vecinos, contra un Estado o ciudadano extranjero.

El texto constitucional pretendió trazar una línea clara entre lo que sería de la competencia decisoria del Poder Judicial como un todo (jurisdicción) y lo que quedaría reser-

¹¹ Del concepto de supremacía de la Constitución deriva la posibilidad de revisión judicial de las leyes, obviamente en el sentido represivo. Esa es la inspiración más evidente que el diseño institucional estadounidense aportó al marco constitucional argentino. Otras pruebas de esa influencia pueden verse en Manuel José García-Mansilla y Ricardo Ramírez Calvo, *Las fuentes de la Constitución Nacional: los principios fundamentales del derecho público argentino*, Buenos Aires, LexisNexis, 2006.

¹² Una visión argentina sobre la estabilidad de su constitucionalismo puede encontrarse en Germán J. Bidart Campos, *La Constitución que dura (1853-2003/1994-2004)*, Buenos Aires, Ediar, 2004. Una visión chilena puede obtenerse en Humberto Nogueira Alcalá, *Lineamientos de interpretación constitucional y del bloque constitucional de derechos*, Santiago, Librotecnica, 2006.

vado a la deliberación legislativa. El sentido evidente es indicar que el Poder Judicial no podría, derivado de sus decisiones, constituir nuevos derechos. Con relación al control de constitucionalidad¹³ se garantiza a cualquier persona la posibilidad de interposición de una acción de amparo¹⁴ para resguardar derechos previstos en la Carta Constitucional, en cualquier jurisdicción, según su artículo 43:

Artículo 43. Toda persona puede interponer acción expedita y rápida de amparo, siempre que no exista otro medio judicial más idóneo, contra todo acto u omisión de autoridades públicas o de particulares, que en forma actual o inminente lesione, restrinja, altere o amenace, con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, derechos y garantías reconocidos por esta Constitución, un tratado o una ley. En el caso, el juez podrá declarar la inconstitucionalidad de la norma en que se funde el acto u omisión lesiva.

Además de dicho mecanismo, existe una acción declarativa de inconstitucionalidad que sirve para, en el curso de un proceso, demandar la declaración de algún dispositivo de la Carta como inconstitucional. Antes, vale la pena verificar el funcionamiento del remedio constitucional, que tiene cierta semejanza con el *mandado de segurança* (*writ of mandamus*) brasileño.

El funcionamiento procesal de la acción de amparo es bastante controvertido desde el punto de vista doctrinario.¹⁵ Se trata de una acción directa y originaria dirigida a cualquier instancia judicial para la protección inmediata de un derecho fundamental amparado en la Constitución, lo que demuestra el carácter difuso del sistema. Es una acción excepcional porque puede utilizarse “siempre que no exista otro medio judicial más idóneo”. Entonces, solo debe adoptarse si no hay otro medio procesal más adecuado a la finalidad de protección intentada, de acuerdo con el principio de la subsidiariedad. La esencia procesal de la polémica doctrinaria está relacionada con su autonomía con relación con los demás medios procesales. La Suprema Corte de Justicia adoptó algunas decisiones en el pasado que definieron el amparo como un proceso subsidiario, o sea, como dependiente de otro proceso administrativo o judicial. Esa visión fue reformulada posteriormente, en un contexto de ampliación de los medios de protección judicial de los derechos. Para Maximiliano Toricelli, si esa opción prevaleciera, la medida se volvería totalmente ineficaz. Por tanto, admite su interposición originaria, incluso cuando está restringida a un caso concreto, con presupuestos rígidos de admisibilidad.¹⁶ Finalmen-

¹³ Es posible ver un panorama detallado del sistema en Maximiliano Toricelli, *El sistema de control constitucional argentino*, Buenos Aires, LexisNexis, 2002. Cf. también Juan Vicente Sola, *Control judicial de constitucionalidad*, 2ª. ed., Buenos Aires, LexisNexis, 2006.

¹⁴ Origen en Alemania: *Verfassungsbeschwerde*. Este instituto también es reconocido y adoptado en Colombia y en Ecuador.

¹⁵ Sobre ese debate doctrinario, cf. Toricelli, *op. cit.*

¹⁶ Para un análisis de ese instrumento procesal, ver Claudia Beatriz Sbdar, *Amparo de derechos fundamentales*, Buenos Aires, Ciudad Argentina, 2003.

te, cabe indicar que la acción de amparo ha sido efectiva para la protección directa de derechos fundamentales, en una reconstrucción pretoriana y doctrinaria del derecho constitucional de Argentina. Esa acción tiene algunas diferencias en relación con el *writ of habeas corpus* y otros medios procesales que poseen alcances de incidencia más limitados.

La otra opción procesal es la acción declarativa de inconstitucionalidad, que integra ese conjunto procesal más amplio, porque Argentina también tiene remedios como el hábeas data, oriundo de la reforma constitucional de 1994. Se debe recordar que el sistema argentino continúa siendo difuso y concreto. Debe existir una disputa sobre derechos subjetivos, de hecho. La distinción es que dicha acción declarativa ocurre en medio de un proceso judicial con el pedido de envío de los autos para decisión de la Suprema Corte de Justicia. La Corte deberá declarar, o no, la inconstitucionalidad de determinado dispositivo legal, pero solo con efectos circunscritos al caso en debate. Ese tipo de proceso conduce a dos debates de perfil estadounidense: *stare decisis* y la vinculación de las decisiones de la corte superior, y el problema de las cuestiones políticas, que quedarían fuera de la acción judicial (*judicial self-restraint*).

5. El sistema mixto de control de constitucionalidad en Brasil y sus recientes innovaciones

En el caso brasileño, en el diseño de la Constitución federal (CF) de 1988, la competencia para el control judicial de constitucionalidad se introdujo de forma doble. Esta competencia es tanto difusa –involucrando todas las jurisdicciones– como concentrada, atribuida a algunos actores políticos y sociales competentes para juzgar directamente acciones específicas ante el Supremo Tribunal Federal. El diseño institucional brasileño originó un sistema mixto de control judicial de constitucionalidad (solamente igual al de Portugal).

El texto constitucional detalla cuidadosamente los ritos procesales de control de constitucionalidad. Hay cuatro artículos, con diversos incisos, así como también distintas disposiciones conexas, dispersas en la Carta. También existe una regulación procesal de la materia.

Rige un sistema de fuerte autonomía que garantiza a los diversos tribunales del país la declaración incidental de inconstitucionalidad, de forma difusa. La supervisión administrativa y disciplinaria de los tribunales brasileños fue recientemente atribuida al Conselho Nacional de Justiça (CNJ), por medio de la enmienda constitucional 45 (EC/45), del 30 de diciembre de 2004.

Existía el recelo de que este órgano pudiera disminuir la autonomía de los diversos tribunales e incluso de los magistrados. Un argumento federativo criticaba el establecimiento de un órgano nacional basado en la autonomía de los estados de la federación en relación con la Unión. Este argumento defendía el establecimiento de un modelo parecido al creado en Argentina, donde coexisten diversos consejos de justicia para las distintas jurisdicciones. Independientemente de los resultados de la supervisión administrativa

del CNJ, este fortaleció el papel político del Supremo Tribunal Federal por haber sido incluido en su estructura física.

5.1. La repercusión general de las cuestiones constitucionales como mecanismo de desahogo del Supremo Tribunal Federal

A pesar de que el Supremo Tribunal Federal (STF) tiene competencia para el ejercicio amplio del control constitucionalidad (CF, art. 102, I), su mayor demanda de fiscalización concreta de la constitucionalidad se encuentra en los casos referentes a su competencia de recursos (CF, art. 102, II y III), en gran parte compuesta por los recursos extraordinarios. Se trata de un canal de acceso al STF para cuestionar las decisiones judiciales que suscitan debate acerca de cuestiones constitucionales. Los casos en cuestión involucran a los tribunales inferiores que, en única o última instancia, hayan proferido decisiones colegiadas contrarias a la Constitución federal, declarando la inconstitucionalidad del tratado o ley federal o de actos normativos de gobierno local ante la Constitución federal (art. 102, III).

Este era el panorama constitucional precedente a la llegada de la enmienda constitucional 45 (EC/45), cuando se verificó un contingente demasiado numeroso de recursos estacionados en el STF que aguardaban para ser juzgados y, muchas veces, impedían que la Corte dedicase más tiempo a los procesos de control abstracto, de mayor impacto en la sociedad. La reforma del Poder Judicial implementada por medio de la EC/45 tuvo por objetivo descongestionar el sistema de recursos brasileño, de modo tal que se eliminara el exceso de procesos en los tribunales superiores, especialmente en el STF.¹⁷

Dos modificaciones fueron muy significativas en la disciplina del recurso extraordinario: (i) el agregado del inciso “d” al título III del artículo 102 de la CF, que desplazó la competencia del STJ al STF en cuanto a la apreciación de la decisión apelada que “julgar válida lei local contestada em face de lei federal”;¹⁸ incluyendo “toda norma estadual e municipal, emanada do poder competente, coativa e de observância geral, como as leis, os decretos, os regulamentos etc.”;¹⁹ (ii) la introducción del párrafo tercero en el mismo artículo 102, que instituye el requisito de demostración de repercusión general de las cuestiones constitucionales para la admisión del recurso extraordinario por parte del STF.

El requisito de la “repercusión general” presentó, inicialmente, algunas complejidades en su utilización en la práctica. En teoría, la migración de procesos del STJ al STF representaría un anacronismo del nuevo sistema de recursos, pero a través del requisito

¹⁷ Sobre las alteraciones promovidas por la EC/45 en el procesamiento del recurso extraordinario puede consultarse Rodrigo Barioni, “O recurso extraordinário e as questões constitucionais de repercussão geral”, en Teresa Arruda Alvim Wambier *et ál.*, *Reforma do Judiciário: primeiras reflexões sobre a emenda constitucional n. 45/2004*, São Paulo, RT, 2005, pp. 721-734.

¹⁸ Se mantiene la competencia del STJ para juzgar el acto de gobierno local que contraría la ley federal (CF, art. 105, III).

¹⁹ José Eduardo Carreira Alvim, “Alguns aspectos dos recursos extraordinário e especial na reforma do Poder Judiciário (EC n. 45/2004)”, en Arruda Alvim Wambier *et ál.*, *op. cit.*, p. 324.

de la repercusión general se hace posible filtrar los procesos encaminados a los tribunales superiores y, en consecuencia, eliminar el exceso de demandas que desde hace tanto tiempo obstaculiza el control difuso y concreto de la constitucionalidad por parte del STF.

La tensión entre la necesidad de racionalización de la actuación jurisdiccional y la disminución del acceso de aquellos que se encuentran dentro de la jurisdicción a la cúpula del sistema judicial es antigua. De cierta forma, podría establecerse un paralelo entre la implementación de la repercusión general y el rescate de la llamada “arguição de relevância” que, instituida por la enmienda constitucional 1/69 (EC 1/69), servía como filtro para la selección de los procesos que deberían ser examinados por el STF.

La expresión “repercusión general de las cuestiones constitucionales debatidas” asume la forma de concepto jurídico indeterminado, siendo que el constituyente derivado definió que su delimitación debería producirse por parte del legislador ordinario (“en los términos de la ley”), teniendo en cuenta la garantía del acceso a la justicia (CF, art. 5, XXXV).

El propio STF tiene la competencia para la verificación del cumplimiento del requisito de repercusión general en los recursos extraordinarios, observada la regla originaria del derecho germánico de los votos de, como mínimo, dos tercios de sus miembros para la no admisión del recurso.

Otra cuestión relevante es la de la obligatoriedad de fundamentación de las decisiones del STF que aseveran la no demostración de la repercusión general. Como la redacción del artículo 102, parágrafo 3º, es omisa en ese sentido, se debe aplicar sistemáticamente el artículo 93, IX a las decisiones denegatorias de admisibilidad del recurso extraordinario. Finalmente, “se por um lado existe a clara influência desse requisito servir ao STF como freio ao acesso de recursos, é também certo que não se pode aceitar o total arbítrio das suas decisões”.²⁰

La reglamentación del artículo 102, parágrafo 3º, de la CF se realizó a través de la Ley 11.418, de 2006, que introdujo en el Código de Proceso Civil los artículos 543-A y 543-B que, respectivamente, delimitan los contornos de la repercusión general y disponen sobre los casos de “multiplicidade de recursos com fundamento em idêntica controvérsia”. Además de esas normas infraconstitucionales, hay directrices infralegales en el estatuto interno y en resoluciones del STF.

Después de siete años de la promulgación de la EC/45, el STF realizó un estudio sobre los efectos del instrumento de la repercusión general en el periodo entre el segundo semestre de 2007 y el primer semestre de 2007. En líneas generales, las conclusiones apuntan hacia un resultado satisfactorio en términos de la reducción cuantitativa del acervo de procesos en el control difuso y concreto de la constitucionalidad.

Teniendo en cuenta la verificación realizada en el momento de la admisibilidad de los recursos extraordinarios, la repercusión general fue reconocida en 320 (68,52%) procesos, negada en 131 (28,05%) y se encuentran pendientes de análisis otros 16 (3,43%)

²⁰ Elvio Pereira Sartório y Flávio Cheim Jorge, “O recurso extraordinário e a demonstração de repercussão geral”, en Arruda Alvim Wambier *et ál.*, *op. cit.*, p. 187.

procesos. A partir de estas cifras es posible inferir que el análisis de la admisibilidad se realiza rápidamente (hay muy pocos casos que esperan definición) como forma de filtrar los casos cuyo mérito se analizará. Como dos tercios de los recursos extraordinarios sometidos al STF tuvieron prosecución en la Corte, esto demuestra que no hay una restricción exagerada en ese filtro.

La misma agilidad no se presenta en la etapa de examen del mérito de las causas que tuvieron la repercusión general reconocida, configurándose una inversión, en la misma medida, de dos tercios. Mientras 101 (31,56%) procesos ya tuvieron el mérito analizado, otros 219 (68,44%) se encuentran pendientes de juicio. De hecho, el filtro se implementó y cumple con sus propósitos, pero persiste la morosidad en la etapa procesal posterior (examen del mérito) de los recursos extraordinarios, *agravos* internos y *agravos* en recursos extraordinarios.²¹

Como consecuencia de la implementación del requisito de la repercusión general hubo una reducción drástica en el número de procesos recursales (recursos extraordinarios, *agravos* internos y *agravos* en recursos extraordinarios) distribuidos entre los ministros del STF: de 45.689 procesos en el primer semestre de 2011, se pasó a 14.313 procesos en el segundo semestre de 2011, lo que representa una reducción de 69%. Entre los procesos distribuidos se alcanzó un nivel de disminución de 56% en el acervo de recursos del STF debido a la devolución de 52.629 procesos, con base en el artículo 543-B del Código de Proceso Civil.

5.2. La *súmula vinculante* como instrumento de tipificación del derecho

La doctrina del efecto vinculante de las decisiones judiciales (*stare decisis*) tiene su origen en el derecho comparado (Estados Unidos, Alemania, Francia y Canadá) y simboliza la tendencia actual de interpenetración de los sistemas de la *common law* y la *civil law*. Mientras en los países adeptos a la *common law* se desarrollaron normas jurídicas, hasta entonces inexistentes, por la vía legislativa, en los países de *civil law* se adoptaron instrumentos de la otra tradición, tanto a través de la esfera legislativa (por ejemplo *class actions* y *astreintes*) como a través de las cortes constitucionales (sistema de juicio basado en los precedentes judiciales).

De esta forma se impone una redefinición del papel del poder judicial, así como también de los límites de su actuación, en medio de un proceso de cuestionamiento acerca del perfil más o menos activo (o activista) que deben asumir los tribunales en la actual coyuntura histórica del derecho.

La doctrina de los efectos vinculantes encuentra en Brasil raíces previas a su incorporación, en 2004, con la EC/45, en las *súmulas* del STF. La Ley 8.038/90 (art. 38) aportó el embrión de la *súmula vinculante* en la posibilidad de que el relator, en el STJ y en el STF,

²¹ El *agravo* es un recurso que puede interponerse contra las decisiones interlocutorias, es decir, aquellas que resuelven una controversia incidental suscitada durante un proceso.

decida de forma discrecional basado en *súmulas* de los respectivos tribunales. Posteriormente, la enmienda constitucional 03 de 1993 incluyó en el artículo 102, párrafo 2º de la Constitución, el efecto vinculante en las decisiones adoptadas en acción declarativa de constitucionalidad. La Ley 9.756/98 modificó el artículo 557 del Código de Proceso Civil a fin de atribuir poderes a los relatores para, en procesos civiles, juzgar recursos de forma discrecional basándose en *súmulas* y jurisprudencia consolidada de tribunales superiores. Finalmente, la Ley 9.868/99 (art. 28, párr. único) confirió a la acción directa de inconstitucionalidad los mismos efectos de las decisiones adoptadas en la acción declarativa de constitucionalidad.²²

En consonancia con la nueva normativa constitucional (art. 103-A y párrs.), existen siete requisitos (acumulativos) que deben cumplirse para la edición de *súmulas vinculantes* por parte del STF:²³ legitimidad,²⁴ quórum,²⁵ materia constitucional, decisiones reiteradas, controversia actual, situación de inseguridad jurídica y repetición significativa de procesos semejantes.

De acuerdo con el párrafo introductorio del artículo 103-A de la Constitución, se someten a la *súmula vinculante* todos los órganos del Poder Judicial (incluso el STF)²⁶ y

²² También están los casos de las leyes 9.469/97 (art. 4º) y 8.213/91 (art. 131), que instruyen la actuación de los servidores de la administración pública, del Instituto Nacional del Seguro Social (INSS) y de la Advocacia-Geral da União (AGU), respectivamente, en relación con las causas repetidas. Incluso antes del surgimiento de esas leyes, según la doctrina, el Poder Judicial ya ejercía un poder normativo en el ámbito de la justicia laboral desde mucho tiempo atrás. Ver Teresa Arruda Alvim Wambier, Luiz Rodrigues Wambier y José Miguel Garcia Medina, “Repercussão geral e súmula vinculante: relevantes novidades trazidas pela EC 45/2004”, en Arruda Alvim Wambier *et ál.*, *op. cit.*, p. 379. Incluso antes de la EC/45, el derecho brasileño ya admitía la existencia de *súmulas*, pero sin efectos vinculantes sobre los órganos de los poderes Judicial y Ejecutivo. Así, la *súmula* jamás fue sinónimo de vinculación obligatoria.

²³ Podría suscitarse la posibilidad de que el STJ edite *súmulas vinculantes*. A pesar de que ya exista un proyecto de enmienda a la Constitución que busca instituirlos a través del artículo 105-A, determinado sector doctrinario entiende que las *súmulas* de los STJ podrían tener efecto vinculante en lo que no sea incompatible con las *súmulas vinculantes* del *Supremo Tribunal Federal*. Cf. Gustavo Santana Nogueira, “Das súmulas vinculantes: uma primeira análise”, en Arruda Alvim Wambier *et ál.*, *op. cit.*, p. 278.

²⁴ Los requisitos en términos de legitimidad son: a) la aprobación de *súmulas vinculantes* cabe exclusivamente al STF; b) en cuanto a la proposición de requerimientos de elaboración de *súmulas vinculantes*, están legitimados el propio STF (*ex officio*), los legitimados para someter a juicio de acción directa de inconstitucionalidad (ADIN) o la acción declarativa de constitucionalidad (ADC) (CF, art. 103), y las personas y entidades que sean definidas por la ley (CF, cf. art. 103-A, par. 2º). El requerimiento para aprobación de *súmulas vinculantes* podrá ser formulado por el STF, por cualquiera de sus ministros, durante el curso del juicio o incluso por la vía administrativa, a través de la presentación de una petición que será examinada en el plenario. Además, se destaca la posibilidad de adopción del *amicus curiae* en el procedimiento administrativo de la edición de *súmulas vinculantes* (Santana Nogueira, *op. cit.*, p. 271).

²⁵ Se exige el voto de dos tercios de los miembros del STF (ocho ministros), quórum superior de deliberación en una ADIN.

²⁶ Para dejar de aplicar una *súmula vinculante*, el STF deberá cancelarla de acuerdo con la Ley 11.418/2006.

toda la administración pública²⁷ directa e indirecta, en el ejercicio de sus funciones típicas. Con el objetivo de instituir un mecanismo de obediencia a las *súmulas vinculantes*,²⁸ la enmienda constitucional 45 (EC/45) incluyó un párrafo 3º en el artículo 103-A, y sobre la utilización de la reclamación dispuso que podrá ser manejada –incluso en primer grado de jurisdicción– por las partes del proceso, por el Ministerio Público o por un tercero interesado. En la otra parte figurará como reclamado aquel que profiera una decisión o practique un acto administrativo contrario a la *súmula vinculante* del STF. Como la reclamación no es un recurso, no hay plazo para su ofrecimiento. El límite temporal máximo debería ser el de caso juzgado, pero con el reconocimiento de la *coisa julgada inconstitucional*, ya no se lo puede precisar anticipadamente. El procedimiento de la reclamación prevé la posibilidad de la concesión de una medida cautelar, fundamentada en el artículo 273 del Código de Proceso Civil y en el artículo 14 de la Ley 8.038/90. Con relación a los recursos, solamente se admite en sede de reclamación la proposición de apelación interna y apelaciones declarativas. La decisión sobre la reclamación no tendrá carácter vinculante y, sobre sus efectos, la doctrina destaca que: “Não caberá mais a reforma de decisão, e sim tão-somente a sua anulação, devolvendo o STF a competência para o juiz de direito decidir conforme a súmula”.²⁹

El sector de la doctrina favorable a la adopción de las *súmulas vinculantes* en Brasil argumenta que la mayor prueba de que estas no paralizarían el derecho es la previsión constitucional de la posibilidad de su revisión y de su cancelación. Tales medidas podrán ser solicitadas por los mismos legitimados para la proposición de acciones directas de inconstitucionalidad (ADIN) y acciones declarativas de constitucionalidad (ADC) (CF, art. 103), con apertura para una ampliación activa a través de una futura ley ordinaria.

Al considerar la demanda por la agilización del trámite de procesos en las instancias inferiores del Poder Judicial y la reducción de la cantidad de demandas llevadas a los tribunales superiores, se presenta una serie de fundamentos jurídicos y pragmáticos en el sentido de la validez y de la utilidad de la adopción de las *súmulas vinculantes* en Brasil:

i) Principio de la eficiencia: la *súmula* de efectos vinculantes es una necesidad ante la “jurisdicción masiva” –caracterizada por el exceso de procesos sobre cuestiones idénticas– y se combina con la tendencia de unificación y uniformización de la jurisprudencia en Brasil.

ii) Principio de isonomía: con la vinculación de los jueces que actúan de forma discrecional y los tribunales inferiores a las *súmulas* del STF, se garantiza la

²⁷ De este modo, muchas cuestiones muy repetidas, como causas que involucran debates sobre el Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS), ya no llegarán a ser apreciadas por el Poder Judicial para ser dirimidas.

²⁸ Considerando que la violación de las *súmulas vinculantes* también podría ocurrir por omisión, quedó abierta la disposición sobre la respuesta del STF: ¿la Corte podrá ordenar la práctica del acto comisivo?

²⁹ Santana Nogueira, *op. cit.*, p. 279.

igualdad de tratamiento en el juicio y en las decisiones de causas idénticas por juicios diferentes.³⁰

iii) Principio de seguridad jurídica: las *súmulas vinculantes* aseguran una estabilidad en las relaciones sociales a través de la garantía de previsibilidad y de imparcialidad de las decisiones sobre materias de gran repercusión socioeconómica.

iv) Principio democrático: paradójicamente, el efecto vinculante refuerza el principio de la mayoría y preserva la separación de poderes, pues el poder vinculante es autolimitador del poder normativo de los tribunales, que impide que el Poder Judicial decida de formas diferentes en casos semejantes.³¹

v) El aforismo “quien puede lo más, puede lo menos”: teniendo en cuenta que la propia Constitución prevé y admite la atribución de efectos vinculantes a las decisiones del STF en control abstracto de constitucionalidad (ADIN, ADC y ADPF), no habría motivos para que una decisión adoptada en un juicio de recurso extraordinario no pueda vincular.

vi) No hay violación del principio de la independencia de los magistrados, ya que los jueces que actúan discrecionalmente siempre podrán refutar la aplicación de la *súmula vinculante* cuando entiendan que el caso tiene una peculiaridad y no motiva su aplicación.

vii) La *súmula vinculante* no paraliza el funcionamiento del Poder Judicial, sino que mantiene el derecho vivo, ya que no vincula a quien la formula (STF) y permite su cancelación a través del *overruling*.

viii) El STF ya admite la vinculación por los fundamentos de decisiones anteriores a través de la teoría de los motivos determinantes.³²

Hasta agosto de 2011, el plenario del STF había editado 32 *súmulas vinculantes* que abordaban los temas más variados. Las que tuvieron mayor repercusión en los medios de comunicación fueron las *súmulas* 11 y 13 que tratan, respectivamente, sobre el uso de esposas y la prohibición del nepotismo en el servicio público:

Súmula vinculante 11: solo es lícito el uso de esposas en casos de resistencia y de recelo fundado de fuga o de peligro a la integridad física propia o ajena, por parte del preso o de terceros, justificada por la excepcionalidad por escrito, bajo pena de responsabilidad disciplinaria, civil o penal del agente o de la autoridad y de nulidad de la prisión o del acto procesal al que se refiere, sin perjuicio de la responsabilidad civil del Estado.

³⁰ Los procesos relacionados con materias de derecho previsional y tributario presentan los mayores índices de repetición de causas idénticas o semejantes. Cf. Arruda Alvim Wambier, Rodrigues Wambier y Garcia Medina, *op. cit.*, p. 385.

³¹ Celso de Albuquerque Silva, *Do efeito vinculante: sua legitimação e aplicação*, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2005, pp. 135 y ss.

³² Cf. Informativo núm. 379 del STF.

Súmula vinculante 13: el nombramiento de un cónyuge, compañero o pariente en línea directa, colateral o por afinidad, hasta tercer grado, inclusive, de la autoridad que lo nombre o del servidor de la misma persona jurídica investido en el cargo de dirección, jefatura o asesoramiento, para el ejercicio de un cargo temporario o de confianza o, incluso de función gratificada en la Administración Pública directa e indirecta en cualquiera de los poderes de la Unión, de los estados, del Distrito Federal y de los Municipios, comprendido el ajuste mediante designaciones recíprocas, viola la Constitución Federal.

A pesar de ser bien vistas en su aspecto sustancial, pues están alineadas con los designios de la comunidad jurídica y de la sociedad en general, ambas generaron polémicas en la doctrina debido a su forma. Ya se argumentó que el STF habría actuado como legislador positivo, pues, basado en decisiones adoptadas en casos concretos, formuló enunciados amplios, abarcadores y abstractos, utilizando una técnica de tipificación similar a la del Legislativo.

Al contrario de lo que hizo en otras *súmulas vinculantes*, como en las 5, 17 y 25,³³ en las cuales sucintamente se enunciaron posiciones consolidadas sobre materias jurídicas de naturaleza técnica, el STF procedió en aquellos dos casos a una innovación normativa de perfil legislativo. De esta forma, a pesar de sus diversos beneficios mencionados, se verifica que el instituto de las *súmulas vinculantes* debe tener su utilización calibrada en términos de separación de poderes y legitimidad democrática, de modo que el Poder Judicial no ejerza la actividad legislativa bajo el manto de la interpretación constitucional.

6. Conclusiones: comparación de los sistemas de control de constitucionalidad en los tres países

Es importante destacar que las constituciones argentina y chilena son exiguas en cuanto a la cantidad de dispositivos específicos sobre la protección de los derechos fundamentales. En el caso argentino, ese problema ha sido superado, hace mucho tiempo, por una solución nuevamente inspirada en el caso estadounidense: los poderes implícitos.³⁴ La Constitución brasileña es, ciertamente, más detallada que la chilena y la

³³ *Súmula Vinculante* núm. 5: la falta de defensa técnica por un abogado en el proceso administrativo disciplinario no ofende la Constitución.

Súmula Vinculante 17: durante el período previsto en el párrafo 1º del artículo 100 de la Constitución, no inciden intereses por mora sobre los *precatórios* (títulos de requisición de pago al erario) que se paguen.

Súmula Vinculante 25: es ilícita la prisión civil de depositario infiel, cualquiera que sea la modalidad del depósito.

³⁴ La doctrina de los poderes implícitos sirve para que se puedan definir las prerrogativas y las competencias de los espacios estatales con más amplitud. Está directamente relacionada con el tema de la localización de los poderes estatales no declarados formalmente, pero que deben ser

argentina. De esta forma, los poderes legislativos de esos dos países tienen la tarea de producir las disposiciones legales que efectivamente oriente el funcionamiento de sus instituciones políticas en forma de legislación infraconstitucional. En los tres países existe la preocupación por el grado de intervención y por la autonomía de las cortes constitucionales en relación con los poderes ejecutivo y legislativo. El recelo de la autonomía se fundamenta en el proceso de nombramiento de los magistrados. Los tres diseños institucionales pueden sintetizarse en el cuadro 2.

Cuadro 2.

Comparación entre los sistemas de control de constitucionalidad en los tres países

Característica	Argentina	Brasil	Chile
¿Existe una separación estricta entre los poderes judicial y legislativo?	Sí	Sí	No existía. Hoy existe.
¿Existe una separación de la jefatura del poder judicial con relación al tribunal constitucional?	No	No	Sí
¿Existe una separación estricta entre el control administrativo y disciplinario de la cúpula del conjunto del poder judicial?	Sí	No	Sí
¿Existe control judicial de constitucionalidad previo, abstracto y concentrado?	No	No	Sí
¿Existe control judicial de constitucionalidad posterior, abstracto y concentrado?	No	Sí (ADC, ADIN y ADPF).	No
¿Existe control judicial de constitucionalidad posterior, concreto y difuso?	Sí (acción de amparo).	Sí, en las vías ordinarias.	No
¿Existe control de constitucionalidad posterior, concreto e incidental (con efectos <i>inter pares</i>)?	Sí (acción declarativa).	Sí (recurso extraordinario) + ADPF.	Sí
Fecha del texto constitucional.	1853 (1994)	1988	1980 (2005)

A partir de la caracterización de los tres modelos institucionales de las reformas constitucionales realizadas en Chile, Argentina y Brasil, se manifiesta un diagnóstico general que señala la existencia de una idea fuerza: el control de constitucionalidad se fortalece paulatinamente y, con esto, el poder judicial asume un papel de relevancia en las jóvenes democracias latinoamericanas, al contrario de lo que ocurrió durante el período de las dictaduras militares, cuando fue extremadamente vaciado y cercenado por el Ejecutivo.

En particular, es posible afirmar cierta tendencia a enfatizar el control concentrado de la constitucionalidad, lo que denota una preocupación por la estabilidad y la uniformización del derecho como forma de asegurar un equilibrio entre las libertades democrá-

reconocidos y protegidos. Para conocer una visión argentina sobre el tema, cf. Carlos S. Fayt, *Los poderes implícitos de la Corte Suprema de Justicia de la nación*, Buenos Aires, La Ley, 2006.

ticas y el poder de imperio del Estado. Los tres países estudiados adoptaron una solución institucional para la transición democrática que se ha revelado conservadora en tiempos de transformaciones sociales. Al conferirse, a veces, más atención a los tribunales que a las instancias representativas, se termina por desvalorizar la política como espacio de transformación social.

Los límites de ese institucionalismo vienen presentándose de forma más clara en Chile y Argentina, donde es común la realización de manifestaciones y protestas en las calles, mientras en Brasil no existe una cultura de manifestaciones públicas constantes. A mediados del año 2011 se realizó en Chile la “segunda revolución pingüina”,³⁵ un movimiento nacional de movilización de los estudiantes secundarios por la ampliación del número de becas y la mejora de las condiciones de enseñanza del país. En Argentina, por su parte, persiste una dinámica ya tradicional de movilización política y social permanente, representada por organizaciones sociales que realizan reivindicaciones frente al Estado. La turbulencia social generada por la falta de efectividad de las normas constitucionales siempre demanda una respuesta por parte del Estado. Frente a los dilemas democráticos forjados a lo largo de las últimas décadas, se hizo necesaria la creación de nuevos canales para contener las presiones sociales.

En el caso de Brasil, el poder constituyente optó por mecanismos de contingencia en términos de democratización del acceso al ámbito del Poder Judicial y, más específicamente, de la jurisdicción constitucional. A diferencia de otros países de América Latina, que establecieron mecanismos de diálogo entre el poder judicial y la sociedad civil, en Brasil todavía subsiste un distanciamiento entre el Estado y la sociedad civil.

A pesar de que la Constitución brasileña de 1988 (art. 103) prevé un amplio rol de los legitimados para el acceso al control concentrado y abstracto de la constitucionalidad, hubo una gran prevalencia cuantitativa de las instituciones estatales en relación con las organizaciones de la sociedad civil. Como si no bastaran esas limitaciones impuestas por el poder constituyente (originario y derivado), el propio Supremo Tribunal Federal limita el ingreso en la jurisdicción constitucional a través de la creación, por la vía de la jurisprudencia, de mecanismos restrictivos como la “pertinencia temática”. Por otro lado, la vertiente de la “sociedad abierta de los intérpretes de la constitución” se muestra poco representativa en términos democráticos.

De cierta forma, es posible hablar de una jactancia exagerada de las instituciones. Así, se plantea una cuestión que merece atención por parte de los estudiosos de la jurisdicción constitucional en Brasil: ¿cómo conferir poder al pueblo por medio del proceso constitucional?

³⁵ El adjetivo “pingüina” se debe a los uniformes (saco y corbata) usados por los estudiantes de Chile.

Referencias

- ALCALÁ, Humberto Nogueira, *Lineamientos de interpretación constitucional y del bloque constitucional de derechos*, Santiago, Librotecnia, 2006.
- ALEGRE, Marcelo y Roberto GARGARELLA (coords.), *El derecho a la igualdad: aportes para un constitucionalismo igualitario*, Buenos Aires, LexisNexis / Asociación Civil por La Igualdad y La Justicia, 2007.
- ÁLVAREZ, Lautaro Ríos, “La jurisdicción constitucional en Chile (después de la reforma de 2005 de la Ley Fundamental)”, *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, Fundación Konrad-Adenauer, año 14, 2008.
- ATRIA LEMAITRE, Fernando, “Seguridad jurídica y derechos fundamentales: sobre predecibilidad y autogobierno”, en Andrés BORDALÍ SALAMANCA (coord.), *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, Santiago, LexisNexis, 2006.
- BAZÁN, Víctor, “La reconfiguración del rol institucional de la Corte Suprema de Justicia Argentina y el camino hacia su consolidación como un tribunal constitucional”, *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, Fundación Konrad-Adenauer, año 14, 2008.
- BIDART CAMPOS, Germán, *La Constitución que dura (1853-2003/1994-2004)*, Buenos Aires, Ediar, 2004.
- BOIX, Carles y Susan STOKES (eds.), *The Oxford handbook of comparative politics*, Oxford, Oxford University Press, 2007.
- BORDALÍ SALAMANCA, Andrés (coord.), *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, 2ª. ed, Santiago, LexisNexis, 2007.
- CARREIRA ALVIM, José Eduardo, “Algunos aspectos dos recursos extraordinário e especial na reforma do Poder Judiciário (EC n. 45/2004)”, en Teresa Arruda ALVIM WAMBIER et ál., *Reforma do Judiciário: primeiras reflexões sobre a emenda constitucional n. 45/2004*, São Paulo, RT, 2005.
- CENTRO DE ESTUDIOS LEGALES Y SOCIALES, *El Estado frente a la protesta social (1996-2002)*, Buenos Aires, Siglo Veintiuno Editores, 2003.
- CENTRO DE ESTUDIOS LEGALES Y SOCIALES, *La lucha por el derecho*, Buenos Aires, Siglo Veintiuno Editores, 2008.
- COUSO, Javier, “The Judicialization of Chilean Politics: the Rights Revolution that never was”, en Rachel SIEDER, Line SCHJOLDEN y Alan ANGELL (eds.), *The Judicialization of Politics in Latin America*, London, Palgrave, 2005.
- DEZALAY, Yves y Bryant GARTH, *The Internationalization of Palace Wars: Lawyers, Economists, and the Contest to Transform Latin American States*, Chicago, IL, University of Chicago Press, 2002.
- FAYT, Carlos S., *Los poderes implícitos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación*, Buenos Aires, La Ley, 2006.
- GARCÍA-MANSILLA, Manuel y Ricardo RAMÍREZ CALVO, *Las fuentes de la Constitución Nacional: los principios fundamentales del derecho público argentino*, Buenos Aires, LexisNexis, 2006.

- GARGARELLA, Roberto, *La justicia frente al gobierno: sobre el carácter contramayoritario del poder judicial*, Buenos Aires, Espasa Calpe / Ariel, 1996.
- GINSBURG, Tom y Tamir MOUSTAFA (eds.), *Rule by Law: the politics of courts in authoritarian regimes*, Cambridge, Cambridge University Press, 2008.
- HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán, *El nuevo tribunal constitucional: los derechos fundamentales y el moderno recurso de inaplicabilidad*, Santiago, LexisNexis, 2006.
- LÖSING, Norbert, *La jurisdiccionalidad constitucional en Latinoamérica*, Madrid, Dykinson / Konrad-Adenauer Stiftung, 2002.
- MATTEI, Ugo y Laura NADER, *Plunder: when the Rule of Law is illegal*, New York, Wiley-Blackwell, 2008.
- NOGUEIRA Alcalá, Humberto, *Lineamientos de interpretación constitucional y del bloque constitucional de derechos*, Santiago, Librotecnica, 2006.
- SANTANA NOGUEIRA, Gustavo, “Das súmulas vinculantes: uma primeira análise”, en Teresa ARRUDA ALVIM WAMBIER *et ál.*, *Reforma do Judiciário: primeiras reflexões sobre a emenda constitucional n. 45/2004*, São Paulo, 2005.
- PEREIRA, Anthony, *Political (in)justice: authoritarianism and the Rule of Law in Brazil, Chile, and Argentina*, Pittsburgh, University of Pittsburgh Press, 2005.
- PERUZZOTTI, Enrique y Catalina SMULOWITZ (eds.), *Enforcing the Rule of Law: Social Accountability in the New Latin American Democracies*, Pittsburgh, University of Pittsburgh Press, 2006.
- RÍOS ÁLVAREZ, Lautaro, “La jurisdicción constitucional en Chile: después de la reforma de 2005 de la Ley Fundamental”, *Anuario Latinoamericano de Derecho Constitucional*, Fundación Konrad-Adenauer, año 14, 2008.
- SAGÜÉS, Néstor Pedro, *La interpretación judicial de la constitución*, 2ª. ed., Buenos Aires, LexisNexis, 2006.
- FERREIRA SARTÓRIO, Elvio y Flávio CHEIM, “O recurso extraordinário e a demonstração de repercussão geral”, en Teresa Arruda ALVIM WAMBIER *et ál.*, *Reforma do Judiciário: primeiras reflexões sobre a emenda constitucional n. 45/2004*, São Paulo, RT, 2005.
- SBDAR, Claudia Beatriz, *Amparo de derechos fundamentales*, Buenos Aires, Ciudad Argentina, 2003.
- SILVA, Celso de Albuquerque, *Do efeito vinculante: sua legitimação e aplicação*, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2005.
- SOLA, Juan Vicente, *Control judicial de constitucionalidad*, 2ª. ed. Buenos Aires, LexisNexis, 2006.
- TORICELLI, Maximiliano, *El sistema de control constitucional argentino*, Buenos Aires, LexisNexis, 2002.
- WAMBIER, Teresa Arruda Alvim, Luiz Rodrigues WAMBIER y José Miguel MEDINA GARCÍA, “Repercussão geral e súmula vinculante: relevantes novidades trazidas pela EC 45/2004”, en Teresa Arruda ALVIM, WAMBIER *et ál.*, *Reforma do Judiciário: primeiras reflexões sobre a emenda constitucional n. 45/2004*, São Paulo, RT, 2005.
- WHITTINGTON, Keith E., Daniel KELEMES y Gregory CALDEIRA (ed.), *The Oxford handbook of law and politics*, Oxford, Oxford University Press, 2008.
- ZÚNIGA URBINA, Francisco (coord.), *Reforma Constitucional*, Santiago, LexisNexis, 2005.

III. Democracia y Estado de Derecho

- Herbert Landau, Alemania
La democracia, el Estado de derecho y los derechos de participación ciudadana en atención a la realización de proyectos a gran escala
- María Gabriela Ábalos, Argentina
Democracia y función judicial. El activismo decisonal en la Corte Suprema de Justicia de la Argentina
- Alexander Espinoza, Venezuela
La competencia del Gobierno para emitir declaraciones públicas y la libertad de expresión de los funcionarios públicos. Alemania, Venezuela y el sistema interamericano de derechos humanos
- Alfonso Santiago, Argentina
El alcance del control judicial de razonabilidad de las políticas públicas. Perspectiva argentina y comparada

Herbert Landau* (Alemania)

La democracia, el Estado de derecho y los derechos de participación ciudadana en atención a la realización de proyectos a gran escala

RESUMEN

En el contexto de la competencia global, el Estado de derecho democrático y social enfrenta el doble desafío, por un lado, de fomentar el desarrollo tecnológico y social y, por el otro, de asegurar el respaldo necesario de la población a la realización de los proyectos correspondientes. Para poder cumplirlo se requiere la protección adecuada de los derechos fundamentales. A la luz de las experiencias recientes con respecto a la planificación y puesta en práctica de proyectos a gran escala se debe contar asimismo con los procedimientos propios de un Estado de derecho que sean capaces de garantizar la aceptación de los ciudadanos a través de su participación temprana. En este proceso, la justicia debe actuar con prudencia para no limitar en exceso el margen de decisión de los legisladores.

Palabras clave: República Federal de Alemania, democracia directa, consultas populares, democracia representativa, Estado social de derecho, dignidad humana, derechos fundamentales, tribunal constitucional, participación ciudadana, derecho constitucional, derechos de defensa, recurso efectivo, megaproyectos.

ZUSAMMENFASSUNG

Der demokratische und soziale Rechtsstaat sieht sich in der globalen Konkurrenz der Herausforderung ausgesetzt, einerseits technologische und gesellschaftliche Weiterentwicklung zu fördern, andererseits in der Bevölkerung den nötigen Rückhalt für die dafür erforderlichen Projekte sicherzustellen. Dies erfordert einen angemessenen Schutz der

* Magistrado del Tribunal Constitucional Federal alemán (Segunda Sala), profesor honorario de la Universidad de Marburg, exsecretario de Estado del Ministerio de Justicia del estado federado de Hesse (Alemania), exmagistrado del Tribunal Supremo Federal alemán.

** Agradecemos a Dieter Schonebohm por la traducción del alemán.

Grundrechte. Darüber hinaus müssen rechtsstaatliche Verfahren – vor dem Hintergrund jüngerer Erfahrungen mit der Planung und Durchführung von Großprojekten – durch eine frühe Bürgerbeteiligung für Akzeptanz sorgen. Die Justiz muss dabei darauf achten, den Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers nicht übermäßig zu reduzieren.

Schlagwörter: Bundesrepublik Deutschland, Direktdemokratie, repräsentative Demokratie, sozialer Rechtsstaat, Menschenwürde, Grundrechte, Verfassungsgericht, Bürgerbeteiligung, Verfassungsrecht, Abwehrrechte, Rechtsschutz, Großprojekte

ABSTRACT

In the light of global competition, the democratic and social state governed by the rule of law is faced with the challenge of having to promote technological and social progress while at the same time ensuring that society supports the necessary initiatives. This requires an adequate protection of fundamental rights. In the light of recent experiences with the planning and execution of large scale projects, lawful procedures need to ensure general acceptance within the population which can be achieved through early citizen's participation. In all this, courts need to exercise their powers cautiously in order not to excessively reduce the discretion of the legislator.

Keywords: Federal Republic of Germany, direct democracy, representative democracy, social constitutional state, human dignity, fundamental rights, Constitutional Court, citizen's participation, Constitutional Law, rights of defence, legal protection, large scale projects.

1. La República Federal de Alemania como Estado democrático y social de derecho

La República Federal de Alemania es un Estado democrático y social de derecho (Ley Fundamental de Bonn, arts. 20 y 28). Asimismo, es una democracia representativa que limita los elementos de democracia directa exclusivamente al contexto de la reorganización política de los 16 estados federados, los *Länder*. En cambio, existen numerosos elementos de democracia directa en los *Länder* y los municipios. Las iniciativas populares, consultas ciudadanas y plebiscitos tienen como objeto los problemas de la política regional y local, como en los casos de la protección de los no fumadores, en Baviera; la iniciativa de referéndum sobre política educativa, en Hamburgo; y el proyecto a gran escala de una nueva estación central de ferrocarril de Stuttgart (“Stuttgart 21”), en Baden-Wurtemberg.

En los debates públicos de las últimas décadas se ha criticado la falta de tales elementos de democracia directa a nivel del Estado federal. Paralelamente, gracias a Internet y las redes sociales, se ha desarrollado un nuevo mundo de la comunicación y, con él, un foro para el debate público con características desconocidas hasta entonces. Por su intermedio se plantean cuestiones de la actualidad en el centro del interés público, pero también del

interés político. Muchos celebran los *blogs* en los foros de Internet, Facebook y Twitter como expresiones novedosas y modernas de participación democrática.

Sin embargo, estas tendencias aún no han generado cambios en la estructura normativa de la Constitución y del Estado. Posiblemente, esto se deba a que en general se evalúa como muy exitosa la experiencia de la democracia representativa a lo largo de los últimos 60 años. También hay que tomar en cuenta que, luego de la Segunda Guerra Mundial, la Ley Fundamental alemana (LF) significó una respuesta histórica directa a la dictadura y al régimen de terror de los nacionalsocialistas y su capacidad de poner a su servicio, de modo sumamente demagógico, la política de información bajo control estatal para aprovechar las vacilaciones de la opinión pública y, de esta manera, instrumentalizar las masas para sus fines.

La creación de una constitución política está precedida, siempre, de una profunda ruptura histórica. Esta puede tomar la forma de una revolución triunfante, como en el caso de Francia, o del derrumbe catastrófico de un sistema totalitario, como en Alemania. A partir de la histórica catástrofe alemana se produjo la vuelta a los principios de la Ilustración y del humanismo, y a los derechos humanos y, en consecuencia, a una nueva forma de pensar. Esta estableció el predominio del derecho sobre el poder, de modo que adquirió vigencia práctica la tesis de nuestro gran filósofo Immanuel Kant, según la cual el derecho no se debía adaptar jamás a la política, pero sí la política al derecho. A modo de proyecto alternativo a la fracasada constitución de Weimar, la Ley Fundamental estableció una justicia constitucional fuerte. Ya no sería el presidente del *Reich* el responsable de defender la Constitución, sino el Tribunal Constitucional. La Ley Fundamental invistió a ese tribunal de una variedad y amplitud de competencias desconocida hasta entonces, que debe ser única en el mundo. En el marco de los procedimientos definidos por la Ley Fundamental y la Ley del Tribunal Constitucional Federal este tribunal tiene la potestad de verificar la conformidad constitucional de todos los actos estatales o públicos en general. Me referiré más adelante al peligro que esto implica, es decir que el Estado de legislación parlamentaria se transforme paulatinamente en un Estado orientado por la jurisprudencia constitucional, sobre el cual ya había alertado Ernst-Wolfgang Böckenförde.¹

Según el artículo 1 inciso 3 de la LF, los derechos fundamentales vinculan a todos los poderes del Estado como derechos subjetivos, directamente exigibles y ejecutables; y la dignidad humana como precepto que encabeza la Constitución domina el sistema de derechos fundamentales de la Ley Fundamental. El artículo 1 inciso 1 es la *norma normans* de la Ley Fundamental. La Ley Fundamental significa un proyecto alternativo en el cual la dignidad humana, tan profundamente herida durante la dictadura nazi, se establece como principio primordial y se incluye, conjuntamente con la democracia, el Estado de derecho, el Estado social y el sistema federal, en la llamada “cláusula de eternidad” (LF, art. 79 inciso 3), por lo cual ni siquiera el Poder Legislativo constituyente podrá re-

¹ Ernst-Wolfgang Böckenförde, *Zur Lage der Grundrechtsdogmatik nach 40 Jahren Grundgesetz: erweiterte Fassung eines Vortrages gehalten in der Carl Friedrich von Siemens Stiftung am 19. Oktober 1989*, München, Carl Friedrich von Siemens Stiftung, 1990, pp. 61 y ss.

formarla. De conformidad con el artículo 20 inciso 3 de la LF, la justicia independiente está sometida a la ley y al derecho y se extiende a todos los ámbitos de la vida social. En el Estado de derecho establecido por la Ley Fundamental, todos los ciudadanos que sufren una vulneración real o supuesta de sus derechos tienen acceso a la tutela judicial garantizada por tribunales independientes.² El artículo 19 inciso 4 de la LF es el garante de la tutela judicial contra todos los actos del poder público.

Partiendo de esta norma, el Tribunal Constitucional Federal estableció el mandato de la tutela judicial efectiva,³ es decir, la tarea continua de posibilitar una tutela judicial actualizada e integral que esté a la altura de las innovaciones tecnológicas y sociales en transformación permanente. De esta manera, se incluyen tanto las tendencias revolucionarias en el área de la comunicación como las últimas novedades tecnológicas relacionadas con plantas industriales a gran escala o con el abandono de la energía nuclear y la transición energética posterior a “Fukushima”.

2. La conexión entre democracia y Estado social de derecho en Alemania

Quedará a criterio de ustedes la respuesta a la pregunta de si la concepción elegida en Alemania puede ser generalizada o si se trata, antes que nada, de una respuesta específica alemana a la historia en el contexto de las condiciones políticas del momento. De todos modos, quisiera analizar primero la cuestión de la conexión entre la democracia y el Estado de derecho en general. Efectivamente, luego del cambio de época del año 1989, es decir, luego de la caída del muro de Berlín y el desmoronamiento del bloque comunista, los países de Europa oriental y central siguieron el ejemplo de la concepción del Estado democrático constitucional de Alemania. Lo mismo vale también para otros países, como por ejemplo Sudáfrica que, luego del fin del *apartheid*, decidió tomar como referencia el modelo del Estado democrático constitucional de Alemania.

2.1. Teorías típico-ideales de la democracia

Una clasificación a partir de los tipos ideales permite diferenciar tres concepciones de democracia, aunque el término del tipo ideal en el sentido de Max Weber⁴ implica que se trata de una descripción –al estilo de una matriz– de sus elementos definitorios, y

² Christian Bumke y Andreas Voßkuhle, *Casebook Verfassungsrecht*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2013, pp. 333 y ss.

³ Decisión del Tribunal Constitucional Federal (BVerfGE) 60, 253 <269>.

⁴ Cf. Max Weber, “Die ‘Objektivität’ sozialwissenschaftlicher und sozialpolitischer Erkenntnisse (1904)”, en Johannes Winckelmann (ed.), *Gesammelte Aufsätze zur Wissenschaftslehre*, 4ª ed., Tübingen, 1973, pp. 146 <190 y ss.>.

que en ningún momento se plantea la consideración de las diferenciaciones y especificaciones necesarias.

1. Desde esta perspectiva, la concepción que caracteriza a Estados Unidos podría denominarse minimalista.⁵ Según ella, las elecciones libres, iguales, universales y secretas no solo conforman los elementos esenciales de la democracia; son la democracia misma. Son, en sí, la esencia de la democracia. También forma parte de esta esencia de la democracia la garantía de la libertad de información y opinión, especialmente mediante la existencia de una prensa pública sin restricciones.
2. Por el otro extremo se pueden identificar concepciones maximalistas de la democracia. En ellas, el Estado democrático basado en elecciones universales, libres e iguales, y el libre acceso a la información y la opinión, se complementa con normas, instituciones, mandatos y garantías propios del Estado de derecho y del Estado social. Sobre todo, se agregan determinados principios de justicia social. La idea de la democracia se une no solo a las garantías de seguridad interior y exterior, sino también al bienestar económico, las garantías del Estado social y la justicia distributiva relativa a los bienes primarios. Su fundamentación parte de la consideración de que la democracia social constituye el garante imprescindible del principio político de igualdad. Expresiones típico-ideales de esta idea se encuentran en muchos países de América Latina y África y en algunos de Europa del Sur. Son característicos de ella los derechos fundamentales al trabajo, la seguridad social, la vivienda saludable y el acceso a bienes materiales. Los antiguos Estados del bloque oriental bajo influencia soviética –incluida la extinta República Democrática Alemana– ofrecían un amplio espectro de derechos sociales fundamentales.

El peligro que esto encierra es evidente: si los derechos fundamentales no se interpretan prioritariamente como derechos defensivos contra el Estado, sino como derechos positivos de participación, es decir, si la normalización de los derechos fundamentales no se limita al *status negativus* y se extiende al *status positivus*, las expectativas de los ciudadanos pueden verse decepcionadas, por lo cual la estabilidad del Estado constitucional podría verse comprometida a largo plazo. Justamente, la baja productividad de la economía impedía que las dictaduras del antiguo bloque oriental cumplieran esas promesas. Conozco otros ejemplos que corresponden a la historia constitucional reciente de Sudáfrica. Una habitante de edad avanzada de un *township* de Ciudad del Cabo reclamó por la vía judicial el cumplimiento de su derecho constitucional a una vivienda saludable, porque vivía

⁵ Cf. Wolfgang Merkel, “Staatstheorie oder Demokratietheorie: Wie viel Staat braucht die Demokratietheorie?”, en Andreas Voßkuhle, Christian Bumke, Florian Meinel (eds.), *Der Staat: Verabschiedung und Wiederentdeckung des Staates im Spannungsfeld der Disziplin*, Beiheft 21, Berlin, Duncker & Humblot, 2013.

en una choza miserable sin luz, agua potable ni saneamiento. El tribunal constitucional reconoció explícitamente su derecho,⁶ pero nada cambió. Diez años más tarde la señora falleció en la misma choza, desde la cual había iniciado el juicio.

Un sistema liberal, entre cuyas bases se encuentran, como consecuencia de la libertad industrial y empresarial y el derecho fundamental a la propiedad, los principios de la economía de mercado –aunque matizados por normas sociales generales–, no puede ir más allá del cumplimiento *indirecto* de las expectativas relacionadas con los derechos sociales fundamentales, mas no mediante el reconocimiento como pretensión legal. Además, sigue abierta la interrogante de cuáles serían los niveles de igualdad socioeconómica necesarios para cumplir con el precepto político de igualdad y qué se entiende por justicia desde la perspectiva de la igualdad: ¿igualdad de oportunidades o igualdad de resultados?

3. Analizada como tipo ideal, la concepción del Estado de derecho democrático y social de Alemania puede ser descrita como una concepción intermedia de la democracia. Por un lado, mantiene vivo el escepticismo contra los reclamos de igualdad de los resultados socioeconómicos, mientras, por el otro, agrega las esferas del Estado de derecho y el estricto equilibrio horizontal de los poderes a las áreas minimalistas centrales de la democracia. Los derechos humanos, fundamentales y ciudadanos forman parte del principio de elecciones libres e iguales. Habermas postula la cooriginariedad de la protección ciudadana y los derechos de participación política, la cooriginariedad del derecho y el poder político.⁷ Desde esta perspectiva, existe una unión indisoluble entre la democracia y el Estado de derecho. Sus elementos básicos son la libertad general de acción, la libertad de opinión, la libertad de información, la libertad de asociación, el derecho a la propiedad y la libertad industrial, el derecho de fundar partidos políticos, la participación en el debate público, la libertad de reunión y el derecho a manifestarse, así como la participación activa en las elecciones libres. La garantía de los derechos fundamentales une la democracia y el Estado de derecho en el sentido de la libertad y la igualdad ante la ley de todos los ciudadanos.

Sin embargo, en sus inicios, la idea del Estado de derecho, desarrollada en el siglo XIX en el contexto de la monarquía constitucional del imperio alemán, tenía un carácter básicamente formal. El Estado de derecho formal se limitaba a hacer referencia al derecho de los ciudadanos de defenderse contra los actos del poder público, a la independencia de la justicia civil y contencioso-administrativa, a la responsabilidad del Estado por sus funcionarios, a la reserva legal en las intervenciones en los derechos fundamentales y a la primacía de la ley. Pero ni la idea del

⁶ Constitutional Court of South Africa, decisión del 4 de octubre de 2000 (Decisión Grootboom), 2001(1) SA 46. Disponible en: www.saflii.org/za/cases/ZACC/2000/19.html.

⁷ Cf. Jürgen Habermas, *Faktizität und Geltung*, Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats, Berlin, Suhrkamp, 1992, p. 176. Véanse también pp. 151 y ss., y pp. 166 y ss.

Estado de derecho formal, ni tampoco la doctrina correspondiente del positivismo fueron capaces de impedir la transición, sobre la base de elecciones democráticas, de la democracia a la toma del poder de los nacionalsocialistas y la siguiente transformación del derecho formal vigente en ilegalidad material. Por esta razón, el artículo 20, inciso 3 LF, establece que el poder público está sometido a la ley y el derecho, por lo que el enfoque formal se complementa con una referencia al “derecho” cambiada, agregando así un enfoque más amplio, esencialmente propio del derecho natural. De modo que en Alemania no se hace referencia exclusivamente al Estado de derecho formal, sino también al Estado de derecho material, del cual forma parte la validez material del derecho y la justicia. Un sistema con estas características puede funcionar, si una administración eficiente, apropiada para la democracia actúa en el contexto de una estatalidad asegurada; si el Estado de derecho es defendido por jueces independientes; si la jurisdicción constitucional vela por la implementación sin concesiones de las normas constitucionales; y si al mismo tiempo ese Estado aspira de manera creíble a ser un Estado social, justo y equilibrador.

La garantía de su cumplimiento está dada por la cláusula del Estado social de los artículos 20 y 28 LF. Pero esta cláusula no queda limitada al reconocimiento de un derecho subjetivo exigible, sino que determina un fin del Estado, al igual que el fin del artículo 20a LF que compromete a los poderes estatales a garantizar los medios de subsistencia de seres humanos y animales como parte de una protección ambiental sostenible. Las determinaciones de los fines del Estado lo obligan a respetar y cumplir tareas y metas. No solo actúan como un programa para la actuación estatal, sino también como guía y directiva, incluso para la interpretación de las leyes.⁸ Solo en casos excepcionales, el Tribunal Federal Constitucional ha deducido un derecho subjetivo de la dignidad humana y del principio del Estado social, por ejemplo, cuando se trataba de asegurar un mínimo de subsistencia digno o de garantizar la asistencia sanitaria en enfermedades mortales.⁹

2.2. La democracia sin Estado de derecho permanece inconclusa

El Estado de derecho, en tanto Estado democrático constitucional, establece una conexión indisoluble con el ejercicio del poder por el pueblo. Mientras la democracia da respuestas a interrogantes sobre las formas en que se desarrollan el poder y su ejercicio en una sociedad, el Estado de derecho lo hace con respecto a los contenidos, los límites y los procedimientos para el ejercicio del poder estatal. La democracia sin Estado de derecho –así lo enseña la historia alemana– tiene la tendencia de absolutizar la voluntad de la mayoría. Hitler se convirtió en canciller del Reich en una elección de-

⁸ Peter Badura, *Staatsrecht: Systematische Erläuterung des Grundgesetzes für die Bundesrepublik Deutschland*, 2ª. ed., München, C. H. Beck, 1996, pp. 262 y ss.

⁹ BVerfGE 115, 25.

mocrática del Parlamento. En los primeros años de la dictadura contó con la adhesión fervorosa de la mayoría del pueblo, en momentos en que se suspendieron los derechos humanos y fundamentales, se persiguió a las minorías y se preparó el exterminio de los ciudadanos judíos. En respuesta a esta experiencia del pueblo alemán, la Ley Fundamental unió de forma indisoluble el Estado de derecho y la democracia. El Estado de derecho propone limitar el poder estatal –incluso cuando este se vea legitimado democráticamente por la mayoría del pueblo– para defender las libertades y los derechos fundamentales individuales mediante la legalidad de la administración y la ayuda de una justicia que está sometida exclusivamente a la ley y el derecho, y que justamente no está comprometida con los intereses de las mayorías gobernantes del momento.

Es precisamente a través del derecho que se crean y reconocen las instituciones –como en el caso de las comunidades religiosas y las asociaciones de protección del medioambiente–, se instalan los sistemas jurídico-ambientales para la eliminación de residuos y se normalizan los procedimientos de aprobación de planes (p. e., de infraestructura) y su puesta en práctica. Los procedimientos de esas características que introducen derechos de consulta y participación ciudadana, además de establecer la tutela judicial para los ciudadanos, mejoran los niveles de aceptación y transmiten la certeza de que la realización del bien común no se produce a expensas de los derechos individuales de las personas. Por ejemplo, no tendría sentido clasificar los residuos y entregarlos a un sistema de reciclado, mientras no existan sistemas de procesamiento de residuos creados por ley y bajo control judicial. Tampoco tendría sentido que el tratamiento de los temas medioambientales contara con la participación de los propietarios y asociaciones de protección del medioambiente involucradas, mientras los procedimientos no incluyan derechos de audiencia y participación, ni introduzcan derechos exigibles para la ejecución. Solamente los procedimientos conformes al Estado de derecho y judicialmente controlables son capaces de contrarrestar eficazmente los peligros inherentes a todas las democracias.

El problema se conoce desde la Antigüedad: Jenofonte plantea un debate entre el joven Alcibíades y Pericles, en el cual aquel le pregunta qué era la ley. La respuesta de Pericles de que la ley era lo decidido por la asamblea popular, provoca la pregunta adicional del joven Alcibíades, de si esa decisión se tomaba con la voluntad de hacer el bien y dejar el mal, una opción que Pericles confirma expresamente. De la respuesta a otra pregunta del joven surge que lo mismo vale para la oligarquía y la tiranía. La siguiente pregunta de cómo se definía la fuerza y la ausencia de derechos, y si era un ejemplo de ausencia de derechos el hecho de que el más fuerte impusiera su voluntad al más débil por la fuerza, sin convencerlo, lleva a la conclusión de que las leyes decretadas con este ánimo eran ilegales en una tiranía. El diálogo concluye con la siguiente pregunta de Alcibíades: “Lo que el pueblo impone a la minoría por la vía de la ley, sin convencerla, ¿debe entenderse como fuerza o como ley?”, y conduce a la afirmación de que el ejercicio del poder requiere un control de validez material.¹⁰ La historia y la literatura nos enseñan

¹⁰ Cf. Christian Meier, *Der Historiker und der Zeitgenosse: Eine Zwischenbilanz*, München, Siedler, 2014, pp. 34 y ss.

que la naturaleza humana se presta a todo; que, con independencia de la forma en que se ejerce el poder, el ser humano es capaz tanto de la “antropofagia” como de la “crítica de la razón pura”, como expresara Robert Musil.¹¹ En otras palabras, todas las formas de ejercicio del poder requieren la corrección y dirección del derecho.

2.3. Peligros resultantes de una posible mutación del Estado de derecho a un Estado de la vía judicial

Ya hice referencia a Ernst-Wolfgang Böckenförde y su temor de que la República Federal de Alemania pudiera evolucionar hacia un Estado judicial, y, por supuesto, se puede citar una variedad de críticas, por ejemplo, las manifestadas por la expresidenta del Tribunal Constitucional Jutta Limbach. Los conocimientos jurídicos extraídos de las normas generales de la Constitución por cualquier tribunal independiente, pero muy especialmente por el Tribunal Constitucional, explica Limbach, aumentan la vinculación legal de los poderes Legislativo y Ejecutivo. Esto conlleva el peligro de una creciente rigidez del sistema político y económico, un proceso para el cual Jutta Limbach encontró una descripción plástica que recuerda a Jonathan Swift: “Cuanto más apretados estén los puntos de la red de mandatos constitucionales que teje el Tribunal, más inmovilizarán el margen de acción del Parlamento y paralizarán su imaginación política”.¹² Debido a esta tendencia, que se ha podido verificar también en Alemania en los últimos 30 años, muchos critican que el Estado de derecho estaría evolucionando hacia un Estado de la vía judicial. Algunos hablan incluso de un gobierno de jueces. Por cierto, el significado de la tutela judicial efectiva no se limita a que en cualquier momento todos los ciudadanos pueden recurrir a las opciones más adecuadas de esta para exigir el reconocimiento de sus derechos subjetivos. Exige también que los procesos basados en el Estado de derecho no se extiendan demasiado en el tiempo y no se conviertan en excesivamente confusos ni complicados. Sin embargo, en Alemania, esto afecta a todas las esferas de los servicios de interés público, especialmente en los ámbitos de la innovación tecnológica y la protección del medioambiente. Si bien el artículo 20a LF no se extiende más allá de la determinación de los fines de Estado con respecto a la protección ambiental, su relacionamiento con los derechos fundamentales de la libertad de acción general y la tutela judicial efectiva desemboca en procedimientos jurídico-públicos para la aprobación de planes, cuya complejidad excesiva hace casi imposible que los mismos concluyan dentro de plazos razonables.

Posiblemente, esto sea característico de una sociedad de bienestar específica, que es a la vez una sociedad industrial moderna en el límite del crecimiento económico. De todos modos, resulta poco satisfactorio, porque la innovación tecnológica necesita un

¹¹ Robert Musil, *Gesammelte Werke, Prosa und Stücke. Kleine Prosa, Aphorismen, Autobiographisches, Essays und Reden, Kritik*, Adolf Frisé (ed.), Hamburg, Rowohlt, 1978.

¹² Jutta Limbach, “Das Bundesverfassungsgericht als Machtfaktor”, *Humboldt Forum Recht* (HFR), núm. 12, 1996, p. 70 <72> (conferencia del año 1995).

ciclo de renovación continua. Para evitar la inmovilización del Estado y de la sociedad resulta ineludible que las respuestas a los desafíos novedosos de la actualidad se den dentro de plazos razonables. Esto vale, por ejemplo, para el caso de la transición energética que se inició en Alemania después del incidente de Fukushima. Con esto, Alemania se ha convertido en el único país en abandonar de manera premeditada la energía nuclear, a pesar de que las centrales nucleares alemanas operan en los niveles tecnológicos más avanzados. Forman parte de la transición energética, la energía solar –de menor disponibilidad en el país– y la energía eólica que puede ser generada en gran escala en las costas de Alemania. Sin embargo, para la ejecución práctica se deben construir enormes líneas de transmisión que atraviesan la república entera hasta llegar a los polos industriales del centro y el sur de Alemania. Pero los ciudadanos y las asociaciones de protección del medioambiente tienen la posibilidad de retrasar y, en el peor de los casos, paralizar la planificación de estas líneas de transmisión necesarias.¹³

Tendencias similares se observan en relación con la realización de proyectos de construcción a gran escala, como por ejemplo la modernización multimillonaria de la estación central de Stuttgart y su transformación en un nudo del sistema ferroviario europeo. Después de que el inicio de las obras se retrasara por décadas debido a los procedimientos de participación y consulta y las acciones judiciales, luego de un cambio de gobierno en el estado federado competente se resolvió además la realización de una consulta popular, de modo que las obras comenzaron recién el año pasado.¹⁴ En el contexto de la competencia internacional con otras naciones industrializadas, esto tiene efectos claramente negativos.

Un amigo empresario con negocios en China contó la siguiente historia: luego de una cena con clientes, los anfitriones chinos –amables, competentes y considerados– le preguntaron si les permitía una broma. Cuando accedió, un poco sorprendido, uno de los comensales dijo simplemente: “Stuttgart 21”, y todos los clientes chinos comenzaron a reírse. Ciertamente, en China, los grandes proyectos de infraestructura se realizan dentro de plazos muy exigüos, pero sin un exhaustivo sistema de protección de los derechos de los propietarios, de la legislación ambiental y de los derechos de participación y conexos. También es cierto que China no pretende ser un Estado democrático constitucional en la tradición occidental, cuyo estatuto de Estado de derecho comprende la protección de los derechos y las garantías fundamentales como condición *sine qua non*.

La economía alemana cuenta todavía con la capacidad de defender su posición de avanzada en Europa y, en algunos rubros, en el mundo. Sin embargo, deberíamos preocuparnos por esas tendencias que bien podrían ser el resultado de una sobrecarga del Estado de derecho.

¹³ Cf. el debate actual sobre el trazado de las líneas, *Frankfurter Allgemeine Zeitung (FAZ)*, 21 de marzo de 2014.

¹⁴ Uno de los puntos en debate fue la protección de *Osmoderma eremita*, una rara especie de escarabajo.

3. Conclusiones. La participación ciudadana como condición fundamental para la aceptación democrática y social

1. Resulta cada vez más obvia la necesidad de complementar los elementos esenciales de la democracia constitucional –elecciones libres, iguales, universales y secretas; libertad de información y opinión– con derechos de participación ciudadana en todos los niveles del accionar ejecutivo y legislativo. Esto equivale de algún modo al abandono de las bases de la democracia representativa, pero el ejercicio democrático del poder implica también que se aseguren niveles máximos de aceptación mediante la participación de los ciudadanos.

En los años setenta del siglo pasado la protección del medioambiente y de la naturaleza se codificó en Alemania en varias leyes, entre ellas la Ley de disposición de residuos, la Ley federal de control de emisión y la Ley federal de protección de la naturaleza. Gracias a la protección contra las emisiones contaminantes mediante la desulfuración de las grandes instalaciones de combustión y para mejorar la calidad del aire bajo el impacto de las emisiones contaminantes en general, el “cielo sobre el Ruhr”, es decir, sobre la región más industrializada de Alemania, volvió a ser “azul”, como lo había prometido el canciller federal de la época, Willy Brandt, en los años setenta. Antes, las emisiones de hollín y azufre de la industria pesada significaban una seria amenaza a la salud humana y contaminaban las aguas.

Paralelamente, los fundamentos socioculturales de muchas sociedades occidentales –incluida la alemana– están cambiando: en la actualidad, se observan tendencias sociales más marcadas hacia la individualización exacerbada que llega incluso al egoísmo más grosero, hacia una creciente racionalidad de los fines y, en general, hacia una economización del pensamiento en todas las capas del pueblo.¹⁵

Los ciudadanos alemanes se muestran extremadamente proclives a los pleitos, cuando se trata de hacer valer sus intereses personales. Sin embargo, a menudo ya no preguntan qué pueden hacer por su país; partiendo de un enfoque primariamente asistencialista preguntan, en cambio, qué debe hacer el país por ellos.

2. ¿Se podrá contrarrestar esta tendencia mediante la profundización de los mecanismos de participación o la introducción de elementos de democracia directa?

Cabe la duda si con esto alcanzaría para aumentar los niveles de aceptación de las decisiones legislativas y ejecutivas. Además, quedó demostrado que los conflictos legales prolongados, incluso a través de varias instancias judiciales,

¹⁵ Udo di Fabio, “Gemeinschaftsschutz Glaubensfreiheit”, *Frankfurter Allgemeine Zeitung*, 8 de abril de 2010; Vortrag zum 26. März 2010 anlässlich der Vorstellung des 68. Juristentags in Berlin.

no necesariamente ayudan a restablecer la paz jurídica. Lo demuestran los referidos procesos en torno a la estación “Stuttgart 21”.

En ningún caso se debe profundizar la autolimitación con respecto a la innovación social, tecnológica y económica. Por un lado, no se deben admitir más restricciones en las áreas de la tecnología, la investigación y la ciencia, por ejemplo en la tecnología genética, para evitar que empeore la competitividad internacional de Alemania. Sin embargo, por el otro, se trata de preservar las conquistas del Estado democrático constitucional y el respeto de la libertad y los derechos fundamentales de los ciudadanos sin recortes de fondo.

3. Por lo tanto, y para ejemplificar, deberían someterse a revisión los mecanismos de participación de los procedimientos de aprobación de planes de construcción en todos los niveles para prevenir un posible descontento con el sistema del Estado democrático de derecho.

Un mayor nivel de transparencia en las decisiones legislativas, pero sobre todo ejecutivas, contribuirá a mejorar los niveles de aceptación sistémica en general.¹⁶

A diferencia de la situación actual, la participación de los ciudadanos se debe iniciar en una fase en la que aún puedan influir en el qué y cómo de los proyectos a gran escala, posiblemente a través de un proceso de mediación cuyo objetivo sea la neutralización de los conflictos entre los intereses contrapuestos del bien común y de los individuos. Las administraciones con vocación democrática no solo deben ser neutras e insobornables; tampoco deben aislarse. Deben adoptar una actividad proactiva y acercarse a los ciudadanos para transparentar sus criterios de decisión. Administraciones de estas características están abiertas a la mediación externa y aceptan una rendición de cuentas pública después de la conclusión del proceso de participación. Las políticas al estilo “¡Basta!”, ya no tienen cabida. Lo demuestran con claridad las historias de proyectos importantes como la transformación del aeropuerto de Frankfurt en un nudo internacional del transporte aéreo. La realización de este proyecto recién fue posible después de una mediación exitosa, luego de que se produjeran confrontaciones muy violentas con víctimas mortales, entre la policía y las iniciativas populares.

4. Esta reorientación debe contar con mandatos jurídicos, especialmente del derecho constitucional.

Hace algunos meses, la Primera Sala del Tribunal Constitucional Federal hizo pública una decisión de principio –“Garzweiler”– sobre el derecho de expropiación. “Garzweiler” es el nombre de una extensa zona de extracción a cielo abierto de lignito en Renania. En los años ochenta y noventa, los procesos de

¹⁶ Para un análisis más exhaustivo, cf. Herbert Landau, “Repräsentative Demokratie und Bürgerbeteiligung”, en Walter Wallmann *et ál.* (ed.), *Moderne Finanzkontrolle und öffentliche Rechnungslegung, Denkschrift anlässlich der Verabschiedung von Professor Dr. Manfred Eibelschäuser aus dem Amt des Präsidenten des Hessischen Rechnungshofes*, Köln, Luchterhand, 2013.

planeamiento no previeron la participación ciudadana en decisiones fundamentales sobre la conveniencia de la extracción y la extensión geográfica del área en cuestión.

En la sentencia de la Primera Sala¹⁷ –quien escribe integra la Segunda Sala– se dispuso entonces que la garantía de la tutela judicial efectiva del artículo 19 inciso 4 LF, establecía su vigencia desde una fase tan temprana que fuera capaz de prevenir definiciones anticipadas y abriera la posibilidad realista de una evaluación objetiva.

En mi opinión, esta decisión de la Primera Sala constituye un hito importante en el camino hacia una mayor participación ciudadana y la mejora de los niveles de aceptación de las decisiones del Poder Ejecutivo.

La sentencia de la Primera Sala documenta, además, la conexión entre democracia y Estado de derecho a la que he hecho referencia. El ejercicio democrático del gobierno requiere las restricciones que impone el derecho; este, en cambio, debe actuar con flexibilidad ante los cambios sociales, a los cuales debe responder a conciencia y con sensibilidad para mantener y asegurar la aceptación del derecho en un contexto de opiniones en cambio permanente.

Hasta ahora, el Estado democrático constitucional supo estar a la altura de esos desafíos. Siempre se debe tener conciencia de que el derecho creado por la democracia tiene una vigencia limitada en el tiempo; está sujeto a nuevos conocimientos y a la autocorrección a través de procesos democráticos de decisión.¹⁸

Gracias a la predisposición a los cambios se generan procesos dinamizados en los ámbitos de la economía, la ciencia y la sociedad, pero estos deben y pueden ser integrados y adaptados a las reglas del Estado democrático constitucional.

Bibliografía

- BADURA, Peter, *Staatsrecht: Systematische Erläuterung des Grundgesetzes für die Bundesrepublik Deutschland*, 2^a ed., München, C. H. Beck, 1996.
- BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang, *Zur Lage der Grundrechtsdogmatik nach 40 Jahren Grundgesetz: erweiterte Fassung eines Vortrages gehalten in der Carl Friedrich von Siemens Stiftung am 19. Oktober 1989*, München, Carl Friedrich von Siemens Stiftung, 1990.
- BUMKE, Christian y Andreas VOSSKUHLE, *Casebook Verfassungsrecht*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2013.

¹⁷ BVerfG, Sentencia del 17 de diciembre de 2013 - 1 BvR 3139/08, 1 BvR 3386/08, iuris.

¹⁸ Cf. Andreas Voßkuhle, *Freiheit und Demokratie durch Recht: Festansprache aus Anlass der Eröffnung von Schloss Herrenhausen am 18. Januar 2013 in Hannover*, Herrenhausen Lectures, 2013, p. 17.

- DI FABIO, Udo, "Gemeinschaftsschutz Glaubensfreiheit", *Frankfurter Allgemeine Zeitung*, 8 de abril de 2010; Vortrag zum 26. März 2010 anlässlich der Vorstellung des 68. Juristentags in Berlin.
- HABERMAS, Jürgen, *Faktizität und Geltung, Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats*, Berlin, Suhrkamp, 1992.
- LANDAU, Herbert, "Repräsentative Demokratie und Bürgerbeteiligung", en Walter WALLMANN *et ál.* (ed.), *Moderne Finanzkontrolle und öffentliche Rechnungslegung, Denkschrift anlässlich der Verabschiedung von Professor Dr. Manfred Eibelshäuser aus dem Amt des Präsidenten des Hessischen Rechnungshofes*, Köln, Luchterhand, 2013.
- LIMBACH, Jutta, "Das Bundesverfassungsgericht als Machtfaktor", *Humboldt Forum Recht* (HFR), núm. 12, 1996.
- MEIER, Christian, *Der Historiker und der Zeitgenosse: Eine Zwischenbilanz*, München, Siedler, 2014.
- MERKEL, Wolfgang, "Staatstheorie oder Demokratietheorie: Wie viel Staat braucht die Demokratietheorie?", en Andreas VOSSKUHLE, Christian BUMKE, Florian MEINEL (eds.), *Der Staat: Verabschiedung und Wiederentdeckung des Staates im Spannungsfeld der Disziplin*, Beiheft 21, Berlin, Duncker & Humblot, 2013.
- MUSIL, Robert, *Gesammelte Werke, Prosa und Stücke. Kleine Prosa, Aphorismen, Autobiographisches, Essays und Reden, Kritik*, Adolf FRISÉ (ed.), Hamburg, Rowohlt, 1978.
- VOSSKUHLE, Andreas, *Freiheit und Demokratie durch Recht: Festansprache aus Anlass der Eröffnung von Schloss Herrenhausen am 18. Januar 2013 in Hannover*, Herrenhausen Lectures, 2013.
- WEBER, Max, "Die 'Objektivität' sozialwissenschaftlicher und sozialpolitischer Erkenntnisse (1904)", en Johannes WINCKELMANN (ed.), *Gesammelte Aufsätze zur Wissenschaftslehre*, 4ª ed., Tübingen, 1973.

María Gabriela Ábalos* (Argentina)

Democracia y función judicial. El activismo decisonal en la Corte Suprema de Justicia de la Argentina**

RESUMEN

El propósito central de las páginas que siguen es el de analizar el rol de la Corte Suprema de Justicia de Argentina en el marco del sistema constitucional del poder, y revisar su posicionamiento frente a los actores y procesos de la democracia. Apuntaremos a examinar los rasgos principales de su postura activista frente a los problemas actuales de la decisión de poderes. Pasaremos revista para ello a la doctrina judicial expuesta en pronunciamientos, acordadas, discursos y manifestaciones públicas a propósito de conferencias nacionales e internacionales de jueces. Analizaremos también algunas decisiones de gran relevancia, tales como fallos de valor paradigmático, que revelan la posición filosófica, doctrinal y política de la Corte Suprema.

Palabras clave: democracia, poder judicial, activismo judicial.

ZUSAMMENFASSUNG

In den folgenden Seiten geht es vor allem um eine Analyse der Rolle des Obersten Gerichtshofs von Argentinien im Rahmen des verfassungsmäßigen Macht systems sowie um eine Bestandsaufnahme seiner Positionierung gegenüber demokratischen Akteuren und Prozessen. Dazu werden die wesentlichen Merkmale seiner aktivistischen Haltung bezüglich aktueller Probleme im Hinblick auf Entscheidungen anderer Gewalten untersucht. Dabei soll die Doktrin des Gerichts dargestellt werden, wie sie in Urteilen, Beschlüssen, Reden und sonstigen öffentlichen Äußerungen im Rahmen von nationalen und internationalen Richterkonferenzen zum Ausdruck kommt. Darüberhinaus sollen einige besonders rele-

* Doctora en Ciencias Jurídicas y Sociales, magíster en Magistratura y Gestión Judicial especialista en Docencia Universitaria. Profesora titular de Derecho Constitucional, Universidad Nacional de Cuyo y Universidad de Mendoza. mgabalos@itcsa.net.

** Este trabajo se basa en la disertación en el Taller de Especialistas sobre “Estado de derecho, *rule of law* y los desafíos de la hora presente”, Mendoza, 22 a 24 de mayo de 2014.

vante Entscheidungen, wie zum Beispiel Grundsatzurteile, betrachtet werden, aus denen die philosophische, rechtsdogmatische und politische Position des Obersten Gerichtshofs.

Schlagwörter: Demokratie, rechtsprechende Gewalt, Rechts-Aktivismus.

ABSTRACT

The central purpose of this paper is to analyze the role of the Supreme Court of Justice of Argentina within the framework of the constitutional system of power, and review its position with regard to democratic actors and processes. We shall analyze the main features of its activist stance concerning the current problems of decision powers by reviewing the judicial doctrine presented in rulings, decrees, speeches and public statements made by its judges at national and international conferences. We shall also analyze several decisions of great importance, those of paradigmatic importance, that reveal the philosophical, doctrinal and political position of the aforementioned Supreme Court.

Keywords: Democracy, judiciary, judicial activism.

1. Introducción

En términos generales, la democracia representativa supone cuerpos políticos elegidos directa o indirectamente por el pueblo y que actúan en el marco institucional que la Constitución les marca. Dentro de esta concepción, el poder judicial aparece como aquel órgano que, en general, no responde a este tipo de procedimiento puesto que sus miembros no son elegidos por la voluntad popular, dando pie a las tesis que sostienen que es un poder contramayoritario.

Frente a ello se ha dicho que los jueces integran uno de los poderes que la Constitución establece en función del equilibrio orgánico del Estado, confiándoles el resguardo de la legalidad y la primacía de los preceptos constitucionales; y que, en su evolución, al crecimiento de los otros poderes ha correspondido un correlativo ensanchamiento de las misiones jurisdiccionales. Se sostiene que no es menos democrático que los “poderes políticos”, aunque las designaciones no se efectúen en forma directa porque la legitimación democrática del poder judicial proviene de la forma y el método que aplican al dictado de sus decisiones y, además, de la receptividad y el acatamiento de las mismas por la comunidad.

En este contexto se analizará el rol de la Corte Suprema de Justicia y su activismo decisional en las últimas décadas en Argentina a través de las posiciones fijadas en la doctrina judicial –expuesta en pronunciamientos, acordadas, discursos y manifestaciones públicas a propósito de conferencias nacionales e internacionales de jueces–. Estudiaremos también algunas decisiones de gran relevancia, tales como fallos de valor paradigmático, que revelan la posición filosófica, doctrinal y política de la Corte Suprema de Justicia Argentina.

2. El poder judicial y su rol político institucional

La Constitución Nacional consagra un poder específico dentro de la estructura del Estado para asumir la función judicial, teniendo en sus manos la importantísima tarea de declarar la inconstitucionalidad de las leyes, actos y normas, y así controlar a los otros dos poderes del Estado. El poder judicial aparece como un órgano constitucional, complejo y especializado. Es constitucional por hallarse expresamente consagrado en la Constitución formal, es complejo tanto en virtud de la estructura orgánico-funcional (art. 108 CN) como de la organización federal del Estado (CN art. 5), y es especializado en cuanto tiene a su cargo la administración de justicia sometida al principio de legalidad dentro del marco constitucional.¹

En la concepción de Montesquieu, este poder judicial tenía una función reducida ya que era, ni más ni menos, la boca que pronuncian las palabras de la ley, seres inanimados que no pueden mitigar la fuerza y el rigor de la ley misma.² El Iluminismo confió en la razón como una herramienta para debilitar el poder de los monarcas absolutos y en la Constitución como una súper ley escrita, de garantía de una organización determinada, que tiende a limitar el poder.³ En esta concepción, para evitar los abusos de poder del Estado, se lo divide en tres órganos distintos que se controlan recíprocamente entre sí, plasmándose en una Constitución escrita que es la garantía de que sus cláusulas serán respetadas por los gobernados y, sobre todo, por los gobernantes. La soberanía la ostenta el órgano legislativo en la concepción de Locke, de ahí que uno de sus seguidores, Montesquieu, ve a los jueces como meros repetidores de la ley, porque la ley era el verdadero fruto de la razón.⁴ Entonces el órgano judicial aparece menguado, actuando solamente a requerimiento de parte, nunca de oficio, y además como mero repetidor de la norma escrita, a la cual no interpreta, ni refresca, ni da la calidez vivificante de las múltiples circunstancias.

Paulatinamente el poder judicial ha ido desempeñando un papel preponderante en la formación y en la realización completa del proceso que conforma el acto de poder político, revistiendo capital importancia la función de desarrollo y aplicación de la norma como expresión del mandato político. Por encima del esquema de Montesquieu, Oyhanarte advierte que se hace visible la presencia de otras dos funciones, la gubernamental y la de control. La función gubernamental consiste en el trazado de una política global y en la adopción de las decisiones fundamentales destinadas a realizarlas, y esta función

¹ Juan Fernando Segovia, "La independencia del poder judicial y el Estado de derecho", en Dardo Pérez Guilhou et ál., *El poder judicial*, Buenos Aires, Instituto Argentino de Estudios Constitucionales y Políticos, Depalma, 1989, p. 145.

² Montesquieu, *El espíritu de las leyes*, San Juan, Editorial Universitaria, 1964.

³ Luis Sánchez Agesta, *Derecho político*, Granada, Librería Prieto, 1959, p. 338. Segundo V. Linares Quintana, *Tratado de la ciencia del derecho constitucional argentino y comparado*, t. I, Buenos Aires, Alfa, 1953, p. 282.

⁴ Dardo Pérez Guilhou, "El poder judicial: órgano político y estamental", en Pérez Guilhou, *op. cit.*, p. 73.

es de ejercicio compartido por miembros de los tres órganos superiores del Estado: el poder ejecutivo la realiza cuando se desempeña como un centro de comando rápido, informado y verdaderamente eficaz. El poder legislativo lo hace por medio de sus mayorías que, cohesionadas, permiten la gestión del Ejecutivo. Y el poder judicial, al favorecer la viabilidad de la política por medio de las sentencias. La función de control debe ser atribuida a los jueces y a las minorías legislativas.⁵

Por su parte, el constitucionalismo norteamericano influye en la organización y función de la tríada de los órganos de poder, donde el órgano judicial desempeña un papel fundamental. Pérez Guilhou rescata la vieja tradición inglesa que se continuaba en el régimen de las colonias, donde el juez y el legislador tenían ambos formidable poder en unas funciones. En la Inglaterra de 1776, cuando comenzó la guerra de las colonias, el juez ya estaba subordinado al legislador –como lo pinta Montesquieu–, pero en América no era así y por eso no va a resultar difícil consagrar el control jurisdiccional de constitucionalidad. En Estados Unidos siguió en pie la mezcla de funciones judiciales y políticas. Para declarar qué es la ley, el poder judicial se convirtió en el poder judicial-legislativo mixto que dice a la legislatura qué no puede ser la ley.⁶ En este contexto será la Corte norteamericana, presidida por el juez Marshall, la que explícitamente sostendrá en 1803, en el caso *Marbury vs. Madison*, el poder de los jueces de revisar las leyes del Congreso si no se conformaban con la Constitución. Pocos años después, en 1810, en el caso *Fletcher vs. Peck* extendió ese poder de control a las leyes locales que no se conciliaran con la Constitución.⁷ Esta creación doctrinal de la Corte norteamericana, que le da un formidable poder político, tuvo que ver también con una necesidad histórica. Luego de la revolución de 1776, hasta que se dictó la de 1787, se produjo un proceso revolucionario en los estados locales que amenazaba con poner en peligro los resultados de la guerra de la independencia. De ahí la necesidad de contar con un tribunal superior que hiciera respetar el orden nacional, la Constitución, asegurando su supremacía sobre las decisiones de las legislaturas locales.⁸

⁵ Julio Oyhanarte, *Poder político y cambio estructural*, Buenos Aires, Paidós, 1969, p. 60. Recuerda este autor que es necesario, sin embargo, reconocer que el rol preponderante corresponde al Ejecutivo, pero que este, no podría actuar sin apoyo legislativo, y en última instancia sus decisiones, para tener estabilidad definitiva, requieren la viabilidad que les presta la Corte. Insiste en la necesidad de asegurar una mayoría legislativa que se integre con el Ejecutivo para el ejercicio cohesionado de la función gubernamental.

⁶ Pérez Guilhou, *op. cit.*, p. 83.

⁷ Jorge Vanossi, *Teoría constitucional*, t. II, 2ª. ed. actualizada, Buenos Aires, Depalma, 2000, p. 82. Ver entre otros Maximiliano Toricelli, *El sistema de control constitucional argentino*, Buenos Aires, LexisNexis, 2002; Juan Vicente Sola, *Control judicial de constitucionalidad*, Buenos Aires, LexisNexis, 2006; Ricardo Haro, *Control de constitucionalidad*, 2ª. ed., Buenos Aires, Zavalia, 2008; Jorge Bercholc, *La independencia de la Corte Suprema a través del control de constitucionalidad*, Buenos Aires, Ediar, 2004.

⁸ Alberto B. Bianchi, *Historia constitucional de los Estados Unidos*, t. I, Buenos Aires, Cathedra Jurídica, 2008.

Nuestro país tomó los lineamientos norteamericanos de la doctrina del control de constitucionalidad por lo que el poder judicial tiene en sus manos una herramienta formidable. El juez aparece como órgano de poder del Estado y como garantía de los derechos o las libertades de las personas. Para el primer aspecto valen, sin lugar a dudas, las palabras de Oyhanarte cuando hace participar a los jueces en la función gubernamental y, en especial, a la Corte Suprema cuando desempeña una elevada función política pues sin su exequátur las decisiones políticas fundamentales no tienen posibilidad de materializarse.

Ahora bien, cabe completar la visión del poder judicial con el aporte del constitucionalismo contemporáneo o neoconstitucionalismo.⁹ Carbonell sostiene que el neoconstitucionalismo pretende explicar un conjunto de textos constitucionales que comienzan a regir después de la Segunda Guerra Mundial y, sobre todo, a partir de los años setenta del siglo XX. Se trata de constituciones que no se limitan a establecer competencias o a separar a los poderes públicos sino que contienen altos niveles de normas materiales o sustantivas que condicionan la actuación del Estado por medio de la ordenación de ciertos fines y objetivos, como son las constituciones española de 1978, la brasileña de 1988 y la colombiana de 1991.¹⁰

Aparece un nuevo modelo de organización jurídico-política o de Estado de derecho, una teoría del derecho requerida para explicar dicho modelo; e incluso el neoconstitucionalismo incluye la filosofía política que justifica la fórmula del Estado constitucional de derecho.¹¹ Como consecuencia de ello también ha cambiado la práctica jurisprudencial de muchos tribunales y cortes constitucionales, y aparecen parámetros interpretativos nuevos; así entran en juego las técnicas interpretativas propias de los principios constitucionales, la ponderación, la proporcionalidad, la razonabilidad, la maximización de los efectos normativos de los derechos fundamentales, etc. A ello se suman desarrollos teóricos novedosos que no solamente sirven para explicar un fenómeno jurídico sino para crearlo. Los aportes de Dworkin, Alexy, Zagrebelsky, Prieto Sanchís, Ferrajoli han servido para comprender las nuevas constituciones y también para crearlas.

En relación con el poder judicial se destacan las siguientes notas: 1) el protagonismo social creciente de los poderes judiciales; 2) el avance del poder judicial sobre las llamadas cuestiones políticas y la expansión de la justiciabilidad de todos los problemas; 3) la participación creciente de la función judicial en funciones en otro tiempo reservadas a la legislación; 4) el incremento de una "jurisdicción nomogenética, como resultado de la acción supletoria de la Corte Suprema, ante la crisis de la constitucionalidad y los vacíos que quedan abiertos a partir de la parálisis del funcionamiento armónico de la división de poderes; 5) la tendencia creciente de los órganos legislativos y administrativos hacia

⁹ Alfonso Santiago (h), "Sistema jurídico, teoría del derecho y rol de los jueces: las novedades del neoconstitucionalismo", *Dikaion*, vol. 22, núm. 17, 2008, pp. 131-155.

¹⁰ Miguel Carbonell, "El neoconstitucionalismo en su laberinto", en *Teoría del neoconstitucionalismo*, Madrid, Trotta, 2007, pp. 9, 10. También del mismo autor, "El nuevo tiempo para el constitucionalismo", en *Neoconstitucionalismo(s)*, Madrid, Trotta, 2005, p. 9.

¹¹ Luis Prieto Sanchís, *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, Madrid, Trotta, 2003, p. 101.

una mayor delegación de funciones a los órganos jurisdiccionales; 6) la ampliación de los márgenes de acceso a la justicia para la resolución de controversias en otro tiempo ajenas a la intervención de los magistrados; 7) la expansión del “debido proceso” a campos muy diversos de la actividad estatal y de la propia vida social; 8) la inserción de la justicia en el conjunto de los mecanismos sociales destinados a velar por el control de “corrección política” de los procesos políticos y sociales; 9) la expansión del control de constitucionalidad tanto en lo referido a sus contenidos como a sus métodos y formas de habilitación de ejercicio de los derechos.

En este contexto se advierte un creciente proceso de “judicialización” de la vida social y política. Entre otros factores, ello se debe a la expansión del control de constitucionalidad de las leyes y a la universalización de las diversas modalidades de control difuso, en especial la proveniente de la tradición constitucional norteamericana. La posibilidad de que las leyes, los reglamentos y las decisiones de los ejecutivos puedan ser controladas y aun prevenidas a través de remedios excepcionales, asistidos incluso por medidas cautelares capaces de paralizar su efectividad en defensa de libertades y derechos fundamentales amenazados en su integridad, ha aumentado el poder de los jueces como guardianes de la Constitución. Al mismo tiempo, se han generalizado formas diversas de activismo de la judicatura, sobre todo por su incidencia en cuestiones de contenido político partidario, como la corrupción, los delitos contra la administración, los crímenes de lesa humanidad y aun los propios procesos electorales.

3. El activismo judicial: algunas consideraciones

Morello advierte la influencia de la Corte Suprema de Justicia imponiendo un activismo judicial frente al *self restraint*, principalmente desde su composición a partir de 1983. Ello se observa en casos como *Sejean*,¹² que refleja el activismo en lo procesal, en la resolución de conflictos de poderes y en la fijación o consolidación de los valores de la sociedad argentina.¹³ También Berizonce elabora una teoría del activismo dentro de la jurisprudencia de la Corte Suprema perfilando distintas interpretaciones (el juez que pronuncia el derecho; el juez que interpreta, decide y crea el derecho; el juez *contra leguem*; el juez como amigable componedor; el juez como colaborador de las partes; el juez como ingeniero social).¹⁴

En este marco se plantea la existencia de un conflicto que enfrenta a quienes propician el activismo responsable del juez, frente a los que sostienen que esta dinámica destruye las garantías constitucionales que implementa el debido proceso en el marco del garan-

¹² CSJN, *Sejean*, Juan B. contra Zaks de *Sejean*, 1986, Fallos 308:2268.

¹³ Augusto M. Morello, “El activismo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación”, en *Anales de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires*, Segunda Época, año XXXII, 1988, p. 63.

¹⁴ Roberto Berizonce, “El activismo de los jueces”, en *La Ley*, 1990, E-920.

tismo procesal.¹⁵ En este sentido, la visión tradicional es la del juez en su despacho, en su hábitat, aislado del mundo y atento a las causas que le llegan en estado de dictar sentencia, mientras que en otra posición el juez también actúa contestando los interrogatorios de la prensa, haciéndose parte en los grandes problemas nacionales y marcando muchas veces la agenda pública. El garantismo es definido como la postura doctrinaria según la cual el proceso judicial se basa en la Constitución, de modo tal que a nadie se le puede privar del debido proceso adjetivo, lo que supone entablar un conflicto entre dos partes donde el juez debe ser imparcial (independiente) e *imparcial* (es decir, equidistante de ambas partes). Este juez dirige el debate entre las partes garantizando permanentemente la bilateralidad y el derecho a la contradicción. De ese modo, todo el proceso queda gobernado por el principio dispositivo según el cual no hay proceso sin petición de parte, ni actuación de oficio del órgano jurisdiccional. Con esas bases, esta escuela concluye que “El activismo judicial violaría las reglas de bilateralidad y contradicción”.¹⁶ Se plantea de este modo un antagonismo, una disyuntiva frente a la cual parecería que el juez *debe* ser garantista y que todo intento de activismo es poco valioso.

Peyrano¹⁷ sostiene que la comunidad científica, los operadores jurídicos y los estrados judiciales se han inclinado por un cambio de paradigma en materia procesal civil signado, fundamentalmente, por las siguientes notas: a) el protagonismo de un juez dotado de atribuciones suficientes para no quedar incurso en una situación de fantoche, y de ser cautivo, ineludiblemente, del hacer o no hacer de los litigantes; b) la idea de un proceso civil concebido como una empresa común cuyo éxito depende de que ambas partes colaboren, en cierta medida, al logro perseguido, que no es otro que el de “afianzar la Justicia” como manda el Preámbulo; c) el reconocimiento del poder heurístico de los magistrados¹⁸ que, llegado el caso y siempre dentro del marco del ordenamiento jurídico de que se trate, pueden y deben –muchas veces a impulsos de postulaciones de los letrados que suelen ser la punta de lanza en las novedades jurídicas– diseñar soluciones pretorianas razonables tales como las que fueron en su momento la acción de nulidad de sentencia firme, el amparo, la indexación y luego la desindexación judicial, los mecanismos judiciales creados para dar respuestas a la última emergencia económico-financiera, etc.

Algunos autores distinguen entre el activismo “bueno” y el activismo “malo”, entendiéndose a este último como aquel que se ejerce en detrimento de los derechos funda-

¹⁵ Osvaldo Gozaíni, “El neoprocesalismo”, en *La Ley*, 2005, E:1328.

¹⁶ Osvaldo Gozaíni, Conferencia “Problemas actuales del derecho procesal, activismo *versus* garantismo procesal”, Querétaro, Fundap, 2002, p. 10.

¹⁷ Jorge W. Peyrano, “Sobre el activismo judicial”, en *Activismo y garantismo procesal*, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, 2009.

¹⁸ Jorge W. Peyrano, “Acerca de los instrumentos operativos procesales”, en *Procedimiento civil y comercial. Conflictos procesales*, t. 1, Rosario, Juris, 2002, p. 163: “Los jueces, acuciados por su deseo y por su deber de hacer justicia en el caso concreto, no encuentran, muchas veces, respuestas adecuadas en los textos legales procesales que de ordinario padecen (debemos confesarlo) un cierto grado de retraso respecto de las urgencias y de las necesidades de la hora actual [...]”.

mentales y en beneficio del poder estatal.¹⁹ De esta forma, al paradigma del “juez director” se opone la postura de quienes, enrolados en la tesis “garantista”, cuestionan las facultades crecientes de los jueces en el proceso civil. Entre los más destacados defensores del garantismo, Alvarado Velloso²⁰ afirma que el verdadero poder de los jueces no está en la dirección del proceso sino en la sentencia y, por ello, en la elección de los hechos por juzgar y en la posterior elección de la norma que se aplicará a esos hechos para solucionar el litigio. Considera al proceso como un método pacífico de debate dialéctico que tiene lugar entre dos antagonistas en igualdad ante un juez imparcial.

Gargarella se refiere al “activismo cívico”²¹ como la fuerte participación de los ciudadanos en la vida política (sea local, regional o nacional), y supone la dedicación a la acción en la vida pública; y al “activismo judicial” como forma deliberativa de actuación del juez, superadora del juez “elitista” y del juez “populista”.

Esta impronta no es privativa de los superiores tribunales nacional y provinciales, ya que al juez de cualquier instancia, federal o provincial, es usual encontrarlo en su rol de director del proceso, siguiendo los códigos de forma pero también adoptando un rol “activista”, en actitudes concretas que abarcan desde la organización de su tribunal hasta la interpretación del derecho, recorriendo creaciones pretorianas que se adelantaron a las reformas legislativas, como es el caso de la audiencia preliminar –tutela anticipada–, las medidas autosatisfactivas, las audiencias públicas, entre otras.

Desde esta perspectiva de activismo judicial, las facultades y los deberes que el ordenamiento legal prescribe e impone a los jueces deben ser ejercidos no solo para resguardar un interés particular, sino el de la sociedad toda, que desea y pretende una justicia independiente, eficaz y fundamentalmente oportuna. En las modernas sociedades de fines del siglo XX y principios del XXI, incluyendo la argentina, el ciudadano recurre cada vez más ante el poder judicial en búsqueda de soluciones a sus conflictos, y en algunos casos como gestor de intereses públicos generales, como en supuestos ambientales, de consumidores y usuarios, etc., al comprobar la incapacidad de los otros poderes del Estado para brindar esas respuestas oportunas en tiempo y forma.

4. La Corte Suprema y el activismo decisional

El activismo de la Corte Suprema no es solo un rasgo característico de algunas de sus decisiones emblemáticas. Es también un programa político asumido y proclamado en numerosos documentos expresivos de la filosofía constitucional de los magistrados

¹⁹ Pablo Manili, “El activismo en la Jurisprudencia de la Corte Suprema”, *La Ley*, 2006, D-1285.

²⁰ Adolfo Alvarado Velloso y Oscar Zorzoli (dirs.), *Los sistemas procesales*, Buenos Aires, Ediar, 2006.

²¹ Roberto Gargarella, “Dar de nuevo: activismo cívico y el derecho a la crítica radical”, en Juan Otero (dir.), Colección ¿Más derecho?, núm. 2, *Libertad de expresión y democracia desde una perspectiva latinoamericana*, 2002, p. 61.

que la integran. Baste para ello analizar algunos documentos programáticos de los que se desprende no solamente la voluntad de la Corte de desempeñar un rol activo en el ejercicio de la función que le compete como poder del Estado sino también la decisión de participar en el diseño e implementación de políticas de Estado.

4.1. Conferencias nacionales de jueces y discursos

La primera conferencia se realizó en marzo de 2006 en Santa Fe y supuso la novedad de ser la Corte Suprema de Justicia de la Nación la que hizo extensiva la invitación a todos los jueces del país, tanto federales como nacionales y provinciales. Entre los aspectos más significativos en relación con el activismo judicial se propició la implementación de un centro de prensa de información judicial que permitiera un acercamiento directo y una comunicación explícita con la sociedad, para una mejor comprensión de la actividad jurisdiccional, así como la creación de una Comisión Permanente de Protección de la Independencia Judicial. Las palabras de Lorenzetti al cerrar esta primera conferencia fueron elocuentes puesto que puntualizó el compromiso institucional con la justicia y la igualdad. Como fruto de esta conferencia se crea el Centro de Información Judicial²² y se desarrolla una intensa tarea de difusión de este modelo de oficina encargada de dar a conocer las tareas del Poder Judicial, la cual se implementa luego en prácticamente todas las jurisdicciones provinciales.

En la Segunda Conferencia Nacional de Jueces, que tuvo lugar los días 6 y 7 de septiembre del 2007 en Salta, se avanza en el activismo al abordar y promover el debate sobre la gestión judicial y su mejora mediante criterios de eficacia e incorporación de herramientas tecnológicas; la litigiosidad creciente y los mecanismos facilitadores para la resolución alternativa de conflictos y la independencia del Poder Judicial. Las conclusiones de la Comisión 2 de disminución de la litigiosidad giraron en torno a una administración de justicia más rápida y eficaz que dé una respuesta adecuada a las necesidades de los litigantes; la necesidad de encarar cambios a fin de enfrentar la responsabilidad de administrar justicia, de acuerdo con los requerimientos de la sociedad; asumir un rol de liderazgo en el proceso de cambio, a fin de proporcionar mayor acceso a la justicia donde todo juez tiene facultades de director del proceso; recomendar la incorporación de las audiencias preliminares, así como crear una Comisión de Trabajo sobre Acceso a la Justicia y resolución de conflictos.

También en la Comisión de Gestión Judicial se introduce una referencia novedosa a la idea de “políticas de Estado” propias del Poder Judicial como la aplicación de criterios de gestión institucional de los recursos materiales y humanos, con el objetivo de lograr un servicio de justicia eficiente y eficaz, adoptar modelos de gestión de calidad, creándose en este sentido la Comisión Nacional de Gestión Judicial para desarrollar los programas de gestión dentro de la política de Estado mencionada.

²² Disponible en: www.cij.gov.ar.

Por su parte, el presidente de la Corte Ricardo Lorenzetti publica en agosto de 2007 el artículo “Políticas de Estado para el poder judicial”²³ donde propone trabajar en la definición clara del rol del poder judicial en un Estado de derecho capaz de fijar límites a los demás poderes, de proteger los derechos y de brindar una gestión eficaz y eficiente. Esboza entonces las políticas de Estado para el poder judicial en cuatro ejes: la independencia judicial, la comunicación con la sociedad, la integración de los jueces dentro del poder judicial y el poder judicial como servicio a la comunidad.

Años después, en la Conferencia de las Cortes Supremas de las Américas “El Estado de derecho”, realizada en Buenos Aires los días 3 y 4 de septiembre de 2009, Lorenzetti vuelve sobre las políticas de Estado para el poder judicial y en torno al fortalecimiento institucional dijo que dicho poder debe mejorar su propia identidad frente a los otros poderes; ello implica mejorar la integración de los jueces dentro del poder, la autarquía presupuestaria y la autogestión, así como la independencia personal e institucional.²⁴

También en la XIX Jornada Científica de la Magistratura, realizada en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires los días 28 al 30 de octubre de 2009, se defendió la postura de fortalecimiento institucional de este poder, en especial a través de la autarquía económica como herramienta de independencia.

En la Cuarta Conferencia Nacional de Jueces, realizada en Buenos Aires los días 2 y 3 de septiembre de 2010, se planteó con más vigor este tema de la independencia judicial y novedosamente se presentaron dos proyectos legislativos, uno de fortalecimiento de la independencia del Poder Judicial que propugnaba la autonomía presupuestaria de este poder, así como las facultades reglamentarias para el ordenamiento de superintendencia, y el otro sobre la creación del Fondo Estructural para el Desarrollo de la Justicia en las provincias y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, pensado como un fondo federal que permita una igualdad mínima para que todos los ciudadanos tengan un derecho de acceso a la justicia.²⁵ Además se pasó revista a la implementación de las nuevas políticas públicas elaboradas por la Corte en materia de acceso a justicia y violencia doméstica que permitieron la implementación de programas de información pública y la adecuación del lenguaje en los medios de comunicación. Fruto de ello es la Oficina de Violencia Doméstica creada por la Corte Suprema, como también la Oficina de la Mujer.

Ese mismo año 2010, en el discurso de apertura del año judicial, Lorenzetti hacía hincapié en el cambio de paradigma a la luz del bicentenario, llamando a trabajar fuertemente en el diseño institucional de la nación. Subrayaba:

[E]l gran rol que tiene la Corte Suprema y todo el poder judicial como la institución que debe ser la más previsible porque es aquella que se ocupa de mantener los grandes principios sustantivos, las reglas de juego básicas de la sociedad, aquello

²³ Ricardo Lorenzetti, “Políticas de Estado para el Poder Judicial”, en *La Ley*, Suplemento Actualidad, 2007, p. 1.

²⁴ Ricardo Lorenzetti, “Corte Suprema de Justicia de la Nación”, Conferencia de las Cortes Supremas de las Américas, Buenos Aires, 2009, pp. 24 y 29.

²⁵ Disponible en: www.cij.gov.ar.

que hace que nuestros ciudadanos estén tranquilos, que puedan vivir en paz, que sus derechos sean respetados. Aquello que hace que se resuelvan las competencias y los conflictos lógicos que existen en todas las sociedades. Esta es la gran función que tiene que tener la Corte Suprema como tribunal constitucional, mantener aquellas reglas básicas del funcionamiento social que no son otras que las que están en la Constitución.

Insiste en que:

[E]l poder judicial es un poder del Estado [con una] función política en el sentido de la polis, en el sentido de la polis griega, una función que es trabajar por el bien común. No es una función partidaria. Porque todos los ciudadanos de este país esperan que los jueces protejan sus derechos, que los defiendan y mantengan ese respeto que debe haber por cada uno de los ciudadanos de este país, con independencia de cuáles son sus ideas, con independencia del partido al cual pertenecen, con independencia de si viven en la Capital o en el interior, si son ricos o pobres, si son letrados o profanos. Esa es la función de imparcialidad que tienen que tener los jueces.

Luego se refiere al Poder Judicial como contramayoritario, que debe poner límites a las decisiones de las mayorías cuando contradicen a la Constitución, cuando afectan los derechos individuales.

Esta función del límite es muy clara. Por eso en nuestro sistema constitucional como en casi todos los sistemas occidentales está muy claro cuál es la función de cada uno de los poderes. Los jueces no debemos gobernar, debemos poner límites a los demás poderes. Los otros poderes del Estado no deben judicializar sus decisiones innecesariamente, lo que cada uno debe hacer es cumplir la función que le adjudica la Constitución. Y por eso esta Corte viene señalando en distintas oportunidades que nos parece muy relevante que cada uno de los tres poderes del Estado en todos los niveles, en las provincias y en la Nación, cumpla con la función constitucionalmente asignada. No es buena la judicialización excesiva ni tampoco es bueno que los jueces sin renunciar a nuestra función de poner límites vayamos más allá. Esto es un equilibrio difícil en todo el mundo, pero es algo de lo cual nosotros tenemos que hablar sobre todo porque nuestro pueblo necesita del diálogo, del debate, de la participación de todos en las decisiones.

En la apertura del año judicial en 2013 recuerda Lorenzetti los 150 años de funcionamiento del tribunal. Remarca que es una institución muy importante porque es la que debe interpretar la Constitución, la que debe defender el Estado de derecho, la que debe garantizar los derechos y la libertad de los argentinos, con independencia de todo otro poder jurídico o fáctico. Repasa los principales pronunciamientos del tribunal para

concluir que dicha jurisprudencia constituye una base de principios y valores constitucionales para toda la sociedad. “Presenta un modelo de país, de sociedad, de principios a los cuales todos podemos adherir porque están en el contrato social de los argentinos. Muestran un tribunal que no es pasivo, autorrestringido o conservador, sino activo y progresista en el sentido de que desarrolla los derechos”. Reconoce que:

[N]o ha sido una tradición que la Corte impulsara cambios; por un lado, porque en muchos casos no tiene facultades legales para hacerlo, y por el otro, porque estaba distanciada de los propios jueces. Nosotros pensamos distinto, y hace cinco años que realizamos conferencias nacionales de jueces de todo el país, que consensuaron varias políticas de Estado. En nuestro país y en casi todo el mundo, hay dos preocupaciones centrales de la población: el acceso a la justicia y la demora en la resolución de los pleitos.

De ahí que sostiene que la Corte lidera “políticas de Estado” en dichos temas con las mediaciones, los cambios informáticos, de gestión, etc. Decididamente afirma que:

El juez pasivo debe dar paso al juez activo. Durante muchos años el poder judicial y la Corte cumplieron un rol pasivo, de autorrestricción, lo cual hizo que el poder judicial fuera un lugar donde se restringían derechos como instrumento de control social. Nosotros desarrollamos un rol activo, con casos de agenda pública, que llevan a un diálogo de poderes. La Corte es un lugar donde se expanden derechos y se abren las puertas para cooperar en la transformación de un país.

En este contexto sostiene que la tarea de la Corte es trabajar sobre las reglas básicas, identificar los consensos de la sociedad; no es buen juez quien quiere imponer sus propias convicciones o las de un sector a todos los demás, porque esa decisión no dura en el tiempo. Llama a una posición de equilibrio para poder solucionar los conflictos sabiendo que:

[N]o debe gobernar, debe ser consistente con las decisiones de la mayoría del pueblo. Pero no siempre es así, porque hay suficiente experiencia en el mundo que muestra que las mayorías han tomado decisiones inconstitucionales, como por ejemplo apoyar el Holocausto, el terrorismo de Estado, o la pena de muerte. Por eso es que existen los derechos humanos que son inderogables, por eso se habla de democracia constitucional, por eso es que las decisiones de las mayorías pueden ser declaradas inválidas por los jueces cuando son contrarias a la Constitución.

Por eso es que la Corte debe ser un poder del Estado que contribuya al diseño de un país; no corresponde que le diga al poder político lo que tiene que hacer, sino lo que sea contrario a la Constitución.

4.2. El fallo Rizzo y las acordadas frente a las normas de democratización de la justicia

Además de las consideraciones vertidas, la Corte Suprema se ha manifestado en numerosos procesos institucionalmente de alto impacto, pero es en el reciente caso Rizzo y en las acordadas dictadas frente a las normas denominadas de “democratización de la justicia”, donde puede apreciarse con claridad el rol activista y decidido que asume dicho cuerpo y todo el Poder Judicial.

Bajo la denominación de “democratización de la justicia” el Poder Ejecutivo nacional promovió el tratamiento legislativo de seis proyectos que envió al Congreso el 8 de abril de 2013. Así nacieron la Ley 26.853 que crea las Cámaras Federales de Casación en lo Civil y Comercial, del Trabajo y la Seguridad Social y en lo Contencioso Administrativo Federal; la Ley 26.854 de medidas cautelares en las causas en las que es parte o interviene el Estado nacional; la Ley 26.856 sobre la publicación de todas las acordadas y resoluciones que dicten la Corte Suprema y los tribunales de segunda instancia en lo federal en todo el país incluida la capital federal y en ella las Cámaras Nacionales de Apelaciones; la Ley 26.857 que modifica la Ley 25.188 en cuanto dispone que declaraciones juradas patrimoniales integrales presentadas por las personas que se encuentran obligadas en virtud de la normativa de ética en el ejercicio de la función pública son de carácter público, de libre accesibilidad y podrán ser consultadas por toda persona interesada en forma gratuita a través de Internet, de conformidad con el procedimiento que establezca la reglamentación; la Ley 26.861 referida al ingreso de personal al Poder Judicial y al Ministerio Público mediante el procedimiento de concurso público y, finalmente, el concerniente al Consejo de la Magistratura que se sanciona como Ley 26.855, que viene a modificar la Ley 24.937 reglamentaria de los artículos 114 y 115 de la CN.

Esta última norma reavivó el debate intenso y apasionado en torno a la naturaleza y las funciones del Consejo de la Magistratura producido en su momento por la sanción de la Ley 26.080 modificatoria de la Ley 24.937 de organización de dicho Consejo, particularmente en lo referido a la incidencia de la política partidaria tanto en la composición del cuerpo como en la forma de elección de sus miembros. La reacción de una amplia parte de la doctrina y los sectores representativos de la judicatura se reflejó en el debate público y, sobre todo, en el planteamiento inmediato de contiendas judiciales promovidas incluso por miembros de la judicatura que proliferaron en distintas jurisdicciones del país. El caso que finalmente llega a la Corte Suprema –un amparo promovido por el residente del Colegio Público de Abogados de la Ciudad de Buenos Aires– tramita por la vía de recurso extraordinario federal por *salto de instancia* según lo habilitado por el artículo 257 bis del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, desde el Juzgado Federal con competencia electoral número 1 de la Capital Federal. Se trata del caso Rizzo, Jorge Gabriel, resuelto el 18 de junio de 2013 por mayoría de seis ministros y una disidencia, donde el Superior Tribunal declaró inconstitucionales los artículos 2, 4, 18 y 30 de la Ley 26.855 e inaplicable lo previsto en el artículo 7 por la ley cuestionada, de

conformidad con lo mandado en el artículo 29 de esa normativa. También se declaró inconstitucional el decreto que convoca a elecciones de consejeros.²⁶

En efecto, la resolución del caso Rizzo ha puesto a la luz muchas de las cuestiones filosófico-políticas e institucionales todavía pendientes en el desarrollo actual del constitucionalismo. Ha develado una vez más la importancia de algunos principios liminares del derecho constitucional y del derecho judicial hasta ahora dados por supuestos sin mayor discusión crítica y que la reforma de 1994 ha vuelto a reabrir. El fallo replantea con nueva fuerza importantes consideraciones sobre la interpretación constitucional y legal en torno a la Ley 26.855 y al artículo 114 de la CN principalmente, en una visión integral dentro de la forma republicana representativa federal del artículo 1.

Se puntualizan aspectos doctrinarios que exceden el marco puntual del Consejo de la Magistratura. En primer lugar, deja claro que la actuación de los tres poderes del Estado nacional encuentra como límite la supremacía de la Constitución Nacional (arts. 30 y 31). De ahí que los poderes públicos deben actuar conforme al ordenamiento jurídico, imperativo al que se encuentran sometidos y, si no lo hacen, sus actos deben ser invalidados para proteger la vigencia de las normas fundamentales impuestas por el pueblo soberano. En segundo lugar, la Carta Magna reconoce a cada uno de los órganos del Estado distintas facultades que les permiten y los obligan a controlar el accionar de los otros; y es en este balance que el Poder Judicial adquiere una función fundamental: el control de constitucionalidad de las normas y los actos estatales. En tercer lugar, el reconocimiento creciente de derechos ha sido posible en nuestro ordenamiento porque la Constitución nacional busca equilibrar el poder para limitarlo. Gracias a esta función de limitación del poder queda clara la inadmisibilidad de la doctrina de la omnipotencia legislativa fundada en una interpretación desmesurada de la voluntad presunta de la “mayoría del pueblo”. En cuarto lugar, el control de constitucionalidad procura la supremacía de la Constitución y no la del Poder Judicial o de la Corte Suprema. Y el ejercicio de tal control por parte de los jueces (que han recibido del pueblo –a través de los constituyentes– el legítimo mandato democrático) no los coloca sobre los restantes poderes del Estado. En quinto lugar, las decisiones de los poderes públicos, incluidas las del Poder Judicial, se encuentran sometidas y abiertas al debate público y democrático, lo cual es saludable y necesario en tiempos de transformación profunda de muchos de los principios y procedimientos de nuestro sistema constitucional. El control de constitucionalidad está destinado a funcionar como una instancia de protección de los derechos fundamentales de las personas y de la forma republicana de gobierno, lo que requiere que los jueces obren en forma independiente e imparcial, como custodios de estos derechos y principios a

²⁶ Cf. Rizzo, Jorge Gabriel (apoderado Lista 3 Gente de Derecho s/acción de amparo c/Poder Ejecutivo Nacional, Ley 26.855, medida cautela; C.S. R. XLIX, 18 de junio de 2013. El primer voto es firmado por los jueces Lorenzetti, Highton de Nolasco, Maqueda y Fayt. Concurrieron en forma conjunta los ministros Argibay y Petracchi, y votó en disidencia el juez Zaffaroni. Ver entre otros el comentario de María Gabriela Abalos, “La Corte Suprema de Justicia de la Nación frente a la ‘democratización de la justicia’. Los alcances del caso Rizzo”, en *Suplemento de Derecho Constitucional, El Derecho*, 2014.

fin de no dejar desprotegidos a todos los habitantes de la nación frente a los abusos de los poderes públicos o fácticos.

Cumplida la misión de puntualizar estos principios liminares, el fallo de la Corte Suprema se encarga de demostrar que la Ley 26.855 en lo que respecta a la composición y forma de elección de los consejeros, no responde a la estructura medular que diseña el artículo 114 de la CN, lo que afecta y compromete seriamente el principio de independencia que debe regir la actuación del Poder Judicial y de sus integrantes. Ahora bien, esta resolución pone de manifiesto la posición mayoritaria a favor del rol activo de los jueces, frente a lo cual es la disidencia de Zaffaroni la que se encarga de plantear la autorrestricción judicial como manifestación de la tradicional tesis del *self restraint* o de *deferencia* hacia los poderes políticos.

La Corte Suprema frente a la “democratización de la justicia” no solamente se ha expedido en el caso Rizzo, sino también a través de una serie de acordadas que han puesto de manifiesto el rol institucional que ejerce y que además lo hace con una renovada fortaleza.

Frente a la Ley 26.853 que crea las Cámaras Federales de Casación en lo Civil y Comercial, del Trabajo y la Seguridad Social y en lo Contencioso Administrativo Federal, tres meses después de su sanción legislativa, el 14 de agosto de 2013, la acordada 23/13 pone de manifiesto que la Corte interviene a fin de poner en ejercicio las atribuciones constitucionales como único titular del Poder Judicial con el objeto de evitar la frustración de garantías constitucionales o de atolladero institucional en la administración de justicia. En este caso, la Corte Suprema advierte que ese mandato se ahonda, puesto que señala la implicancia de dichas cámaras en relación con el Superior Tribunal de la causa a los efectos del recurso extraordinario, por lo que se encuentra en el deber de establecer reglas claras y cognoscibles para los justiciables. De ahí que dispone que la aplicación del nuevo ordenamiento se halla supeditada a la efectiva instalación y funcionamiento de los órganos jurisdiccionales llamados a asumir la competencia que les atribuye la Ley 26.853. Reitera que esto lo dispone como órgano supremo a cargo del gobierno del Poder Judicial.

En torno a la Ley 26.856 sobre la publicación de todas las acordadas y resoluciones que dicten la Corte Suprema y los tribunales de segunda instancia en lo federal en todo el país, incluida la Capital Federal y en ella las cámaras nacionales de apelaciones, la Corte emite la acordada 24/13 del 21 de agosto, recordando que desde 2004 ha emprendido una política activa en materia de publicidad y transparencia, que ordena la difusión de decisiones judiciales y administrativas de los distintos tribunales. Refiere que ostenta la competencia de dictar su reglamento interior (CN art. 113) como cabeza de este poder del Estado, y en tal sentido hace referencia al sitio institucional de la Corte Suprema,²⁷ a la creación de la Dirección de Comunicación Pública mediante acordadas 17/06 y 9/12, y la acordada 15/13 sobre difusión de sentencias, acordadas y resoluciones administrativas a través del Centro de Información Judicial.²⁸ Da cuenta de avances informáticos que viene implementando con el Consejo de la Magistratura, sobre todo a través del Sistema

²⁷ Disponible en: www.csjn.gov.ar.

²⁸ Disponible en: www.cij.gov.ar.

Informático de Gestión Judicial. Concluye con fuerza afirmando que los objetivos de la Ley 26.856 se encuentran cumplidos. Sin perjuicio de ello, crea un Comité que tendrá la responsabilidad de implementar el presente régimen en el ámbito de sus respectivas jurisdicciones. Un punto importante es la declaración de inaplicabilidad del artículo 4 de la Ley 26.856 que establece la obligatoriedad de la Corte de publicar las cuestiones que debe dirimir en sus acuerdos y reuniones con una antelación mínima de cinco días, porque entiende que invade una esfera propia y exclusiva de dicho tribunal en función de los artículos 108 y 113 de la CN. Esta declaración es por demás interesante ya que no se trata de una causa, pleito o litigio, sino de una iniciativa del mismo tribunal en defensa de lo que considera sus competencias privativas. Adviértase el claro activismo del tribunal.

Por su parte, la acordada 25/13 del 21 de agosto se refiere a la Ley 26.857 que modifica la Ley 25.188 en cuanto dispone que declaraciones juradas patrimoniales son de carácter público, de libre accesibilidad y podrán ser consultadas por toda persona interesada en forma gratuita a través de Internet, de conformidad con el procedimiento que establezca la reglamentación. La acordada pone de manifiesto que corresponde aplicar el principio de transparencia de modo compatible con la independencia del Poder Judicial, como pilar fundamental de la organización constitucional. Vuelve a insistir en que es titular del poder judicial y, en función de ello, la acordada que dicta. Señala que la norma referida pone en cabeza de la Oficina Anticorrupción dependiente del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación la competencia para evaluar y controlar el contenido de las declaraciones juradas de los funcionarios públicos, por lo que entiende que no resulta admisible que las declaraciones juradas de aquellos que pertenecen al poder judicial sean controladas por funcionarios de la administración pública porque viola la independencia de dicho poder. De esta forma, declara inaplicable la referida ley en cuanto a la autoridad de aplicación del régimen de recepción, custodia, registro y archivo de las declaraciones juradas de magistrados y funcionarios del Poder Judicial, que pasará a manos de la Corte Suprema, como titular de uno de los poderes del Estado. Ordena por último que el nuevo régimen rija para los períodos posteriores a 2012. En esta acordada avanza respecto de la anterior ya que no solamente vuelve a declarar la inaplicabilidad, en el caso, respecto a la autoridad de aplicación de la norma legislativa, sino que fija su vigencia temporal, más allá de la propia ley.

Mediante la acordada 26/13 del mismo 21 de agosto se establece que la Corte Suprema, como autoridad de aplicación la Ley 26.861, referida al ingreso de personal al poder judicial y al Ministerio Público, sancionará la reglamentación del procedimiento de concursos prevista para dicho ingreso, que para ello dictará las medidas apropiadas; mientras ello sucede, los ingresos serán de carácter transitorio. Deja sentado que esta normativa no regirá en el ámbito de la Corte Suprema puesto que sus funcionarios y empleados están excluidos, así como los que dependen directamente de la estructura central de gobierno y administración del Consejo de la Magistratura. Es importante la invitación que hace a los otros dos poderes del Estado para aplicar, del mismo modo, el principio de ingreso democrático e igualitario y, en función de ello, constituir una Comisión Interpoderes

para tal fin. Reitera que el dictado de esta acordada lo es en el marco de las atribuciones de gobierno del Poder Judicial de la nación.

5. Algunas conclusiones

Se consolida el papel de la Corte Suprema en su rol institucional como cabeza del poder judicial, se fortalece como instancia institucional de referencia y ejerce su liderazgo aun sobre los tribunales provinciales.

La Corte Suprema refuerza a su vez su papel en el sistema político, confrontando incluso con los poderes Legislativo y Ejecutivo mediante el ejercicio activo de sus funciones jurisdiccionales y el ensanchamiento de las funciones administrativas a través de la configuración y concreción de políticas de Estado que manifiestan el ejercicio de una verdadera función de gobierno.

A ello se suma el ejercicio del control de constitucionalidad y de convencionalidad que viene afirmando decididamente, como también la declaración de inaplicabilidad de normas legales mediante acordadas, lo que hace que su posición frente al Ejecutivo se vea fuertemente fortalecida.

El juez asume un papel central en la configuración del esquema distributivo, como instancia de síntesis de los principios del Estado liberal y del Estado social. En este sentido, la discrecionalidad judicial es enorme y no se halla exenta de decisiones políticas, aun cuando ellas se oculten bajo la forma de opciones a favor de la normatividad efectiva de la Constitución. “La justicia –expresa Thury Cornejo– se transforma en el lugar reservado al Parlamento, como se ha visto en la resolución de los denominados casos difíciles, donde la decisión se traslada hacia el ámbito judicial y el resultado de su acción trasciende los límites del caso”.²⁹ Toma especial importancia la actuación de los medios de comunicación, que amplifican las cuestiones que deben decidir los jueces. Ello termina provocando una instalación del conflicto político en el ámbito de la justicia, lo que da lugar al fenómeno de la “judicialización de la política”.

La Corte Suprema tiene claro su rol de apertura a una nueva función de los jueces en la vida social y en sus relaciones con el resto de los poderes. Los jueces dejan de “aplicar” el derecho y vuelven a convertirse –como en otras épocas de florecimiento de las ideas y funciones de estos– en investigadores de soluciones nuevas para problemas nuevos, bajo la guía y orientación de principios supremos reconocidos por las constituciones, que trascienden el contenido y sentido de las decisiones de los órganos propiamente “democráticos”. El derecho está antes y después de las leyes. Es su sustrato profundo. Y es esta búsqueda del derecho la que legitima y otorga sentido a la nueva soberanía de los poderes judiciales. No contamos todavía con una teoría consolidada y definitiva de las nuevas funciones. Pero sabemos al menos cuál es el contenido y sentido final de esta

²⁹ Valentín Thury Cornejo, *Juez y división de poderes hoy*, Madrid, Ediciones Ciudad Argentina, 2002, pp. 247, 250-252, 259.

nueva agenda, inequívocamente orientada al fortalecimiento actual de los principios esenciales de una república constitucional.

Bibliografía

- ABALOS, María Gabriela, “La Corte Suprema de Justicia de la Nación frente a la ‘democratización de la justicia’. Los alcances del caso Rizzo”, en *El Derecho*, Suplemento de Derecho Constitucional, 2014.
- ALVARADO VELLOSO, Adolfo y Oscar ZORZOLI (dirs.), *Los sistemas procesales*, Buenos Aires, Ediar, 2006.
- BERCHOLC, Jorge, *La independencia de la Corte Suprema a través del control de constitucionalidad*, Buenos Aires, Ediar, 2004.
- BERIZONCE, Roberto, El activismo de los jueces, en *La Ley*, 1990.
- BIANCHI, Alberto B., *Historia constitucional de los Estados Unidos*, t. I, Buenos Aires, Cathedra Jurídica, 2008.
- CARBONELL, Miguel, “El nuevo tiempo para el constitucionalismo”, en *Neoconstitucionalismo(s)*, Madrid, Trotta, 2005.
- _____, “El neoconstitucionalismo en su laberinto”, en *Teoría del Neoconstitucionalismo*, Madrid, Trotta, 2007.
- GARGARELLA, Roberto, “Dar de nuevo: activismo cívico y el derecho a la crítica radical”, en Juan OTERO (dir.), “Libertad de expresión y democracia desde una perspectiva latinoamericana”, Colección ¿Más derecho?, núm. 2, 2002.
- GOZAÍNI, Osvaldo, “El neoprocesalismo”, en *La Ley* 2005.
- HARO, Ricardo, *Control de constitucionalidad*, 2ª. ed., Buenos Aires, Zavalia, 2008.
- LINARES QUINTANA, Segundo V., *Tratado de la ciencia del derecho constitucional argentino y comparado*, t. I, Buenos Aires, Alfa, 1953.
- LORENZETTI, Ricardo, “Políticas de Estado para el Poder Judicial”, en *Suplemento Actualidad*, *La Ley*, 2007.
- _____, “Corte Suprema de Justicia de la Nación”, Conferencia de las Cortes Supremas de las Américas, Buenos Aires, 2009.
- MANILI, Pablo, *El activismo en la Jurisprudencia de la Corte Suprema*, *La Ley*, 2006.
- MONTESQUIEU, *El espíritu de las leyes*, San Juan, Editorial Universitaria, 1964.
- MORELLO, Augusto M., “El activismo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación”, en *Anales de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires*, Segunda Época, año XXXII, 1988.
- OYHANARTE, Julio, *Poder político y cambio estructural*, Buenos Aires, Paidós, 1969.
- PÉREZ GUILHOU, Dardo, “El Poder Judicial: órgano político y estamental”, en Dardo PÉREZ GUILHOU et ál., *El poder judicial*, Buenos Aires, Instituto Argentino de Estudios Constitucionales y Políticos, Depalma, 1989.
- PEYRANO, Jorge W., “Acerca de los instrumentos operativos procesales”, en *Procedimiento civil y comercial. Conflictos procesales*, t. 1, Rosario, Juris, 2002.

- _____, “Sobre el activismo judicial”, en *Activismo y garantismo procesal*, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, 2009.
- PRIETO SANCHÍS, Luis, *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, Madrid, Trotta, 2003.
- SÁNCHEZ AGESTA, Luis, *Derecho Político*, Granada, Librería Prieto, 1959.
- SANTIAGO, Alfonso (h), “Sistema jurídico, teoría del derecho y rol de los jueces: las novedades del neoconstitucionalismo”, *Dikaion*, vol. 22, núm. 17, 2008, pp. 131-155.
- SEGOVIA, Juan Fernando, “La independencia del poder judicial y el Estado de derecho”, en Dardo PÉREZ GUILHOU *et ál.*, *El poder judicial*, Buenos Aires, Instituto Argentino de Estudios Constitucionales y Políticos, Depalma, 1989.
- SOLA, Juan Vicente, *Control judicial de constitucionalidad*, Buenos Aires, LexisNexis, 2006.
- THURY CORNEJO, Valentín, *Juez y división de poderes hoy*, Madrid, Ciudad Argentina, 2002.
- TORICELLI, Maximiliano, *El sistema de control constitucional argentino*, Buenos Aires, LexisNexis, 2002.
- VANOSI, Jorge, *Teoría constitucional*, t. II, 2^a. ed. actualizada, Buenos Aires, Depalma, 2000.

Alexander Espinoza* (Venezuela)

La competencia del Gobierno para emitir declaraciones públicas y la libertad de expresión de los funcionarios públicos. Alemania, Venezuela y el sistema interamericano de derechos humanos

RESUMEN

Tanto la jurisprudencia venezolana como la Corte Interamericana de Derechos Humanos han considerado que los pronunciamientos de funcionarios se encuentran protegidos por el derecho a la libertad de expresión y que, por tanto, no pueden ser considerados ilegítimos, sino que deben ser tolerados.

Con ello enfrentamos una paradoja. Se impone a los ciudadanos el deber de respetar el ejercicio de un derecho por parte de un funcionario, pero los derechos fundamentales no están allí para proteger al Estado, sino que surgieron como garantías de protección del individuo frente al Estado.

El Estado tiene un deber de moderación en la discusión pública. No es su tarea imponer a sus ciudadanos una determinada ideología, especialmente cuando resulte excluyente de toda otra forma de pensamiento. La libertad de expresión del funcionario no requiere de una justificación razonable, pero es objeto de limitaciones especiales.

Palabras clave: derechos fundamentales, libertad de expresión, afectación mediata o fáctica, funcionarios públicos, declaraciones públicas, información pública del Gobierno, advertencias sobre riesgos, fidelidad política, deber de moderación.

ZUSAMMENFASSUNG

Sowohl die venezolanische Rechtsprechung als auch der Interamerikanische Gerichtshof für Menschenrechte vertreten die Auffassung, dass die Äußerungen von Beamten durch

* Doctor en Ciencias Jurídicas; *magíster legum*, Universidad de Passau (Alemania); pasantía de investigación, Universidad de Freiburg (Alemania). Presidente de la Fundación Instituto de Estudios Constitucionales de Caracas. contacto@estudiosconstitucionales.com.
<http://www.estudiosconstitucionales.com>.

das Recht auf Meinungsfreiheit geschützt und daher nicht als gesetzwidrig anzusehen, sondern zu tolerieren sind.

Damit steht man einem Widerspruch gegenüber. Einerseits werden die Bürger dazu verpflichtet, die Ausübung eines Rechts durch einen Beamten hinzunehmen, während andererseits die Grundrechte nicht dazu da sind, den Staat zu schützen, sondern vielmehr als Garantien zum Schutz des Einzelnen gegenüber dem Staat entstanden sind.

Der Staat ist in der öffentlichen Diskussion zur Mäßigung verpflichtet. Es ist nicht seine Aufgabe, den Bürgern eine bestimmte Ideologie aufzuzwingen, besonders dann, wenn diese jede andere Art zu denken ausschließt. Die Meinungsfreiheit von Beamten bedarf keiner Vernunft-begründeten Rechtfertigung, unterliegt jedoch besonderen Beschränkungen.

Schlagwörter: Grundrechte, Meinungsfreiheit, mittelbar faktische Betroffenheit, Beamte, öffentliche Erklärungen, öffentliche Information der Regierung, Risikowarnungen, politische Treue, Pflicht zur Mäßigung.

ABSTRACT

Both Venezuelan jurisprudence as well as that of the Inter-American Court of Human Rights have considered that statements made by public servants are protected by the right to freedom of expression, therefore, they must not be considered illegitimate and they must be tolerated.

Notwithstanding, this creates a paradox. Citizens have a duty to respect the exercise of a right by a public official, but fundamental rights do not exist to protect the State, on the contrary they emerged as guarantees to protect the individual against the State.

The State has a duty to be restrained in public discussion. It does not correspond to the State to impose a particular ideology on its citizens, especially when this ideology excludes of all other forms of thought. Public servants' freedom of expression does not require reasonable justification, but it is subject to limitations.

Keywords: Fundamental rights, freedom of expression, injury to fundamental right, mediate or factual affectation of fundamental rights, public servants, public statements, Governmental public information, risk warnings, political loyalty, duty of moderation.

1. Introducción

En el presente estudio trataremos de confrontar el tratamiento que reciben las manifestaciones de los funcionarios públicos en la jurisprudencia venezolana, alemana e interamericana. Seguiremos el esquema utilizado en la doctrina alemana por ser el más diferenciado. Veremos los siguientes casos:

En estos casos nos encontramos en presencia de expresiones públicas realizadas por funcionarios. Tanto el Tribunal Supremo venezolano como la Corte IDH consideraron que las expresiones se encontraban protegidas por el derecho a la libertad de expresión y que, por tanto, no podían ser consideradas ilegítimas, sino que debían ser toleradas.

Caso 1. La Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) se pronunció acerca de ciertas expresiones del entonces presidente de la República Bolivariana de Venezuela, que señalaban al canal de televisión RCTV como “jinetes del Apocalipsis”; “fascistas”, que tienen “una campaña de terrorismo”; “que están concertados en una acción contra el gobierno de Venezuela, contra el pueblo, contra las leyes y contra la república”; “mentirosos, perversos, inmorales, golpistas y terroristas”.*

Caso 2. La Sala Constitucional se pronunció acerca de una acción de amparo interpuesta en contra del ministro de la Defensa por obligar a los miembros activos de la Fuerza Armada Nacional a proferir como mensajes institucionales expresiones tales como “patria, socialismo o muerte”; “Chávez vive”; “la lucha sigue”; “hasta la victoria siempre”(SCON-TSJ, 11 de junio de 2014, Exp. 14-0313).**

Caso 3. El Tribunal Supremo de Justicia (TSJ) en pleno se pronunció acerca de la denuncia formulada contra el entonces presidente de la república por la expresión “Le vamos a entrar a batazos”, en el marco de una supuesta alusión a unas organizaciones denominadas Batallones Socialistas. La expresión fue emitida en el marco de la campaña electoral en favor de la propuesta de reforma constitucional (PLENO-TSJ, 14 de enero de 2010, Exp. AA10-L-2007-000214).***

* Corte IDH, caso Ríos y otros vs. Venezuela, Sentencia de 28 de enero de 2009, párr. 115.

** Disponible en: <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Junio/165491-651-11614-2014-14-0313.html>.

*** Disponible en: <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/tplen/Enero/6-14110-2010-2007-000214.html>.

Con ello enfrentamos una paradoja. Se impone a los ciudadanos el deber de respetar el ejercicio de un derecho por parte de un funcionario; la paradoja consiste en que los derechos fundamentales no están allí para proteger al Estado, sino que históricamente surgieron como garantías de protección del individuo frente al Estado.

2. Criterios de delimitación

Si utilizamos el esquema del derecho alemán deberíamos diferenciar, en primer lugar, entre las expresiones públicas de los funcionarios que se emiten en ejercicio del cargo, frente a aquellas manifestaciones que son atribuidas a su ámbito privado. Para ello se admite que, por regla general, la actuación es imputable al órgano y no al funcionario personalmente. Pretensiones dirigidas a la revocatoria y futura abstención de expresiones de funcionarios públicos deben ser planteadas en principio en contra de la institución y no en contra del funcionario. Las excepciones son válidas solo cuando la expresión es atribuible a tal punto a la opinión personal o al punto de vista, que predomine la condición personal, de tal forma que una declaración del órgano ya no

sería idónea para restablecer la afectación del derecho infringido. Tal presunción ha sido sostenida en casos en que las expresiones del demandado se encuentran en relación con el servicio público y que los elementos personales, aun cuando puedan ser reconocidos, no prevalecen.¹

Por su parte, la Corte IDH ha afirmado que las declaraciones de altas autoridades estatales pueden ser atribuibles al Estado.² En términos generales, todo menoscabo de 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, pues este responde por los actos y las omisiones de sus agentes realizados al amparo de su carácter oficial, aun si actúan fuera de los límites de su competencia.³

La Corte tomó en consideración que los referidos funcionarios hicieron uso, en ejercicio de su investidura, de los medios que el Estado les proporcionaba para emitir sus declaraciones y discursos.⁴ Si aplicamos estos criterios a los ejemplos planteados, tenemos lo siguiente:

Caso 1. Para el restablecimiento de la situación derivada de la calificación de RCTV como “jinetes del Apocalipsis”, “fascistas”, etc., sería idónea una declaración oficial. El tema controvertido no pertenece a la vida privada del funcionario, sino que guarda relación con sus funciones. La expresión fue difundida a través de medios del Estado en el programa *Aló Presidente*. Por ello coincidimos con la Corte IDH, en que se trata de una expresión oficial, emitida en ejercicio de sus funciones.

Caso 2. Expresiones tales como “patria, socialismo o muerte” son mensajes institucionales de uso obligatorio por orden del ministro de la Defensa, por lo que se trata claramente de un acto del poder público.

Caso 3. La expresión “le vamos a entrar a batazos” fue expuesta en el marco de una campaña electoral. Aquí podemos coincidir con la Sala Constitucional en que no se trata de una expresión oficial, sino del ejercicio de una actividad política, atribuible a la vida privada del funcionario.

Una vez realizada la anterior clasificación encontraremos que es aplicable un régimen jurídico distinto.

¹ VGH Baden-Württemberg Res. de 2 de noviembre de 1998, Az. 9 S 2434/98; BGH Res. de 19 de diciembre de 1960, Az.: GSZ 1/60.

² Corte IDH, caso *Perozo y Otros vs. Venezuela*, Sentencia de 28 de enero de 2009, párr. 130.

³ *Idem*.

⁴ *Ibid.*, párr. 150; Corte IDH, caso *Ríos y otros vs. Venezuela*, Sentencia de 28 de enero de 2009, párr. 138.

3. Régimen aplicable a las declaraciones de funcionarios públicos en ejercicio de sus funciones

3.1. Venezuela

En el caso venezolano, mientras que en declaraciones contenidas en actos formales se exige normalmente el cumplimiento del principio de legalidad, en otros casos de declaraciones públicas de altos funcionarios se considera aplicable el derecho a la libertad de expresión. En los primeros se trata de actos que cumplen con las formalidades requeridas en la ley, mientras que en los segundos se trata de declaraciones verbales que pueden ser calificadas como actuaciones materiales o de hecho.

En un caso en el cual una sentencia penal desestimó una denuncia de “terrorismo judicial” y de “actuaciones con fines extorsivos”, la Sala Constitucional consideró que se trataba de “menciones inconsistentes y arbitrarias”, ya que lo que se estaba juzgando no era la extorsión, ni a la denunciante se le investigaba por tal delito.⁵

En el caso *Insaca*, la Sala Constitucional se pronunció acerca de una resolución dictada por el director de Drogas y Cosméticos en la cual se señalaba lo siguiente: “[...] empresas que disponen establecer 146 farmacias sugerimos investigárgeseles el origen de ese capital pues a nuestro entender es bien ‘dudoso’ ya que es un capital sumamente grande”.

En este caso, la Sala interpretó que la expresión de un funcionario público, contenida en un acto administrativo, se encuentra regida por el principio de legalidad.⁶

Por otra parte, la Sala Constitucional ha considerado que las expresiones del entonces presidente de la república que calificaban a Elías Santana como “otro representante de un sector pequeñísimo de la sociedad civil” no constituían informaciones inexactas o agraviantes, sino simples “opiniones, que se centran en la popularidad que dice tener el presidente comparada con la de los actores”⁷

Finalmente, hemos visto que tanto en el caso de los mensajes institucionales de la Fuerza Armada, como en el caso de la expresión “le vamos a caer a batazos”, el TSJ considera que se trata de una conducta protegida por el derecho a la libertad de expresión.

Creemos que la distinción entre actos formales y actuaciones materiales no justifica la aplicación de un régimen jurídico distinto. En ambos casos se trata de actos del poder público y no del funcionario como ciudadano.

⁵ SCON-TSJ, 19 de septiembre de 2000, Exp. 00-1136.

⁶ SCON-TSJ, 14 de marzo de 2001, Exp. 00-1797. Disponible en: http://www.estudiosconstitucionales.com/SENTENCIAS_archivos/051.htm.

⁷ SCON-TSJ, 12 de junio de 2001, Exp. 00-2760.

3.2. El sistema interamericano de derechos humanos

La Corte IDH ha señalado que no solo es legítimo sino que en ciertas ocasiones es un deber de las autoridades estatales pronunciarse sobre cuestiones de interés público.⁸ Como fundamento se alude a la importancia que posee la libertad de expresión en una sociedad democrática, especialmente aquella referida a asuntos de interés público.⁹

Tal criterio ha llevado a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) a señalar que los pronunciamientos del presidente de la República Bolivariana de Venezuela, que señalaban a RCTV como “jinetes del Apocalipsis”, “fascistas”, etc., pese a poder ser chocantes, fuertes, ofensivas o carentes de prudencia, no podían ser consideradas como un incumplimiento del Estado del deber de respetar el derecho a la libertad de pensamiento y de opinión, cuando justamente suponía su ejercicio.¹⁰

3.3. Alemania

En la jurisprudencia alemana se sostiene que el funcionario no puede hacer valer el derecho a la libertad de expresión en el cumplimiento de sus funciones.¹¹

Esta jurisprudencia ha rechazado, con algunas excepciones, que personas jurídicas de derecho público puedan ser titulares de los derechos fundamentales. Resultaría incompatible con la naturaleza de dichos derechos que el propio Estado sea al mismo tiempo deudor y acreedor de las obligaciones que derivan de ellos. La doctrina alemana nos recuerda que el ciudadano puede hacer todo aquello que no esté prohibido por la ley, mientras que el Estado puede hacer solo aquello para lo que se encuentra habilitado expresamente por la ley. El Estado no es titular de los derechos fundamentales porque no se encuentra en una situación de necesidad de protección especial, que es lo que justifica la existencia de tales derechos frente al poder estatal.

3.4. Análisis de los casos

Si aplicamos estos criterios a los ejemplos planteados tenemos lo siguiente:

⁸ Corte IDH, caso Apitz Barbera y otros vs. Venezuela, Sentencia de 5 de agosto de 2008, párr. 131; Corte IDH, caso Ríos y otros vs. Venezuela, Sentencia de 28 de enero de 2009, párr. 139.

⁹ Corte IDH, caso Apitz Barbera y otros vs. Venezuela, Sentencia de 5 de agosto de 2008, párr. 131.

¹⁰ Corte IDH, caso Ríos y otros vs. Venezuela, Sentencia de 28 de enero de 2009, párr. 215.

¹¹ BVerwG, 29 de octubre de 1987 - BVerwG 2 C 73.86, con más referencias.

Caso 1. La calificación de RCTV como “jinetes del Apocalipsis”, “fascistas”, etc., constituye una expresión de un alto funcionario en ejercicio de sus funciones, por lo que no se encuentra protegida por el derecho a la libertad de expresión, sino que, como toda competencia del Estado, requiere una justificación válida y proporcional.

Caso 2. El mismo criterio es aplicable a los mensajes institucionales como “patria, socialismo o muerte”.

Caso 3. La expresión “le vamos a entrar a batazos” es el ejercicio de una actividad política atribuible a la vida privada del funcionario, por lo que podría encontrarse protegida por el derecho a la libertad de expresión, siempre que no esté expresamente prohibida por una ley.

A partir de este punto deberemos emplear dos métodos distintos. El funcionario público actúa en una doble dimensión. Por una parte, es el representante de una persona jurídica pública y su conducta es por completo atribuible a aquella. En este caso se trata del ejercicio de una competencia de un órgano del Estado y, como tal, se encuentra sujeto al principio de legalidad. Tal conducta requiere una justificación material, razonable y proporcional referida a la necesidad de protección de determinados bienes jurídicos.

Por otra parte, el funcionario puede actuar con la condición de individuo titular de derechos subjetivos frente al Estado, como ocurre con el derecho a la libre expresión del pensamiento. El esquema aplicable es radicalmente opuesto al anterior. No se requiere una norma expresa que autorice su ejercicio, sino que se presume que el individuo puede difundir sus ideas siempre, a menos que exista una limitación o prohibición expresa en la ley formal. No es necesario que la conducta ostente alguna justificación razonable, sino que su protección constitucional subsiste independientemente de que la expresión de la opinión sea racional o emocional, fundada o carezca de fundamento, o que esta sea considerada por otros como útil o perjudicial, valiosa o carente de valor.¹²

Como se observa, la diferencia central entre ambos esquemas reside en que la actuación del Estado requiere una justificación legítima y proporcional a la afectación de los intereses de las personas. Tal justificación debe encontrarse referida a la necesidad de brindar protección a otro bien jurídico. Por el contrario, el ejercicio de la libertad de expresión del funcionario, en asuntos de su vida privada, no requiere una justificación razonable. El individuo constituye un valor en sí mismo, mientras que el Estado es un medio para alcanzar un fin.

¹² BVerfGvom, 12 de diciembre de 2000 - 1 BvR 1762/95 Benetton. Disponible en: http://www.estudiosconstitucionales.com/SENTENCIAS_archivos/056.htm.

Además de la gran diferencia metodológica encontraremos, como es de suponer, una gran diferencia de resultado entre lo que puede expresar legítimamente el Estado al actuar como tal, y la libertad definitiva de lo que puede expresar el funcionario como individuo. Sin embargo, también encontraremos relaciones entre ambas dimensiones. Sobre todo, porque la libertad de expresión del funcionario encuentra límites que derivan de los especiales deberes de moderación, discreción y neutralidad del órgano.

4. Expresiones de funcionarios como una competencia del Estado

El trabajo de información pública del Gobierno ha estado tradicionalmente referido a la presentación de sus medidas y proyectos, a la representación y aclaratoria de sus propuestas acerca de las tareas que debían ser realizadas, así como a la promoción para obtener el respaldo necesario. En la actualidad, la actividad de información del Gobierno excede tales parámetros. En la democracia, la información al público acerca de importantes procesos, incluso fuera de su propia actividad política, pertenece a las tareas del Gobierno.¹³

4.1. Los límites materiales

Además de los límites formales, tales como la previsión legislativa y la competencia del órgano, encontramos límites materiales, especialmente los derivados de los derechos fundamentales de los individuos afectados por la declaración del órgano. También entran en juego ciertos principios e intereses generales.

4.1.1. Límites materiales en Venezuela

En la sentencia sobre el caso *Insaca*, la Sala Constitucional indicó que el Estado, en sus decisiones administrativas o judiciales, puede hacer afirmaciones sobre las conductas de las personas naturales o jurídicas. En principio, ello no constituye intromisiones ilegítimas o arbitrarias en el honor o la reputación de las personas. Sin embargo, determinadas afirmaciones pueden causar lesiones a los particulares en caso de no existir ninguna razón que las sustente. El artículo 28 de la Constitución procura que los registros falsos o que atenten contra los derechos constitucionales de las personas sean excluidos. Tal disposición debe aplicarse a las anotaciones de los expedientes que, siendo lesivas para las personas, carezcan de fundamentación. La ausencia de fundamento equivale a una anotación falsa, y por ello tales menciones deben ser tachadas.¹⁴

¹³ BVerfGE 105, 252/269 – Glykol.

¹⁴ SCON-TSJ J, 14 de marzo de 2001, Exp. 00-1797. Disponible en: http://www.estudiosconstitucionales.com/SENTENCIAS_archivos/051.htm.

4.1.2. Límites materiales en el sistema interamericano

A pesar de que en la jurisprudencia antes mencionada de la Corte IDH se señala al derecho a la libertad de expresión como fundamento de las declaraciones de los funcionarios públicos, encontramos un caso en el cual altas autoridades del Estado peruano habían realizado declaraciones públicas donde señalaban a la señora J. como miembro de Sendero Luminoso, aun cuando no había sido condenada por tal delito.¹⁵

La Corte señaló que si bien la presunción de inocencia no impide que las autoridades mantengan debidamente informada a la sociedad sobre investigaciones penales, sin embargo tal principio requiere que cuando lo hagan guarden la debida discreción y la circunspección necesaria.¹⁶

4.1.3. Límites materiales en la jurisprudencia alemana

En la jurisprudencia alemana los límites materiales de las expresiones de los órganos del poder público se producen en niveles variables, dependiendo de la importancia de la materia que es objeto de afectación.

4.1.3.1. Afectación de la libertad de cultos a través de advertencias

En primer lugar, podemos referirnos a la libertad de cultos porque es una materia en la cual se exige en especial medida la obligación del Estado de mantener una posición neutral en asuntos religiosos o de cosmovisión, y de no poner en peligro la armonía religiosa en la sociedad.¹⁷

El Tribunal Federal Constitucional de Alemania se pronunció acerca de un recurso interpuesto por asociaciones denominadas Grupos-Osho, en contra de informes del Gobierno federal y de una conferencia del ministro para la Juventud, Salud y Familia. Exigieron que la República Federal de Alemania se abstuviera de utilizar determinadas expresiones acerca de su movimiento, tales como “secta”, “religión juvenil”, “secta juvenil” y “psicosecta”, así como el empleo de los atributos “destructivo” y “pseudorreligioso”, y la acusación de manipulación de miembros de la comunidad.

Señaló el tribunal que en el ámbito religioso el Estado se encuentra obligado frente al titular del derecho a una mayor distancia y neutralidad que en el ámbito de la economía.¹⁸

¹⁵ Corte IDH, caso J. vs. Perú, Sentencia de 27 de noviembre de 2013.

¹⁶ *Ibid.*, párr. 247.

¹⁷ BVerfGE 105, 279/294 – Osho. Disponible en: http://www.estudiosconstitucionales.com/SENTENCIAS_archivos/BVerfGE105,279%20osho.htm.

¹⁸ Heintzen, Staatliche Warnungen als Grundrechtsproblem, 544.

El derecho a la libertad religiosa brinda protección frente a expresiones difamatorias, discriminatorias o falsas sobre una comunidad religiosa. Pero los titulares del poder del Estado no se encuentran impedidos de ofrecer información acerca de grupos religiosos o de determinada cosmovisión. Al Estado solo le está impedido privilegiar determinadas creencias o perjudicar a otro en virtud de sus creencias. En un Estado en el cual conviven seguidores de diferentes convicciones religiosas o ideológicas solo puede mantenerse una convivencia pacífica cuando el propio Estado mantiene la neutralidad en esos ámbitos; por tanto, el Estado debe mantener una especial moderación, la cual debe ser determinada según las circunstancias de cada caso.¹⁹

El Tribunal Federal Constitucional de Alemania consideró que el empleo de los atributos “destruictiva” y “pseudorreligiosa”, así como el acusar a una organización religiosa de manipular a sus miembros lesiona los derechos de dicha organización a ser tratada por el Estado con reserva y en forma neutral desde el punto de vista religioso-ideológico.²⁰ El Tribunal estimó que si bien la tarea de orientar al ciudadano a través de la actividad informativa del Estado era legítima, tales calificativos eran difamatorios para la parte recurrente. El Gobierno federal no había presentado motivos suficientes que, a pesar del principio de moderación, pudieran justificar sus expresiones, ni los mismos resultaban evidentes.²¹

4.1.3.2. *El proceso de formación de la opinión sin la intervención del Estado*

Además de derechos individuales, tales como el mencionado derecho a la libertad de cultos, o el derecho al honor y la reputación o, de ser el caso, el derecho a la libertad de empresa, nos interesa plantear la cuestión de en qué medida puede el Estado intervenir, en general, en la formación de la opinión pública en una sociedad democrática. Creemos que, en términos similares a la neutralidad religiosa, el principio de pluralismo político exige que no se haga uso del poder del Estado para agredir otras formas de pensamiento y que, además, no se pretenda imponer desde el Estado una determinada ideología política.

El Tribunal Federal Constitucional de Alemania ha señalado que en un sistema democrático el pueblo expresa su voluntad, no solo a través de elecciones y referendos, sino que además puede ejercer influencia en la formación de la voluntad política a través del proceso permanente de la opinión pública. Las relaciones entre la opinión pública y la política del Gobierno son de diversa índole. Pero la formación de tal política debe tener como punto de origen el pueblo y no los órganos del Estado; ello significa que se encuentra vedado a los órganos del mismo intervenir en el proceso de formación de la

¹⁹ BVerfGE 105, 279/294 – Osho. Disponible en: http://www.estudiosconstitucionales.com/SENTENCIAS_archivos/BVerfGE105,279%20osho.htm.

²⁰ BVerfGE 105, 279/299 – Osho. Disponible en: http://www.estudiosconstitucionales.com/SENTENCIAS_archivos/BVerfGE105,279%20osho.htm.

²¹ BVerfGE 105, 279/309 – Osho. Disponible en: http://www.estudiosconstitucionales.com/SENTENCIAS_archivos/BVerfGE105,279%20osho.htm.

opinión del pueblo. Tal proceso debe permanecer “libre del Estado”. La intervención del Parlamento y el Gobierno en tal proceso solo es compatible con el principio de formación libre y plural de la opinión, en los casos en que puede encontrar una legitimación constitucional que le sirva de justificación. Por ello resultan admisibles, por ejemplo, las intervenciones a través de la actividad del Gobierno y el Parlamento de brindar declaraciones públicas, en la medida en que mantengan una relación con las tareas de su competencia.²²

El límite material de las expresiones de los órganos del Estado varía como resultado de la ponderación entre la importancia del bien jurídico protegido y el interés individual o general que resulte afectado.

Pero, incluso en casos en que no se afecte ningún derecho específico, debe haber cierta moderación del Estado al intervenir en la discusión pública. No es tarea de este la de mejorar a sus ciudadanos ni imponerles unilateralmente una determinada ideología, en especial cuando resulte excluyente de toda otra forma de pensamiento.

4.2. Análisis de los casos

Si aplicamos estos criterios a los ejemplos planteados tenemos lo siguiente:

Caso 1. Estimamos que la calificación de RCTV como “jinetes del Apocalipsis”, “fascistas”, que tienen “una campaña de terrorismo”, “que están concertados en una acción contra el gobierno de Venezuela, contra el pueblo, contra las leyes y contra la República” son expresiones excesivas, por cuanto aluden a hechos punibles que no han sido declarados como tales por el órgano judicial competente. Mientras que las expresiones “mentirosos, perversos, inmorales, golpistas y terroristas” son ofensas que infringen el derecho a la reputación y la libertad.

Caso 2. Los mensajes institucionales como “patria, socialismo o muerte”, “Chávez vive”, “la lucha sigue”, “hasta la victoria siempre” son consignas de una ideología política con las que se identifican los partidos políticos del Gobierno nacional. Se trata de una actuación contraria al principio de neutralidad política de la administración pública y especialmente de la Fuerza Armada Nacional.

Caso 3. La expresión del entonces presidente de la República, “le vamos a entrar a batazos”, debe ser objeto de análisis con base en el esquema de limitación de la libertad de expresión de los funcionarios públicos, como veremos a continuación.

²² BVerfGE 20, 56/99 - Parteienfinanzierung I.

5. El derecho a la libertad de expresión del funcionario en el ámbito privado

5.1. Límites de la libertad de expresión del funcionario en Venezuela

En Venezuela encontramos tendencias contradictorias. Por una parte, la Sala Político-Administrativa ha ratificado sanciones impuestas a militares por haber participado en un acto de recolección de firmas citado por diversas organizaciones políticas para la convocatoria a un referendo revocatorio, a pesar de que de las declaraciones se observa una clara separación con el ejercicio del cargo: “me encontraba en la iglesia [...] un día domingo [...] vestido de civil”;²³ “me encontraba en la playa y una persona que viajaba en el Tour estaba recolectando firmas”;²⁴ “no estaba uniformada y me encontraba en compañía de mi esposo”.²⁵ Con ello se imponían limitaciones al funcionario, aun cuando no hubiera sido establecida ninguna relación entre el ejercicio de una actividad política y el funcionamiento de la Fuerza Armada.

Por otra parte, la Sala Plena del Tribunal Supremo de Justicia venezolano ha sostenido que las expresiones, críticas, observaciones y señalamientos efectuados por el presidente de la república en el marco de una campaña electoral, específicamente la expresión “le vamos a entrar a batazos”, forman parte del derecho a la libertad de expresión que ostenta tal funcionario, “al igual que todos los ciudadanos y ciudadanas”,²⁶ con lo cual obvia las especiales limitaciones de los funcionarios, aun en su vida privada.

5.2. Límites de la libertad de expresión del funcionario en el sistema interamericano

En el sistema interamericano, dado que en criterio de la Corte IDH las declaraciones de los funcionarios públicos se basan en el ejercicio de la libertad de expresión, es coherente que también resulte aplicable el método de limitación del derecho. La Corte recuerda que la libertad de expresión no es un derecho absoluto y puede estar sujeta a restricciones, en particular cuando interfiere con otros derechos garantizados por la Convención.²⁷

²³ SPA-TSJ, 18 de abril de 2006, Exp. 2004-1049.

²⁴ SPA-TSJ, 24 de octubre de 2006, Exp. 2004-1046.

²⁵ SPA-TSJ, 25 de octubre de 2006, Exp. 2004-1048.

²⁶ TSJ J, 14 de enero de 2010, Exp. AA10-L-2007-000214.

²⁷ Corte IDH, Caso Apitz Barbera y otros vs. Venezuela, Sentencia de 5 de agosto de 2008, párr.

La Corte IDH ha señalado que las autoridades tienen el deber de constatar en forma razonable, aunque no necesariamente exhaustiva, los hechos en los que fundamentan sus opiniones. Se exige una diligencia aún mayor a la empleada por los particulares.²⁸

Como justificación de la posibilidad de restringir en mayor medida la libertad de expresión de los funcionarios públicos, la Corte IDH se ha referido a diversos elementos, tales como el alto grado de credibilidad del que gozan, evitar que los ciudadanos reciban una versión manipulada de los hechos,²⁹ la posición de garante de los derechos fundamentales de las personas,³⁰ su alta investidura, el amplio alcance y los eventuales efectos que sus expresiones pueden llegar a tener en determinados sectores de la población.³¹

Las declaraciones de los funcionarios públicos no pueden constituirse en formas de injerencia directa o indirecta o presión lesiva sobre los derechos de quienes pretenden contribuir a la deliberación pública mediante la expresión y difusión de su pensamiento,³² tales como periodistas, medios de comunicación y organizaciones defensoras de derechos humanos,³³ especialmente en situaciones de mayor conflictividad social, alteraciones del orden público o polarización social o política.

Los funcionarios públicos no pueden desconocer en sus declaraciones otros bienes jurídicos tales como la independencia judicial.³⁴ La Corte IDH ha compartido la opinión de un experto en el sentido que cuando la crítica pública de fallos o decisiones de los jueces se expresa en un lenguaje virulento, inmoderado, amenazante, intimidador y de mala fe, puede ser considerada como una amenaza o una interferencia a la independencia judicial.³⁵

5.3. La libertad de expresión del funcionario en Alemania

La jurisprudencia alemana ha reconocido que el funcionario, como todo ciudadano, también es titular de los derechos fundamentales.³⁶ También los militares pueden hacer valer el derecho a la libertad de expresión. El Estado y la sociedad no pueden tener interés en funcionarios acrícos.³⁷ Como ciudadano, el militar puede debatir con

²⁸ *Ibid.*, párr. 131; Corte IDH, caso Perozo y otros vs. Venezuela, Sentencia de 28 de enero de 2009, párr. 151.

²⁹ Corte IDH, caso Apitz Barbera y otros vs. Venezuela, Sentencia de 5 de agosto de 2008, párr. 131; Corte IDH, caso Perozo y otros vs. Venezuela, Sentencia de 28 de enero de 2009, párr. 151.

³⁰ *Ibid.*, párr. 131 y párr. 151, respectivamente.

³¹ Corte IDH, Caso Perozo y otros vs. Venezuela, Sentencia de 28 de enero de 2009, párr. 151.

³² *Ibid.*, párr. 151; Corte IDH, Caso Ríos y otros vs. Venezuela, Sentencia de 28 de enero de 2009, párr. 139.

³³ Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2013, vol. II.

³⁴ Corte IDH, Caso Apitz Barbera y otros vs. Venezuela, Sentencia de 5 de agosto de 2008, párr. 131.

³⁵ *Ibid.*, párr. 157.

³⁶ BVerwG, 29 de octubre de 1987 - BVerwG 2 C 73.86, con más referencias.

³⁷ BVerwG 2 C 73.86, 13.

sentido crítico sobre asuntos políticos, sobre todo los referidos a la política de defensa y seguridad, e incluso llevar a cabo controversias con sus superiores y compañeros; ello también comprende hacer referencia a su pertenencia a la fuerza armada con indicación de su rango. El funcionario, incluso un fiscal del Ministerio Público, puede expresarse, con la debida razonabilidad y distancia, sobre cualquier tema, incluso de carácter político, en la medida en que no se refiera a un caso concreto bajo su responsabilidad.³⁸

En Alemania, el parágrafo 6o de la Ley Federal de Funcionarios establece el deber de moderación en los siguientes términos: “Las funcionarias y los funcionarios deben mantener la debida ponderación y recato en su actuación política, que corresponde a su posición frente a la colectividad y a la consideración a los deberes de su cargo”.

El derecho a la libertad de expresión puede ser objeto de las limitaciones establecidas en las leyes que regulan el ejercicio de la función pública. El funcionario debe preservar la debida moderación y discreción que derivan de su posición frente a la colectividad, en consideración a los deberes de su cargo. Tales deberes le impiden hacer uso del derecho a la libertad de expresión de forma tan amplia como cualquier otro ciudadano que no se encuentre sujeto a la disciplina que se requiere en función del interés público.³⁹

Dentro de los derechos del funcionario en su vida privada se encuentran los políticos. El funcionario puede tener una convicción política determinada e incluso realizar un activismo político-partidista en su ámbito privado. Sin embargo, el deber de moderación exige cautela para no poner en riesgo la confianza de los ciudadanos en una administración pública políticamente neutral e independiente de presiones indebidas.⁴⁰

No constituye una infracción del deber de moderación la crítica del funcionario, incluso en forma abierta, a la política del Gobierno. Para considerar infringida tal obligación deben presentarse otros elementos, tales como una crítica a la política del Gobierno en términos agresivos.⁴¹

El deber de moderación y discreción exige al funcionario, en todo caso, mantener una clara separación entre su cargo y la participación en el debate político. En su actividad fuera del servicio, el funcionario no debe dar la impresión de realizar una declaración oficial. Su deber resultaría infringido cuando el funcionario utiliza su cargo para hacer destacar su posición en el debate e imponer con mayor fuerza sus propios criterios políticos.⁴²

Como parámetro para determinar el alcance del principio de moderación pueden ser considerados, además de la forma y el contenido de la actividad política, el cargo de que se trata, en sentido jurídico y funcional, así como la relación de la actividad política con el cargo.

³⁸ *Idem.*

³⁹ BVerwG Urt. v. 18 de diciembre de 1953, Az.: II C 21.53 Absatz-Nr. 12.

⁴⁰ BVerwG Urt. v. 29 de octubre de 1987, Az.: BVerwG 2 C 73.86, Absatz-Nr. 14.

⁴¹ BVerwG, 16 de junio de 1999 - 1 D 74.98.

⁴² BVerwG 2 C 73.86, 14.

5.4. Análisis de casos

Caso 3. La situación sometida al conocimiento del TSJ en pleno se encontraba referida a la presunta comisión de los delitos de instigación a delinquir, apología del delito e incitación al odio. Pero a los efectos de nuestro estudio es suficiente con determinar si tal expresión infringe el deber de moderación del funcionario. Si bien se trata de una expresión que puede tener más de un sentido unívoco, el significado textual de las palabras, tal como puede ser percibido por un observador imparcial, tiene un contenido abiertamente violento. Ni el sentido deportivo ni el sentido de la organización política aparecen en primer lugar, sino solo luego de una aclaratoria.

Si bien es legítimo que el funcionario realice una actividad de proselitismo político en su vida privada, siempre que no haga uso de las ventajas del cargo ni deje lugar a dudas de que no se trata de una declaración oficial, sin embargo, el contenido violento de la declaración afecta la imagen de la institución a que pertenece el funcionario e infringe su deber de moderación.

5.5. La fidelidad a la Constitución

Finalmente debemos referirnos al desarrollo del principio de fidelidad política en el derecho alemán como un principio del cual derivan importantes limitaciones a la libertad de expresión del funcionario.

La historia de la institución de la función pública en Alemania, desde fines del siglo XVIII, ha conocido una especial vinculación del funcionario que se basa en un deber de fidelidad asociado y adquirido al inicio de la relación funcional. En la monarquía absoluta, tal deber de fidelidad se presentaba frente a la persona del monarca como representante del Estado. En la monarquía constitucional, el deber de fidelidad se manifestaba frente a la persona del monarca, quien se encontraba sujeto a la Constitución y excluido de la controversia política. Sus “servidores del Estado” estaban al servicio del bien común. En la República, el principio de fidelidad ha permanecido; el “servidor del Estado” debe fidelidad al Estado y a la Constitución.⁴³

Durante el régimen del nacional-socialismo en Alemania se estableció en la Ley Alemana de Funcionarios, de 26 de enero de 1937, el deber de fidelidad de todo funcionario al *Führer* y al *Reich*. La fidelidad frente al *Führer* se mantendría hasta la muerte. El juramento establecido a partir de 1934 era el siguiente: “Juro ser fiel y obediente al *Führer* (líder) del Imperio alemán y del pueblo, Adolfo Hitler, cumplir las leyes y mis deberes

⁴³ BVerfGE 39, 334/347 – Extremistas. Disponible en: http://www.estudiosconstitucionales.com/SENTENCIAS_archivos/BVerfGE39,334.htm.

oficiales, con la ayuda de dios”.⁴⁴ La referencia al individuo y no a la Institución a la cual se debe fidelidad es un elemento característico de un Estado totalitario.

Durante la vigencia del régimen comunista de la República Democrática de Alemania (RDA) se requería una total identificación con el socialismo y con los principios del Partido Socialista Unido de Alemania (SED) para el ejercicio de la función pública. Con ocasión de la anexión de la RDA a la República Federal de Alemania se estableció la posibilidad de la terminación especial de la relación de empleo por falta de idoneidad de los funcionarios que se encontraban al servicio de la RDA.

El deber de fidelidad política no se refiere a la obligación de identificarse con determinada meta o determinada política del gobierno de turno. Más bien se alude al deber de disposición a identificarse con el orden del Estado liberal, democrático, social y de derecho. Ello no excluye la posibilidad de hacer críticas a la actuación del Estado o a promover modificaciones dentro del marco de la Constitución y a través de los medios previstos constitucionalmente, en la medida en que tal conducta no ponga en peligro al Estado y a su fundamento constitucional. Sin embargo, es indispensable que el funcionario reconozca al Estado, así como al orden constitucional como dignos de protección y, en tal sentido, forme parte de sus convicciones y sea capaz de actuar en consecuencia. El deber de fidelidad política (fidelidad al Estado y a la Constitución) exige, más allá de una posición desinteresada, fría y distante frente al Estado, que el funcionario se aleje claramente de grupos y pretensiones que tengan por finalidad atacar, combatir y difamar al Estado, a sus órganos constitucionales y a su orden constitucional vigente. Se espera de los funcionarios que reconozcan al Estado y su Constitución como un valor positivo a favor del cual vale la pena actuar. El deber de fidelidad política tiene gran trascendencia en tiempos de crisis y en situaciones de conflicto serias, en las cuales el Estado depende de que sus funcionarios tomen partido asu favor.⁴⁵

Bibliografía

- BADURA, Peter, *Der Eigentumsschutz des eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetriebes gegenüber der staatlichen Intervention im Bereich der Wirtschaft*, Festschrift, zum 125jährigen Bestehen der juristischen Gesellschaft zu Berlin. Herausgegeben von Dieter Wilke, 1984.
- BETHGE, Herbert, *Der Grundrechtseingriff*, Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer: Heft 57 1998 Walter de Gruyter - Berlin - New York.
- BRETTNER, Rüdiger, *Die staatliche Berufsregelung und Wirtschaftslenkung in Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*. Herausgegeben von Josef Isensee und Paul Kirchhof Band VI Freiheitsrechte §148 Heidelberg, 1989.

⁴⁴ Matthias Maack, *Die Umbildung des Beamtenrechts im Nationalsozialismus*, München, Grin Verlag, 2011, p. 15.

⁴⁵ BVerfGE 39, 334/348 Extremistas. Disponible en: http://www.estudiosconstitucionales.com/SENTENCIAS_archivos/BVerfGE39,334.htm.

- BROHM, Winfried, "Rechtsstaatliche Vorgaben für Informellen Verwaltungshandeln", *Deutsches Verwaltungsblatt*, 1994, Heft 3 Seite 133.
- DI FABIO, Udo, "Information als hoheitliches Gestaltungsmittel", *Juristische Schulung*, 1997, 1.
- GALLWAS, Hans-Ullrich, *Faktische Beeinträchtigung im Bereich der Grundrechte*, Duncker & Humblot, 1970.
- _____, *Grundrechte*, 2. Aufl. Hermann Luchterhand Verlag, 1995.
- HECKMANN Dirk, "Eingriff durch Symbole? Zur Reichweite grundrechtlichen Schutzes vor geistiger Auseinandersetzung", *Juristenzeitung*, 1996, 880/884.
- HEINTZEN, Markus, "Staatliche Warnungen als Grundrechtsproblem", *Verwaltungsarchiv*, 81. Band, 1990, Seite 532.
- HOFFMANN, Michael, *Der Abwehranspruch gegen rechtswidrige hoheitliche Realakte*, Duncker & Humblot / Berlin.
- HÖSCH, Ulrich, *Probleme der Wirtschaftsverwaltungsrechtlichen Konkurrentenklage*, *Die Verwaltung*, 30, Band, 1997, S. 211.
- ISENSEE, Josef, *Das Grundrecht als Abwehrrecht und als staatliche Schutzpflicht Handbuch des Staats Rechts Bd. 5*, §111.
- JARAS, Hans D., *Der Vorbehalt des Gesetzes bei Subventionen*, *Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht*, 1984, S. 473.
- DRITTSCHUTZ im Umweltrecht, *Festschrift für Rudolf Lukes: zum 65. Geburtstag / hrs. von Herbert Lessmann*, 1989.
- LEPPEK, Sabine, *Beamtenrecht*, 11. Auflage, C.F. Müller.
- MAACK, Matthias, *Die Umbildung des Beamtenrechts im Nationalsozialismus*, München, Grin Verlag, 2011.
- MAURER, Harmut, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 9^{na}ed., München Verlag C.H.Beck, 1994.
- OSSENBÜHL, Fritz, "Umweltpflege durch hoheitliche Produktkennzeichnung", *Schriftenreihe Recht – Technik – Wirtschaft*; Bd. 72, 1995.
- PIETZCKER, Jost, *Grundrechtsbetroffenheit in der verwaltungsrechtlichen Dogmatik*, *Festschrift für Otto Bachof*, München, 1984.
- _____, *Das Verwaltungsrechtsverhältnis*, in *Die Verwaltung*, 30 Band, 1997, S. 281.
- REDEKER, Konrad, *Entwicklungen und Probleme verwaltungsgerichtlicher Rechtsprechung Bonn 860 Recht und Staat im sozialen Wandel Festschrift für Hans Ulrich Scupin zum 80. Geburtstag Herausgegeben von Norbert Achterberg u.a.*, 1983.
- ROH, Wolfgang, *Faktische Eingriffe in Freiheit und Eigentum. Schriften zum Öffentlichen Recht Band, 660*, 1994.
- RÜSSEL, Ulrike, *Faktische Beeinträchtigung der Berufsfreiheit. Juristische Arbeitsblätter*, 1988, S. 406.
- SCHMIDT-ASSMANN, Eberhard, *Grundrechtswirkungen im Verwaltungsrecht, Rechtsstaat zwischen Sozialgestaltung und Rechtsschutz. Festschrift für Konrad Redeker zum 70. Geburtstag Hrsg. von Bernd Bender u.a.*, 1993 Zit.: Aßmann, 1993.
- _____, *Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee: Grundlagen und Aufgaben der verwaltungsrechtlichen – Enzyklopädie der Rechts- und Staatswissenschaft.*

SCHOCH, Friedrich, "Staatliche Informationspolitik und Berufsfreiheit", en DVBl. 1991, 667.

_____, "Folgenbeseitigung und Wiedergutmachung im Öffentlichen Recht", in Verwaltungs-Archiv, 79. Band – 1988 – S. 1.

SCHWABE, Jürgen, Probleme der Grundrechtsdogmatik, Darmstadt, 1977.

SODAN, Helge, "Gesundheitsbehördliche Informationstätigkeit und Grundrechtsschutz", Die Öffentliche Verwaltung - Oktober 1987 - Heft 19 S. 858.

_____, 42 Nomos-Kommentar zur Verwaltungsgerichtsordnung Sodan/Ziekom (Hrsg.), 1996 Stand, 1999.

WAHL, Rainer, "Abschied von den „Ansprüchen aus Art. 14 GG“, in Rechtsstaat zwischen Sozialgestaltung und Rechtsschutz, Festschrift für Redeker zum 70. Geburtstag. Hrsg. Von Bern Bender u.a. München 1993.

WEINHARDT, Dieter, Die Klagebefugnis des Konkurrenten Göttingen, 1973.

Alfonso Santiago* (Argentina)

El alcance del control judicial de razonabilidad de las políticas públicas. Perspectiva argentina y comparada

RESUMEN

En este trabajo se analiza el grado de intensidad del control judicial de razonabilidad de las políticas públicas. Para esto se formulan dos modelos alternativos con los fundamentos jurídicos de cada uno de ellos. Finalmente, el autor fija su postura sobre la cuestión debatida.

Palabras clave: control, razonabilidad, políticas públicas, poder judicial.

ZUSAMMENFASSUNG

Diese Arbeit befasst sich mit der Intensität der gerichtlichen Kontrolle der Angemessenheit von öffentlichen Politiken. Dazu werden alternativ zwei Modelle mit ihren jeweiligen rechtlichen Begründungen formuliert. Abschließend legt der Autor seine Sichtweise zu der behandelten Thematik dar.

Schlagwörter: Kontrolle, Angemessenheit, öffentliche Politiken, rechtsprechende Gewalt.

ABSTRACT

This paper analyses the degree of judicial control over the reasonable nature of public policies. We put forth two alternative models together with the legal bases for each one of them. Finally, the author states his position on this debate.

Keywords: Control, reasonable nature, public policies, judicial branch.

* Abogado y doctor en Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Profesor titular de Derecho Constitucional de la Universidad Austral; miembro de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires y director de su Instituto de Derecho Constitucional; miembro correspondiente de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de Madrid y de la Academia Paulista de Letras Jurídicas. ASantiago@austral.edu.ar.

Este trabajo tiene cuatro partes bien diferenciadas. En la primera, presentamos el tema mediante referencias jurisprudenciales del derecho comparado y la formulación de la cuestión que nos proponemos resolver. En la segunda y tercera, argumentamos a favor y en contra de una y otra postura acerca del alcance del control de razonabilidad judicial de las políticas públicas. Finalmente, exponemos y fundamos nuestra postura sobre la cuestión planteada.

1. Presentación

La creciente y progresiva juridización y judicialización de los procesos sociales y políticos ha provocado que los tribunales no solo definan y tutelen los derechos constitucionales de quienes son parte en el proceso, sino que, en ocasiones, examinen en profundidad y se pronuncien sobre la razonabilidad de las políticas públicas implementadas por los poderes políticos. Incluso parecería que, en muchos casos, el eje de discusión se ha trasladado de la determinación y protección del derecho constitucional afectado en el caso concreto, a la razonabilidad de la política pública en sí misma considerada.

Por otra parte, se advierte una tendencia creciente a configurar aquellas políticas en sede judicial cuando, a criterio de los magistrados, se descubre una omisión inconstitucional o una determinada insuficiencia legislativa en la protección de determinados derechos o bienes tutelados en las cartas magnas. Esta última tendencia ha llevado en ocasiones a los tribunales constitucionales a transformarse de legisladores negativos en legisladores positivos, con todas las consecuencias y dificultades que ello acarrea.¹

Un reciente proyecto de ley elaborado en Brasil propone la creación de un proceso específico para el control de constitucionalidad y razonabilidad de las políticas públicas por parte del Poder Judicial, regulando minuciosamente todos los aspectos relativos a ese control.² Se trata de la propuesta de un nuevo tipo de proceso constitucional que se sumaría a los ya existentes en el ámbito del derecho procesal constitucional.

La intensificación del control de la razonabilidad de las políticas públicas plantea importantes cuestiones constitucionales en relación con el principio de división de poderes y con posibles riesgos de extralimitación judicial, que han dado lugar a un fuerte debate público y doctrinario sobre el rol que les corresponde a los jueces en las modernas democracias constitucionales. Se habla también así del riesgo de la “sobrejudicialización” de los procesos políticos y sociales.³

¹ Sobre este tema, ver Allan Brewer (coord.), *Constitutional Courts as positive legislators*, Cambridge, Cambridge University Press, 2013, que recoge los informes de más de 50 países, presentados en el XVIII Congreso Internacional de la International Academy of Comparative Law, llevado a cabo en Washington (EE. UU.), entre los días 25 y 31 de julio de 2010.

² Cf. Roberto Berizonce y Francisco Verbic, “Control judicial de políticas públicas. A propósito de un proyecto de ley brasileño”, *LL*, diario del 13 de julio de 2013.

³ Cf. lo sostenido por la Corte Suprema argentina en Fallos 328:2429 y 3573 (2005).

En el ámbito del derecho constitucional norteamericano, a partir del fallo del caso Brown sobre integración racial en las escuelas en 1954, se ha planteado un intenso debate doctrinal⁴ y político acerca de la legitimidad y efectividad de las decisiones judiciales para brindar “remedios estructurales” (*structural remedies*) a los problemas sociales de cierta envergadura que se dan en determinada sociedad.⁵ Así, se ha señalado que el “remedio estructural” que persigue esta novedosa forma de intervención judicial en la administración de la cosa pública, parte de la premisa de que la calidad de nuestra vida social se ve afectada en gran medida por la acción u omisión de organizaciones burocráticas de gran escala y no tanto por la acción de individuos que pueden actuar fuera o dentro de estas organizaciones.

En particular, esta postura se apoya en la creencia de que los derechos constitucionales fundamentales no pueden ser plenamente asegurados si no se lleva a cabo la reforma profunda de las estructuras y políticas públicas vinculadas con aquellos. Por tanto, la demanda “estructural”, que solicita un “remedio estructural”, se entiende como aquella en la que el juez, a fin de proteger determinados bienes constitucionales, se ve en la necesidad de reformar una determinada organización o política pública para eliminar la amenaza a los valores constitucionales que proviene del *statu quo* gubernamental o administrativo. De esta manera, el remedio estructural no se pone en marcha ante incumplimientos episódicos o puntuales de las mandas constitucionales, por lo que el juez no busca sancionar una conducta puntual o eliminar del sistema jurídico una norma que no se adecua al texto de la ley suprema.

Por el contrario, aquel se ve enfrentado a corregir una “condición social”, o una interacción continua, que no depende necesariamente del marco jurídico aplicable, sino del modo en que determinada organización viola o amenaza sistemáticamente ciertos derechos fundamentales.

Durante las décadas de los setenta y ochenta, la doctrina estadounidense saludó con entusiasmo y defendió enfáticamente la utilización de estas herramientas.⁶ La doctrina

⁴ Al respecto, ver, entre otros, los siguientes trabajos: Chester Neal Tate y Torbjörn Vallinder, *The Global Expansion of Judicial Power*, New York, New York University Press, 1995; Herbert Jacob *et ál.*, *Courts, Law & Politics in Comparative Perspective*, New Haven, Yale University Press, 1996; Alec Stone Sweet, *Governing with Judges*, Oxford University Press, 2000; Ran Hirschl, *Towards Juristocracy: The Origins and Consequences of New Constitutionalism*, Cambridge and London, Harvard University Press, 2004; Vikram Amar y Mark Tushnet (eds.), *Global Perspectives on Constitutional Law*, New York, Oxford University Press, 2008; Tom Ginsburg y Rosalind Dixon, *Comparative Constitutional Law*, Oxford University Press, 2011.

⁵ Sigo en este punto la muy interesante exposición del doctor Martín Oyhanarte sobre “*Structural Remedies* y fallos recientes de la Corte Suprema de Justicia de la Nación”, en las II Jornadas Institucionales para Ministros de Cortes y Superiores Tribunales de Justicia de la República Argentina, organizadas por la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Santa Fe, mayo de 2011.

⁶ En este punto es inevitable citar el clásico trabajo de Owen Fiss (“The Supreme Court 1978 Term-Forward: The Forms of Justice”, *Harvard Law Review*, vol. 93, núm. 1, 1979), así como el de otros autores que en aquel momento impulsaron este instituto (William Fletcher, “The Discretionary Constitution: Institutional Remedies and Judicial Legitimacy”, *The Yale Law Journal*, vol. 91, núm. 4, 1982, p. 635; Gerald Frug, “The Judicial Power of the Purse”, *University of Pennsylvania Law Review*,

actual, en cambio, tiene una visión más madura y matizada de las decisiones judiciales que buscan brindar remedios estructurales a ciertos problemas sociales. En particular, es casi unánime la doctrina que rescata al menos algunos valores positivos que ha entrañado la utilización de la teoría de los remedios estructurales, siempre que ello ocurra en el contexto adecuado. Esto se hace especialmente evidente en materia de desegregación racial y valoración positiva, conforme fue sostenido en los casos *Brown v. Board of Education of Topeka, Kansas* y su progenie.⁷

En junio de 2012, la Corte Suprema norteamericana convalidó por estrecho margen la constitucionalidad de la ley de salud impulsada por el gobierno de Obama en 2010 (“*Obamacare*”), en un claro ejemplo de control judicial de constitucionalidad de una ley que contenía una política pública decidida por los poderes políticos. Sin embargo, el 30 de junio de 2014 el mismo tribunal, en los casos *Sylvia Burwell, Secretary of Health and Human Services, et ál. petitioners v. Hobby Lobby Stores, Inc. et ál.* (Docket 13-354) y *Conestoga Wood Specialties Corporation et ál. v. Sylvia Burwell, Secretary of Health and Human Services, et ál.* (Docket 13-356) dispuso, por 5 a 4 votos, que el mandato contraceptivo dictado por el Departamento de Salud (HHS), que obliga a empresas con fines de lucro pertenecientes a dueños con convicciones religiosas contrarias al aborto a financiar cuatro métodos anticonceptivos que tienen efecto abortivo, lesionaba la libertad religiosa protegida por la Constitución y la Ley de Restauración de la Libertad Religiosa de 1993 (Religious Freedom Restoration Act, RFRA). Integrando ambas decisiones se puede apreciar una convalidación general de la política de salud decidida por los órganos políticos y una declaración de inconstitucionalidad de algunos aspectos de esa norma por entender que en el caso concreto se lesionaban los contenidos esenciales del derecho de libertad religiosa de los actores.

Por su parte, en el ámbito latinoamericano, la Corte Constitucional colombiana –tal vez el tribunal constitucional más activista en nuestros días– ha creado la categoría jurisprudencial de la declaración de “estado de cosas inconstitucional”, que tiene lugar cuando un número importante de causas que llegan a su instancia plantean problemas similares en relación con la posible afectación de derechos constitucionales como consecuencia de determinadas políticas públicas decididas u omitidas por los poderes públicos.

La mencionada declaración habilita al tribunal a analizar la conformidad de las políticas públicas con los derechos fundamentales y los principios constitucionales en el marco de problemas sociales que están produciendo crisis masivas de gran repercusión social. En esta línea, el estado de cosas inconstitucional es considerado como el último recurso institucional dentro del orden estatal, en manos del tribunal constitucional, para resolver o prevenir problemas sociales que tienen una marcada proyección e incidencia

vol. 126, núm. 4, 1978, p. 715; Paul Gewirtz, “Remedies and Resistance”, *The Yale Law Journal*, vol. 92, 1983, p. 585; Robert Nagel, “Separation of Powers and the Scope of Federal Equitable Remedies”, *Stanford Law Review*, vol. 30, 1978, p. 661).

⁷ V. g., Jack M. Balkin, “What *Brown* Teaches Us about Constitutional Theory”, *Virginia Law Review*, vol. 90, 2004, p. 1537, y los trabajos allí citados.

públicas. Es así como la resolución de estas cuestiones, con frecuencia relacionadas con los derechos sociales, demanda la adopción de determinados procedimientos y medidas judiciales que desbordan el tradicional control de constitucionalidad de leyes y normas. De allí que su adopción se traduzca en la necesidad de establecer procedimientos para el análisis y el debate de las políticas públicas, elaborar programas, estándares e indicadores, asignar recursos y efectuar su posterior control y seguimiento, etc.

El tribunal constitucional colombiano ha recurrido a esta modalidad de actuación en al menos cuatro oportunidades para:

- i) atender la grave situación carcelaria colombiana;
- ii) invalidar un sistema de crédito para la vivienda cuyas condiciones fueron consideradas altamente perjudiciales para los deudores;
- iii) proteger a las poblaciones desplazadas con motivo de la violencia política, que experimentaban las graves consecuencias sociales del desarraigo, y
- iv) remediar la demora de las cajas jubilatarias en reconocer u otorgar las prestaciones jubilatarias.

La postura adoptada por la Corte colombiana en estos casos ha provocado un profundo debate social y académico acerca del rol de los tribunales constitucionales en un sistema de democracia constitucional.

Por su parte, la Corte IDH, en ejercicio de sus funciones jurisdiccionales, ha incurrido en el análisis de razonabilidad de las políticas públicas y ordenado la instrumentación de algunas de ellas, especialmente cuando en sus sentencias impone al Estado condenado el dictado de medidas para que no se repitan en el futuro las violaciones ya advertidas y condenadas, de modo que se haga efectiva la garantía de no repetición.⁸

Consideramos que si bien las problemáticas antes señaladas se pueden verificar en relación con toda clase de derechos constitucionales, son aún más frecuentes en materia de derechos sociales.

A lo largo de su historia, y más intensamente en las últimas décadas, la Corte Suprema argentina ha tenido que juzgar acerca de la constitucionalidad de leyes que instrumentaban políticas públicas en numerosísimas ocasiones. Baste citar, entre otros muchos, los siguientes casos: Empresa Plaza de Toros,⁹ Hileret,¹⁰ Ercolano,¹¹ Avico,¹² Inchauspe,¹³

⁸ Se puede consultar al respecto la excelente tesis doctoral elaborada por María Carmelina Londoño Lázaro, *La prevención de violaciones a los derechos humanos: estudio sobre la garantía de no repetición en el sistema interamericano*, Universidad Austral, Buenos Aires, septiembre de 2013.

⁹ Fallos 7:150 (1869).

¹⁰ Fallos 98:20 (1903).

¹¹ Fallos 136:161 (1922).

¹² Fallos 172:21 (1934).

¹³ Fallos 199:483 (1944).

Cine Callao,¹⁴ Peralta,¹⁵ Cocchia,¹⁶ Montalvo,¹⁷ Arriola,¹⁸ Quisbert Castro,¹⁹ Clarín,²⁰ etc. En los últimos años, nuestro máximo tribunal convocó a audiencias públicas en relación con algunos casos con relevancia y repercusión social que tenía a su decisión, en las que se expusieron y debatieron las políticas públicas decididas por los otros poderes.²¹ También el presidente de la Corte Suprema comenzó a hablar de la necesidad de que los tres poderes acordaran políticas públicas y se creó dentro del tribunal un ámbito para su estudio y discusión. No deja de llamar la atención y sorprender por lo novedosa esta aproximación de nuestro máximo tribunal a la temática del análisis, discusión y, en algunos casos, definición de las políticas públicas que tradicionalmente le era ajeno.

A la vez, hay quienes advierten en los últimos años un progresivo paso de un control judicial de constitucionalidad y razonabilidad más general, limitado y discrecional,²² a otro más intenso, estricto y reglado en la jurisprudencia de la Corte Suprema argentina. Ese paso vendría de la mano de la creciente adopción por parte de nuestro máximo tribunal del examen de proporcionalidad elaborado por la jurisprudencia alemana a la hora de juzgar la constitucionalidad de leyes que reglamentan los derechos constitucionales. Dicho examen comprende la realización de los tres juicios: adecuación, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto.²³ En este sentido, se pueden mencionar una serie

¹⁴ Fallos 247:121 (1960).

¹⁵ Fallos 313:1513 (1990).

¹⁶ Fallos 316:2624 (1993).

¹⁷ Fallos 313:1333 (1990).

¹⁸ Fallos 332-1963 (2009).

¹⁹ Caso Q. C., S. Y. c/ Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/ amparo, CS, 24 de abril de 2012.

²⁰ CS, 29 de octubre de 2013.

²¹ Cf. las audiencias públicas convocadas en relación con el saneamiento del Riachuelo, el derecho a la vivienda en la Ciudad de Buenos Aires, la ley de medios, responsabilidad de los buscadores en Internet, etc.

²² Afirma Mariano Sapag que “en el derecho argentino se ha tomado, sobre todo, el modelo norteamericano de control de razonabilidad; su evolución histórica ha sido similar en ambos ordenamientos. El principio, tal como es aplicado por los jueces argentinos, carece de parámetros que permitan un grado de predicción sobre su modo de aplicación” (Mariano Sapag, “El principio de proporcionalidad y de razonabilidad como límite constitucional al poder del Estado: un estudio comparado”, *Dikaion*, año 22, núm. 17, 2008, pp. 168 y ss.).

²³ En un prolífico estudio de la jurisprudencia de nuestro máximo tribunal que desarrolla esta evolución, señala Juan Cianciardo: “La Corte Suprema durante largo tiempo se limitó a evaluar si la norma cuestionada en el litigio afectaba o no ‘de modo sustancial’ los derechos en juego, y de forma evidente o manifiesta. En caso de que se produjese una afectación de ese tipo, esa norma era declarada inconstitucional por ‘irrazonable’. El tribunal, sin embargo, no elaboró una teoría acerca del tema, sino que se limitó –siguiendo también en esto a su par estadounidense a un proceso de inclusión y exclusión, es decir, a elaborar una serie de casos en los que resolvió si una norma concreta pasaba o no el *test*, eludiendo mayores abstracciones. A la genérica definición precedente, la Corte agregó lo siguiente: escapa de su competencia el examen de la ‘oportunidad, mérito o conveniencia’ de la norma analizada. Ese examen corresponde, según la visión expuesta, al Poder Legislativo. Dicho con otras palabras, una norma inoportuna, sin mérito o inconveniente no era considerada por nada de esto irrazonable o inconstitucional. Durante los últimos años la Corte Su-

de pronunciamientos recientes de nuestro máximo tribunal en los que hace referencia a ese triple análisis de proporcionalidad, más allá de que efectivamente lo realice o no de modo estricto y preciso en la práctica.²⁴

En este trabajo nos proponemos tratar la compleja cuestión sobre qué es lo que corresponde que hagan los jueces al resolver un caso en el que se plantea la constitucionalidad de una norma que establece una política pública. ¿Deben ellos limitarse a examinar si ella lesiona o no el contenido esencial de un derecho constitucional o han de examinar ampliamente la razonabilidad de la política pública fijada en esa norma? ¿Deben hacer las dos cosas? ¿Deben atender principalmente a uno de esos dos aspectos? Más allá de haberlo invocado en varios casos, ¿la Corte Suprema argentina ha aplicado con todas

prema o algunos de los jueces han revisado las dos afirmaciones del párrafo anterior. Esto se llevó a cabo del siguiente modo: a) se amplió el análisis de la razonabilidad de la ley tomando en cuenta el rol que juega la finalidad de la norma cuya constitucionalidad se examina; b) Se asumió como un deber del Poder Judicial –expreso o indirecto– el examen de la oportunidad, mérito o conveniencia de las normas que reglamentan algunos derechos constitucionales (no todos) [...]; c) El juicio acerca de qué tan ‘sustancial’ es la afectación de los derechos en juego por parte de la norma cuya constitucionalidad se evalúa en el caso fue unido o relacionado con los dos juicios anteriores. También, en otro supuesto, se dividió el análisis de la restricción de un derecho en dos planos, según el contenido de la norma que amenaza el pleno goce de una garantía o derecho y el modo en que se decide poner en práctica la operatividad de aquella disposición. Estos cambios tuvieron su origen en tres fuentes: la doctrina constitucionalista europea inspirada en la Ley Fundamental de Bonn, la jurisprudencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos en materia de igualdad, y la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Como resultado de esto, la Corte Suprema argentina ha establecido en casos recientes que el principio de razonabilidad de la ley o principio de proporcionalidad consta de tres subprincipios o subjuicios: adecuación, necesidad y razonabilidad o proporcionalidad en sentido estricto” (Juan Cianciardo y Maximiliano J. Romero, “Limitaciones a los derechos constitucionales y control de razonabilidad”, en AA.VV., *Tratado de los derechos constitucionales*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2014). Hemos tomado de este excelente trabajo algunas citas jurisprudenciales que agradecemos a sus autores.

²⁴ Así, en el caso Gualtieri del año 2009, nuestro máximo tribunal ha sostenido que “el balance entre los intereses de toda persona a no sufrir invasiones a su privacidad y el interés estatal en la persecución penal debe incluir una necesaria ponderación de los instrumentos escogidos y los fines hacia los que se dirige la específica medida de coerción dispuesta en la causa. A dichos efectos corresponde tamizar la medida por los filtros de necesidad, adecuación y proporcionalidad” (Fallos 332:1769 [2009], voto concurrente del doctor Maqueda, considerando 10°). Más recientemente, ha dicho también que “una vez acreditado el cumplimiento de los recaudos referidos en el considerando 3°, este Tribunal debe analizar la validez constitucional de las normas en su aspecto sustancial, es decir, su contenido. Para ello se debe evaluar la razonabilidad de las normas en los términos de la relación entre los medios elegidos y los fines perseguidos en cuanto a su idoneidad, necesidad y/o proporcionalidad” (Fallos 334:799 [2011], voto de los jueces Lorenzetti, Fayt y Zaffaroni). En el mismo caso, en su voto, los ministros Highton y Maqueda manifestaron que “una vez acreditado el cumplimiento de los recaudos referidos anteriormente, este Tribunal debe finalmente evaluar la razonabilidad de las normas en los términos de la relación entre los medios elegidos y los fines perseguidos en cuanto a su idoneidad, necesidad y/o proporcionalidad, teniendo en cuenta que ese control de constitucionalidad no incluye el examen de conveniencia o acierto del criterio adoptado por el legislador en el ámbito propio de sus atribuciones”. Otras menciones a estos tres juicios que configuran el principio de proporcionalidad pueden verse también en los distintos votos que conforman el caso Clarín, CS, 29 de octubre de 2013.

sus consecuencia el juicio de necesidad que integra el examen de proporcionalidad de la doctrina alemana? ¿El control de razonabilidad o proporcionalidad debe tener en todos los casos el mismo alcance o puede ser diferenciado según los distintos derechos que aparezcan involucrados?

Expondremos los argumentos a favor de un control judicial limitado a la afectación del contenido esencial de los derechos constitucionales para luego exponer los que fundamentan un control amplio de razonabilidad, para, finalmente, dar nuestra opinión personal sobre el punto.

2. Argumentos a favor de limitar el control de constitucionalidad de las políticas públicas a la exclusiva determinación de si ellos lesionan el contenido esencial de un derecho reconocido constitucionalmente

Para afirmar esta tesis se pueden mencionar, entre otros, los siguientes argumentos:

1. Corresponde distinguir claramente la función legislativa encargada de la fijación de las políticas públicas, del ejercicio del control de constitucional en el marco de la función jurisdiccional encaminado a la protección de los derechos constitucionales que ellas pueden lesionar.

Como bien ha señalado el juez Petracchi:

En el campo de los medios más adecuados para lograr las finalidades del bien común que persiguen los poderes de policía tal como, con amplitud, los define la jurisprudencia del tribunal, el proceso legislativo constituye, sin duda, la vía apta para llegar a decisiones al menos aceptables, en virtud del compromiso, o de la imposición de la mayoría. Pero cuando se trata de precisar el contenido de derechos humanos fundamentales, adquiere preeminencia el Poder Judicial a cuyos integrantes corresponde desempeñar una de las funciones primordiales de la actividad jurídica en un estado de derecho: garantizar el respeto de los derechos fundamentales de las personas frente al poder del Estado, erigiéndose así en conquista irreversible del sistema democrático, en una de las formas más eficaces de resguardar la coexistencia social pacífica, asegurando el amparo de las valoraciones, creencias y *standars* éticos compartidos por conjuntos de personas, aun minoritarios, en cuya protección se interesa la comunidad para su convivencia armónica.²⁵

Esta función de garantía de los derechos constitucionales es la propia y específica que tienen encomendada los jueces, mientras que la determinación de las políticas legislativas tendientes al bien común es una función propia y específica de los poderes legislativo y

²⁵ Fallos 308-2:2287.

ejecutivo. Principalmente los poderes políticos fijan las políticas públicas orientadas al bien común y de modo derivado reglamentan los derechos constitucionales, mientras que los jueces primariamente velan por la tutela del contenido esencial de los derechos constitucionales y de modo derivado examinan de forma general la razonabilidad de las políticas públicas contenidas en las leyes.

Así, tiene dicho la Corte Suprema argentina en numerosos precedentes que:

[E]n ausencia de otra restricción constitucional, un Estado es libre para adoptar cualquier política económica que pueda razonablemente ser considerada conveniente para promover el bienestar general, y poner en vigor esa política por medio de la legislación adecuada a sus finalidades. Las cortes carecen de autoridad para declarar esa política, o para ponerla de lado cuando ya ha sido declarada por el Poder Legislativo. Si las leyes sancionadas tienen una relación razonable con el justo propósito legislativo, y no son ni arbitrarias ni discriminatorias, las exigencias del debido proceso legal están satisfechas, y el fallo judicial a ese efecto hacen de una Corte *“funtus officio”*.²⁶

En cambio, si las políticas públicas instrumentadas a través de alguna ley lesionan el contenido esencial de un derecho, corresponde claramente la intervención judicial. Así en el caso Smith,²⁷ la Corte declaró la inconstitucionalidad de las leyes que instauraron la indisponibilidad de los depósitos y prohibían el retiro en efectivo de las cuentas en una entidad financiera de montos superiores a los 250 pesos argentinos o dólares estadounidenses, por entender que esas normas violaban el contenido esencial del derecho a disponer de la propiedad. Según el voto mayoritario, “la restricción imperante en relación con los depósitos bancarios adolece de irrazonabilidad toda vez que no advierte la proporcionalidad entre el medio elegido y el fin propuesto con su implementación para conjurar la crisis, ya que no significa una simple limitación a la propiedad sino que, agregada al resto de las medidas adoptadas, coadyuva a su privación y aniquilamiento”.

El procedimiento legislativo, con base en la legitimidad democrática y en la deliberación técnica, es el medio idóneo para la determinación de las políticas públicas, mientras que el proceso judicial en el que se ejerce el control de constitucionalidad es la vía adecuada para ver si ellas en un caso concreto lesionan el contenido esencial de un determinado derecho constitucional.²⁸ Cabe distinguir ambos procedimientos constitu-

²⁶ Fallos 172:21 (1934).

²⁷ Fallos 325:28 (2002).

²⁸ El concepto de contenido esencial del derecho ya fue propuesto por Alberdi en el artículo 20 de su proyecto de constitución, fuente del actual artículo 28, que señalaba: “Las leyes reglan el uso de estas garantías de derecho público; pero el Congreso no podrá dar ley que con ocasión de reglamentar u organizar su ejercicio, las disminuya, restrinja o adultere en su esencia” (Juan B. Alberdi, *Proyecto de Constitución*, Santiago de Chile, julio de 1852). Más recientemente, el artículo 19.2 de la Constitución alemana y el artículo 53.1 de la Constitución española receptan este concepto del “contenido esencial de los derechos”, y la jurisprudencia de sus tribunales constitucionales lo

cionales, que tienen finalidades propias y distintas. El control judicial de razonabilidad está encaminado a la protección del contenido esencial e indisponible de los distintos derechos constitucionales.²⁹

Se puede mencionar también aquí la doctrina del Tribunal Constitucional alemán sobre el *parlamentsvórbbehalt* o reserva del parlamento desarrollada a partir de 1972, que establece que los principios democráticos y del Estado de derecho exigen que sea el Parlamento el que, a través del procedimiento legislativo ordinario, adopte las decisiones importantes para la convivencia pública, tanto las que se refieren a los derechos constitucionales como a la organización estatal, las políticas públicas o cualquier otra decisión de relevancia para la comunidad. Esas decisiones no pueden ser adoptadas ni en sede administrativa, ni en sede judicial.

2. Es jurisprudencia permanente de la Corte Suprema que cabe distinguir entre el control de constitucionalidad y el examen de la oportunidad, mérito y conveniencia de las decisiones legislativas y administrativas. Lo primero es función de los jueces, lo segundo le está claramente vedado en razón del principio de separación de poderes.

En este sentido, ha señalado la Corte Suprema que es “extraño al Poder Judicial juzgar acerca de la oportunidad o conveniencia de los instrumentos fiscales elegidos por el legislador o sobre la eficacia de los medios escogidos para alcanzar los fines propuestos, por lo que su cometido ha de limitarse a decidir si, en los casos en que conoce, ha habido *manifiesta incompatibilidad* con los preceptos constitucionales”.³⁰

En otros pronunciamientos señaló que ello no solo era extraño al Poder Judicial, sino que le estaba constitucionalmente vedado. Así, el voto de mayoría en el caso Montalvo indicó:

[M]otivos dados por el legislador para incriminar la tenencia de estupefacientes remiten a cuestiones de política criminal que involucran razones de oportunidad, mérito o conveniencia, sobre las cuales está vedado a esta Corte inmiscuirse so riesgo de arrogarse ilegítimamente la función legislativa. La cuestión sobre la razonabilidad de una ley que dispone la incriminación penal de una conducta no

han ido desarrollando y concretando. El artículo 19.2 de la Constitución alemana señala que “en ningún caso un derecho fundamental podrá ser afectado en su contenido esencial”, mientras que el artículo 53.1 de Constitución española señala que “sólo la ley, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial, podrá regular el ejercicio de tales derechos y libertades”.

²⁹ En relación con el concepto de razonabilidad, Bidart Campos señala que “cabe sugerir que ese concepto jurídico indeterminado se esclarece cuando se penetra en el núcleo esencial de cada derecho. Tal núcleo es el que no tolera supresión o, en otros términos, es ese núcleo el que no puede extinguirse, alterarse, dañarse, o frustrarse. Cuando el núcleo queda preservado, la limitación al derecho es razonable. Cuando el núcleo se afecta de la manera dicha, hay arbitrariedad e inconstitucionalidad” (Bidart Campos, *Tratado elemental de derecho constitucional argentino*, Buenos Aires, Ediar, 2000, II-A, p. 809).

³⁰ Fallos 332:640 (2009), considerando 7°.

puede llevar a que la Corte tenga que examinar la mayor o menor utilidad real que la pena puede proporcionar para combatir el flagelo de la droga, como no lo podría hacer para analizar si las penas conminadas para cualquier otro delito del catálogo penal resultan útiles o contraproducentes para la abolición del delito en sí (Fallos: 308:1392, voto de la minoría), salvo que las razones dadas por el legislador consagren una norma que atente contra las garantías constitucionales que, como se verá, no es el caso; o mediase una manifiesta desproporción entre los fines tenidos en mira por el legislador y los medios arbitrados para alcanzarlos.³¹

Las normas constitucionales ofrecen, en general, un marco de posibilidades y opciones igualmente válidas entre las que cabe elegir a los poderes políticos. Señalar que solo una de estas alternativas es la única constitucionalmente válida implica forzar la interpretación constitucional y extralimitar la función de control a cargo de los jueces. De modo general, corresponde una actitud deferente hacia el criterio legislativo que se ha fijado luego de la deliberación y decisión adoptada por los poderes políticos.³²

3. Los derechos humanos protegidos constitucionalmente son vallas infranqueables a la consecución y el logro de los objetivos de los gobiernos buscados a través de las políticas públicas, y es esta defensa la misión propia y específica del Poder Judicial.

Toda política pública que se encare desde los poderes públicos debe respetar los derechos que la CN reconoce a las personas y grupos sociales. De acuerdo con la concepción personalista y democrática que inspira a nuestro sistema político,³³ ellos actúan como vallas infranqueables a los objetivos comunitarios por legítimos y urgentes que ellos pudieran parecer a los poderes públicos.³⁴ Esta función de protección de los derechos constitucionales y de control del poder público es la que nuestro sistema político asigna a los tribunales integrantes de los poderes judiciales tanto nacionales como locales.

En consonancia con lo que venimos exponiendo, ha dicho más recientemente nuestro máximo tribunal:

[L]a mera conveniencia de un mecanismo para conseguir un objetivo de gobierno –por más loable que este sea– en forma alguna justifica la violación de las garantías y derechos consagrados en el texto constitucional. Así, se ha sostenido

³¹ Caso Montalvo, Fallos 313:1333 (1990).

³² Así, tiene dicho la Corte Suprema norteamericana que “un Estado es libre de adoptar cualquier tipo de política económica que considere razonable para promover el bien común y para promover dicha política con normas dirigidas a tales fines” (cf. *Nebbia v. New York*, 291 U.S. 502, 547 [1934]).

³³ El doctor Petracchi, en su disidencia en el caso Montalvo, sostiene que nuestra ley fundamental “prohíbe utilizar a las personas como meros instrumentos para alcanzar objetivos públicos que se reputan socialmente valiosos, desconociendo así que ellas constituyen fines en sí mismas” (Fallos 313:1333 [1990]).

³⁴ Cf., entre otros, Ronald Dworkin, *Los derechos en serio*, trad. Dòmenec, Barcelona, Ariel, 1997, pp. 279 a 293.

que es falsa y debe ser desechada la idea de que la prosperidad general constituya un fin cuya realización autorice a afectar los derechos individuales o la integralidad del sistema institucional vigente. El desarrollo y el progreso no son incompatibles con la cabal observancia de los arts. 1° y 28 de la Constitución Nacional, sino que, por el contrario, deben integrarse con éstos, de modo tal que la expansión de las fuerzas materiales y el correlativo mejoramiento económico de la comunidad sean posibles sin desmedro de las libertades y con plena sujeción a las formas de gobierno dispuestas por la Ley Fundamental, a cuyas normas y espíritu resultan tan censurables la negación del bienestar de los hombres como pretender edificarlo sobre el desprecio y el quebrantamiento de las instituciones (Fallos: 247:646).³⁵

De acuerdo con esta concepción personalista que informa la jurisprudencia de nuestro más alto tribunal,³⁶ la persona humana es un cierto fin en sí misma y no puede ser utilizada como medio.³⁷ Mediante la protección del contenido esencial de los distintos derechos humanos frente a las políticas públicas que pretendan desconocerlos, los tribunales constitucionales preservan este carácter personalista de nuestros sistemas políticos y jurídicos en los casos concretos sometidos a su jurisdicción.

Así, en relación con el alcance del derecho a la vivienda y la razonabilidad de la política pública en la materia, sostuvo la Corte Suprema al resolver el caso Quisbert Castro:

[H]ay una garantía mínima del derecho fundamental que constituye una frontera a la discrecionalidad de los poderes públicos. Para que ello sea posible, debe acreditarse una afectación de la garantía, es decir, una amenaza grave para la

³⁵ Fallos 333:935 (2010), voto de la mayoría, considerando 15°.

En la materia específicamente tributaria ha señalado la Corte Suprema que “escapa a la competencia de los jueces pronunciarse sobre la conveniencia o equidad de los impuestos o contribuciones creados por el Congreso Nacional o las legislaturas provinciales (Fallos 242:73; 249:99; 286:301). Salvo el valladar infranqueable que suponen las limitaciones constitucionales, las facultades de esos órganos son amplias y discrecionales de modo que el criterio de oportunidad o acierto con que las ejerzan es irrevisable por cualquier otro poder (Fallos 7:331; 51:349; 137:212; 243:98)” (caso Hermitage, Fallos 333:993 [2010], voto de la mayoría, considerando 11°).

³⁶ “El hombre es eje y centro de todo el sistema jurídico y en tanto fin en sí mismo –más allá de su naturaleza trascendente– su persona es inviolable y constituye valor fundamental con respecto al cual los restantes valores tienen siempre carácter instrumental” (Fallos 316:479, votos concurrentes).

³⁷ “El ser humano, y en general todo ser racional, existe como fin en sí mismo, no meramente como medio de uso caprichoso de esta o aquella voluntad, sino que debe ser considerado siempre y al mismo tiempo como fin en todas las acciones, tanto las dirigidas hacia sí mismo como hacia otro ser racional. Los seres cuya existencia no depende de nuestra voluntad, sino de la naturaleza, tienen solo un valor relativo cuando se trata de seres irracionales, y por esto se llaman cosas; pero los seres racionales se denominan personas, porque su naturaleza ya los señala como fines en sí mismos, es decir, como algo que no puede ser usado como medio. Obra de tal modo que trates a la humanidad, tanto en tu persona como en la de cualquier otro, siempre como fin al mismo tiempo y nunca solamente como medio” (Immanuel Kant, *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*, Madrid, Santillana, 1996, p. 50). Ver también Robert Spaemann, *Personas. Acerca de la distinción entre alguien y algo*, Pamplona, Eunsa, 2000.

existencia misma de la persona. Estos requisitos se dan en el caso, ya que es difícil imaginar un estado más desesperante: hay un niño discapacitado, con una madre en situación de calle. La razonabilidad significa entonces que, sin perjuicio de las decisiones políticas discrecionales, los poderes deben atender a las garantías mínimas indispensables para que una persona sea considerada como tal en situaciones de extrema vulnerabilidad. Esta interpretación permite hacer compatible la división de poderes, la discrecionalidad política del Poder Ejecutivo y del Congreso, con las necesidades mínimas de los sectores más desprotegidos cuando éstos piden el auxilio de los jueces.³⁸

La misión del Poder Judicial queda, por tanto, mejor definida, caracterizada y acotada si se la expresa en los precisos términos de la protección del contenido esencial de los derechos humanos.

Cabe diferenciar entre el derecho humano formulado como aspiración ética-jurídica, de lo que es estrictamente exigible ante los tribunales. Lo primero ha de inspirar a los poderes públicos, mientras que lo segundo es la guía que orienta el trabajo de los magistrados judiciales.

4. Entre los derechos constitucionales que han de ser tutelados por los tribunales del Poder Judicial se encuentra el del debido proceso sustancial, conforme al cual toda ley, norma o acto estatal tiene que ser mínimamente razonable y legítimo en cuanto a los fines que persigue y a los medios que elige.³⁹

Sí, es función propia de los jueces proteger ese derecho y para ello verificar, en el momento de realizar el control de constitucionalidad, que todas las decisiones estatales satisfacen estándares básicos de razonabilidad.⁴⁰ Entre estos criterios se pueden señalar los siguientes:

- legitimidad del fin perseguido;
- legitimidad, adecuación al fin y proporcionalidad del medio elegido, que debe satisfacer parámetros básicos de racionalidad;⁴¹

³⁸ Caso Q. C., S. Y. c/ Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/ amparo, CSJN, 24 de abril de 2012.

³⁹ Ya en el caso *Mugler v. Kansas* de 1887, la Corte Suprema norteamericana, en un caso en que se analizaba la constitucionalidad de una ley que prohibía la venta de bebidas alcohólicas, había sostenido: “Si la norma dictada para la protección de la salud, la moralidad pública o la seguridad pública, no tiene ninguna relación sustancial con estos objetivos, o invade de un modo palpable los derechos fundamentales, es el deber de los tribunales juzgarlas y dar plena vigencia a la Constitución” (cf. *Mugler v. Kansas*, 123 U.S. 623, 661 [1887]).

⁴⁰ A los jueces “les está encomendado establecer, en los casos concretos sometidos a su decisión, si los otros poderes del Estado actuaron dentro de los límites de su competencia; si ejercieron sus facultades en forma razonable y no absurda o arbitraria” (Fallos 300:700 [1978]).

⁴¹ En este sentido, ha expresado nuestro máximo tribunal que las “leyes son susceptibles de cuestionamiento constitucional cuando resultan irrazonables, o sea, cuando los medios que arbitran no se adecuan a los fines cuya realización procuran o cuando consagran una manifiesta iniquidad”

- ello no abarca la posibilidad de declarar la invalidez de la decisión si se considera que existe otro medio que el juzgador estime más conveniente o menos restrictivo de los derechos,⁴² salvo los supuestos de evidente y grave desproporción entre ellos, lo que llevaría a considerar irracional la elección realizada por la autoridad pública.⁴³

Sintetizando su propio criterio jurisprudencial en la materia, ha asegurado recientemente nuestro máximo tribunal:

[T]radicionalmente, ha sostenido este Tribunal que si bien los derechos y garantías establecidos en la Constitución Nacional no son absolutos y deben ejercerse en el marco de las leyes que los reglamentan, ello se encuentra supeditado a que éstas sean razonables, lo que implica que deben satisfacer un fin público, responder a circunstancias justificantes, guardar proporcionalidad entre el medio empleado y el fin perseguido y carecer de iniquidad manifiesta (Fallos 248:800; 243:449; 243:467). Asimismo, cabe recordar que la medida del interés público afectado determina la medida de la regulación necesaria para tutelarlos (Fallos 313:1638), de modo que la razonabilidad de las mayores restricciones que se impongan debe valorarse en función de la entidad de la crisis que busca superarse (Fallos 330:855, considerando 34).⁴⁴

(Fallos 319:2151). También ha sostenido que “la razonabilidad –según el particular significado que a este concepto jurídico se le reconoce en orden al poder de policía y a la materia aquí examinada– quiere decir que las medidas utilizadas por la autoridad pública deben ser proporcionalmente adecuadas a los fines perseguidos por el legislador” (Fallos, 171:348; 199:483; 200:450; 248:800, entre otros). En otras oportunidades ha afirmado que “las restricciones y disposiciones que establezca el Estado son válidas en la medida en que resulten razonables y mantengan adecuada proporción entre la necesidad de custodiar el interés público comprometido y que eviten conducir a una desnaturalización de los derechos constitucionales del afectado” (CSJN, Fallos 332:2468, 333:993 y otros). También se ha dicho que, aunque el acierto o conveniencia de las soluciones legislativas no son puntos sobre los que quepa pronunciarse al Poder Judicial, las leyes son susceptibles de reproche con base constitucional “cuando resultan irrazonables, o sea, cuando los medios que arbitran no se adecuan a los fines cuya realización procuran” (caso Arriola, Fallos 332:1963 [2009]).

⁴² “No corresponde a los jueces sustituir al legislador, sino aplicar la norma tal como éste la concibió (Fallos 273:418) y que está vedado a los tribunales el juicio sobre el mero acierto o conveniencia de disposiciones adoptadas por los otros poderes en ejercicio de sus propias facultades (Fallos 277:225)”; “Es extraño al Poder Judicial juzgar acerca de la oportunidad o conveniencia de los instrumentos fiscales elegidos por el legislador o sobre la eficacia de los medios escogidos para alcanzar los fines propuestos, por lo que su cometido ha de limitarse a decidir si, en los casos en que conoce, ha habido manifiesta incompatibilidad con los preceptos constitucionales” (Fallos 332:640 [2009]).

⁴³ Así, en el voto del doctor Zaffaroni en el caso Arriola se puede leer que “si bien no es función del control de constitucionalidad juzgar la política criminal, debería serlo cuando resulta de toda evidencia la patente contradicción entre el fin manifiesto de la norma y el favorecimiento de su efecto precisamente contrario, por resultar violatorio de la racionalidad republicana impuesta por el artículo 1º de la Constitución, como propia de todo acto de gobierno”.

⁴⁴ Fallos 334:516 [2011].

Con el alcance limitado que hemos expuesto, corresponde que los jueces examinen la razonabilidad de las políticas públicas formuladas legislativamente para preservar de este modo el contenido esencial del derecho al debido proceso sustantivo.⁴⁵

5. Si el Poder Judicial considera que en algún caso concreto hay una omisión o insuficiencia de la política pública en relación con la protección de un determinado derecho, debe limitarse a declararlo así y exhortar a los poderes políticos a sanar ese vicio, pero sin reemplazarlo en lo que son sus legítimas competencias y atribuciones, mediante el dictado en sede judicial de la política pública.

Esa es la actitud que les corresponde adoptar a los jueces ante las omisiones o insuficiencia de los desarrollos legislativos.

6. La falta de respeto de estos límites naturales convertiría al Poder Judicial, en particular a la Corte Suprema, en una tercera cámara legislativa, en una superlegislatura, desequilibrando fuertemente la división de poderes y haciendo inviable en buena medida el gobierno de un Estado.

⁴⁵ Miller, Gelli y Cayuso hacen una acotación muy interesante en relación con la diferente utilización y el alcance del derecho al debido proceso sustantivo en la jurisprudencia de las cortes supremas norteamericana y argentina: “El concepto del debido proceso sustantivo ha sido invocado en formas muy distintas en la Argentina y en los Estados Unidos. Aunque quizá conceptualmente en ambos países la garantía del debido proceso podría ser considerada la que hace posible la protección de la generalidad de los derechos de la Constitución, en la práctica de los tribunales norteamericanos pocos jueces la invocaron para interpretar la razonabilidad de derechos constitucionales específicos, sin que la usen como alternativa a su enmienda IX –similar al art. 33, Cont. Nacional– para fundar derechos no enumerados que surgen del concepto de la libertad. Recuerde que el juez Harlam en el caso ‘Griswold v. Connecticut’ utilizó el concepto de debido proceso sustantivo para fundar el derecho a la privacidad. En los Estados Unidos es una garantía general contra la acción arbitraria que es invocada cuando no hay otra norma constitucional más específica aplicable. Cuando el derecho afectado es un derecho enumerado en la Constitución, la Corte estadounidense siempre evalúa la limitación de este derecho a luz de reglas de interpretación específicas que su jurisprudencia ha desarrollado sobre este mismo derecho” (Jonathan Miller, María Angélica Gelli y Susana Cayuso, *Constitución y derechos humanos*, t. I, Buenos Aires, Astrea, 1987, p. 225). Esto responde a los distintos modos en que se elaboran y operan el derecho y la jurisprudencia en la tradición jurídica norteamericana y argentina. En el ámbito estadounidense hay una cierta y connatural resistencia a elaborar y actuar de acuerdo con conceptos y categorías jurídicas generales y abstractas, aplicables a todos los asuntos y derechos. Prefieren elaborar y aplicar criterios y estándares jurisprudenciales derecho por derecho. Hay jurisprudencia específica sobre libertad de expresión, igualdad, libertad religiosa, etc. En cambio, la tradición jurídica y jurisprudencial argentina, más afín a la tradición continental europea, tiende a elaborar criterios y categorías generales aplicables, en principio, a los distintos derechos y garantías constitucionales. Esto es lo que ha ocurrido en nuestro medio respecto del concepto de razonabilidad y del derecho al debido proceso sustantivo aplicable a las distintas cuestiones y materias. Esa diversidad de tradiciones y enfoques también incide en los distintos modos en que el principio de proporcionalidad, de origen europeo, ha sido recibido en nuestro medio y en Estados Unidos. Mientras que este último país lo ha resistido por su carácter general y abstracto, no elaborado con base en los contenidos y características propias de cada derecho, en nuestro medio se está acogiendo de modo abierto y positivo, empleándolo en el análisis de validez de toda clase de normas y actos en los que están involucrados derechos de muy diversas clases.

Los tribunales no están para desplazar, reemplazar ni suplir las funciones propias de los poderes políticos con base electoral. No son actores ni jugadores del juego político, sino árbitros finales, limitados y autolimitados del juego democrático.

Recientemente, el *Chief Justice* Roberts de la Corte Suprema norteamericana, en su decisivo voto en el caso en el que se decidió la constitucionalidad de la ley que obligaba la contratación de un seguro de salud a todos los norteamericanos, afirmó: “No consideramos si la ley representa una buena política. Ese juicio es confiado a los líderes elegidos de este país. Solo cuestionamos si el Congreso tiene el poder, bajo la Constitución, de promulgar las disposiciones”. Sin embargo, ello no es óbice para examinar en una situación concreta, si la política establecida en esta ley viola un determinado derecho constitucional, p. ej., la libertad religiosa de quienes consideran inmorales y contrarias a sus convicciones religiosas algunas de las prácticas médicas que obligatoriamente deben ser atendidas de acuerdo con las disposiciones normativas, como lo ha hecho en los casos citados en el apartado inicial de este trabajo.

3. Argumentos a favor de un control amplio de razonabilidad de las políticas públicas en el momento de ejercer el control de constitucionalidad, que comprende el juicio de estricta necesidad

Expondremos aquí los principales argumentos que fundan la postura acerca de que los jueces deben realizar un control amplio e intenso de la razonabilidad de las leyes y políticas públicas decididas por los poderes políticos, incluido el juicio de necesidad. Es decir, han de determinar si la limitación legislativa de los derechos constitucionales era imprescindible para alcanzar el objetivo establecido y si no existía otro medio alternativo menos limitativo del derecho para alcanzarlo. En caso de no ser imprescindible, o de existir otro medio idóneo que limite menos el derecho, corresponderá la declaración de inconstitucionalidad de la norma examinada.

1. Los derechos humanos son, según la concepción de Alexy, mandato de optimización que exigen la protección más amplia posible de cada uno de los derechos y ello solo es posible mediante un examen intenso de razonabilidad en todos los casos.

Debe darse a los derechos constitucionales la tutela más amplia posible. Por eso, si la restricción no era necesaria o existen otros medios alternativos que son menos restrictivos del derecho, corresponde la invalidación de la ley reglamentaria.⁴⁶ El principio *pro homine*, cenit y guía de toda la problemática iushumana, refuerza esta interpretación.

⁴⁶ Juan Cianciardo critica la postura tradicional que exige a los tribunales de hacer el control de oportunidad, mérito y conveniencia de las leyes y da para ello seis argumentos: en primer lugar, los derechos se consideran operativos y corresponde a los jueces otorgarles la máxima operatividad;

2. El derecho al debido proceso sustantivo, si es tomado en serio y protegido con la intensidad que es debida, exige el examen a fondo del medio elegido por el legislador para instrumentar la política pública y verificar si era el menos restrictivo del derecho constitucional afectado.

No es plenamente razonable y proporcional la limitación de un derecho si existen otros medios menos restrictivos igualmente idóneos para alcanzar las finalidades de una determinada política pública.

3. La ciencia jurídica y la jurisprudencia constitucional han ido desarrollando metodologías que permiten examinar con más profundidad la razonabilidad de las políticas públicas y, de ese modo, lograr una mayor protección de los derechos humanos. Así, la Corte Suprema norteamericana ha elaborado su doctrina de los diversos grados de escrutinio judicial.⁴⁷ Por su parte, la jurisprudencia del

en segundo lugar, los derechos tienen una “vertiente positiva” de acuerdo con la cual los órganos públicos cumplen una función activa de promoción, por lo que los jueces también están llamados a promoverla y asegurarla; en tercer lugar, el autor considera que si no se analiza la conveniencia de las regulaciones se puede terminar justificando fuertes injerencias en los derechos fundamentales, o, al menos, admitiéndolas sin mayor fundamentación; en cuarto lugar, la misma idea de principio, propia de todo derecho, significa que deben ser optimizados, y entonces no cabe limitar su aplicación cuando están llamados a su maximización; en quinto lugar, considera que la teoría jurídica contemporánea reconoce que es imposible una aplicación mecánica de la ley y que los jueces no pueden escapar de la valoración; por último, el juicio de necesidad debe armonizarse con el de autocontención o la declaración de inconstitucionalidad como la *ultima ratio* del ordenamiento jurídico (cf. Juan Cianciardo, *El principio de razonabilidad. Del debido proceso sustantivo al moderno juicio de proporcionalidad*, Buenos Aires, Ábaco de Rodolfo Depalma, 2004, pp. 80 y ss.).

⁴⁷ Sintetizando la doctrina de los escrutinios elaborada por la Corte Suprema norteamericana, Mariano Sapag señala: “Con el objetivo de mantener el orden económico, la seguridad jurídica, y evitar el subjetivismo judicial, la Corte norteamericana diseñó tres tipos de tests o estándares de revisión legal, denominados ‘escrutinios’ (*scrutiny*), que se utilizan a la hora de aplicar las dos cláusulas de la enmienda XIV: el debido proceso sustantivo y la protección de la igualdad, pero fundamentalmente para esta última. Estos escrutinios se tratan, en definitiva, de distintos niveles de intensidad en el control de razonabilidad de las leyes. El primer escrutinio, y el más exigente, es el ‘escrutinio estricto’ (*strict scrutiny*) según el cual una norma o clasificación que regula un derecho fundamental, o aquellas ‘libertades preferidas’, se presume inconstitucional. Para superar el test, el Estado debe probar que el acto se dictó con la finalidad de promover un interés estatal ‘imperioso’ (*compelling state interest*) y, además, que es necesario y se encuentra ‘confeccionado a la medida’ (*narrowly tailored*). El segundo test se conoce como el ‘escrutinio intermedio’ (*intermediate scrutiny*), mediante el cual se controlan las regulaciones estatales al ejercicio de derechos en aras de intereses estatales legítimos, no ya imperiosos, sino ‘importantes’. La norma se presume inconstitucional: el Estado debe probar que existe una relación sustancial frente a una finalidad gubernamental, no ya imperiosa, sino importante. En el examen de los medios, la Corte exige que sean sustancialmente efectivos para alcanzar la finalidad, es decir, demanda una precisa adecuación de los medios a sus fines. No se requiere que la norma se encuentre confeccionada a la medida, pero no significa esto que el tribunal no pueda realizar un juicio de necesidad, o eficiencia, sobre los medios adoptados tomando en consideración, hipotéticamente, otras medidas ‘menos discriminatorias’. Lo cierto es que la distinción entre este estándar y el anterior es una cuestión de grados: se aplicará uno u otro de acuerdo con el carácter de la medida y el derecho regulado. Siempre se debe tratar de derechos constitucionales aunque, a diferencia de este test, el escrutinio estricto se aplica generalmente a

tribunal constitucional alemán y la doctrina constitucional europea han ido desarrollando una metodología para la aplicación del principio de proporcionalidad, que está integrado por los principios de adecuación, necesidad y proporcionalidad *stricto sensu*, que permite realizar un análisis profundo acerca de la razonabilidad de una política pública.⁴⁸ Estando disponible esa metodología de análisis, corresponde su recepción jurisprudencial en nuestro país.

4. La Corte Suprema argentina ha comenzado a utilizar este instrumento. Dado que esta metodología de análisis jurídico se encuentra disponible, corresponde que ella sea empleada en el examen de la razonabilidad de toda política pública que limita derechos constitucionales.

La Corte IDH ha señalado expresamente en su OC 5/85 que en materia de libertad de expresión corresponde la aplicación del principio de necesidad y solo sería “convencional” una limitación a este derecho si no existiese otro medio menos limitativo a ese derecho humano.⁴⁹ Cabría considerar el carácter vinculante de dicha jurisprudencia y

aquellas ‘libertades preferidas’. El tercer escrutinio es el *rational basis review*, o control de relación razonable. Se trata de un examen residual sobre normas que no caen dentro de los supuestos de aplicación de los dos escrutinios anteriores. Este *test* exige que la medida, que en este caso se presume constitucional, mantenga una relación razonable o racional con la finalidad perseguida, que debe ser legítima, y que los medios resulten adecuados a la misma. El *rational basis review* es el examen por excelencia de leyes que regulan la propiedad. La realidad es que la mayor parte de ellas lo logran atravesar. Estos tres niveles de control de razonabilidad son aplicados con frecuencia por la Corte Suprema estadounidense, particularmente en el análisis de la razonabilidad de las leyes que establecen clasificaciones y pueden resultar violatorias del derecho a la igualdad” (Sapag, *op. cit.*, pp. 168 y ss.).

⁴⁸ Javier Barnes ha definido el principio de proporcionalidad en los siguientes términos: “[E]l principio constitucional en virtud del cual la intervención pública ha de ser ‘susceptible’ de alcanzar la finalidad perseguida, ‘necesaria’ o imprescindible al no haber otra medida menos restrictiva de la esfera de libertad de los ciudadanos (es decir, por ser el medio más suave y moderado de entre todos los posibles –ley del mínimo intervencionismo–) y ‘proporcional’ en sentido estricto, es decir, ‘ponderada o equilibrada por derivarse de aquélla más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes, valores o bienes en conflicto, en particular sobre los derechos y libertades” (cf. Javier Barnes, “Introducción al principio de proporcionalidad en el derecho comparado y comunitario”, *Revista de Administración Pública*, núm. 135, septiembre-diciembre 1994, p. 500). Para un panorama general del contenido del concepto de proporcionalidad y su recepción en los distintos ordenamientos jurídicos, puede consultarse Aharon Barak, *Proportionality. Constitutional rights and their limitations*, Cambridge University Press, 2013.

⁴⁹ En relación con el derecho de libertad de expresión, ha dicho la Corte IDH que “la ‘necesidad’ y, por ende, la legalidad de las restricciones a la libertad de expresión fundadas sobre el artículo 13.2, dependerá de que estén orientadas a satisfacer un interés público imperativo. Entre varias opciones para alcanzar ese objetivo debe escogerse aquella que restrinja en menor escala el derecho protegido. Dado este estándar, no es suficiente que se demuestre, por ejemplo, que la ley cumple un propósito útil u oportuno; para que sean compatibles con la convención las restricciones deben justificarse según objetivos colectivos que, por su importancia, preponderen claramente sobre la necesidad social del pleno goce del derecho que el artículo 13 garantiza y no limiten más de lo estrictamente necesario el derecho proclamado en el artículo 13. Es decir, la restricción debe ser proporcionada al interés que la justifica y ajustarse estrechamente al logro de ese legítimo objetivo” (cf. Opinión Consultiva 5/85, de 13 de noviembre de 1985, “La colegiación obligatoria de periodistas [arts. 13 y

extenderla a los demás derechos constitucionales, especialmente a aquellos que tengan un valor particular.

Es sabido que nuestra Corte Suprema ha establecido que la jurisprudencia de la Corte IDH es pauta insoslayable e imperativa para los jueces argentinos que deben seguir los estándares que ella fija. Entre esos estándares está el principio de proporcionalidad con su regla de la necesidad.

5. De acuerdo con lo que venimos sosteniendo, este análisis intensivo de razonabilidad debe extenderse a toda clase de derechos constitucionales pero, sin dudas, cabe reconocer que la Corte Suprema argentina ya lo está empleando en la práctica en relación con algunos derechos o libertades preferidas, entre las que cabe mencionar el derecho a la igualdad y a la no discriminación, donde ya ha utilizado las metodologías y los estándares del escrutinio estricto provenientes de la jurisprudencia norteamericana,⁵⁰ el derecho de libertad de expresión

29 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos]”; solicitada por el Gobierno de Costa Rica).

⁵⁰ Cf. caso Repetto, Inés María vs. Prov. de Buenos Aires, Fallos 311:2272 (1988), consid. 7 del voto de los jueces Petracchi y Bacqué, en el que se establece que las distinciones entre nacionales y extranjeros, en cuanto contradigan el artículo 20, CN, se hallan afectadas por una “presunción de inconstitucionalidad” que solamente puede ser revertida mediante la acreditación de un interés estatal insoslayable que justifique la medida; caso Hooft, Pedro Cornelio Federico vs. Prov. de Buenos Aires, Fallos 327:5118 (2004), en el que se sostiene que una norma que contradice las prohibiciones explícitas de distinción establecidas en los artículos 1 y 23, Convención Americana de Derechos Humanos, se encuentra afectada por una presunción de inconstitucionalidad y es sometida a un escrutinio más intenso; caso Gottschau, Evelyn Patrizia vs. Consejo de la Magistratura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Fallos 329:2986 (1006), en igual sentido a Hooft; caso Mantecón Valdés, Julio vs. Estado Nacional - Corte Suprema de Justicia de la Nación, Fallos 331:1715 (2008), en igual sentido a Hooft y Gottschau. También puede mencionarse el caso González de Delgado, Cristina y otros vs. UNC, Fallos 323:2659, considerandos 8 y 9 del voto concurrente del juez Petracchi, que analizando la validez de distinciones basadas en el género se afirmó que aun cuando alguna distinción o discriminación sea en teoría aceptable y consiga indulgencia, los estándares que se aplican a los fines de la eventual justificación son muy exigentes; y se citó tanto el derecho europeo (donde tales distinciones se ven afectadas por una presunción de ilegitimidad que implica el desplazamiento de la carga probatoria) como el derecho estadounidense (donde se aplica un escrutinio intermedio de acuerdo con el cual quien defienda una clasificación o exclusión basada en el género deberá probar que aquella sirve a un importante objetivo gubernamental y que los medios discriminatorios empleados están relacionados sustancialmente con el logro de aquellos objetivos.) Estas referencias están tomadas del trabajo de Rodrigo Sánchez Brígido y José S. Elías, “Tipos de control diferenciado de constitucionalidad. A propósito de los decretos de necesidad y urgencia”, *Jurisprudencia Argentina*, núm. 13, 2012, IV.

en lo que hace a sus contenidos,⁵¹ la inviolabilidad de la correspondencia⁵² y el domicilio,⁵³ etc.

Correspondería extender a las distintas clases de derechos constitucionales los criterios estrictos de control de razonabilidad ya adoptados por la Corte Suprema para algunos derechos constitucionales.

6. A través de algunos mecanismos como las acciones de clase, las audiencias públicas y la posibilidad de los *amicus curiae*, se puede permitir la participación y representación de todos los que se sientan afectados por una determinada política pública que está siendo sometida a revisión judicial de razonabilidad, permitiéndose de ese modo escuchar las distintas voces interesadas en su concreción.
7. Es necesario advertir y tomar debida cuenta del cambio significativo del rol que les corresponde a los jueces, en particular a los tribunales constitucionales, que han asumido funciones suprajurisdiccionales y han comenzado a tener un creciente peso en el gobierno del Estado moderno. Esto les permite intervenir

⁵¹ En el ámbito de la libertad de expresión, los jueces Belluscio, Petracchi y Zaffaroni sostuvieron que “las restricciones a la libertad de expresión que están basadas en el contenido del mensaje deben ser juzgadas con escrutinios más severos que aquellas que no presentan ese rasgo [...] cuando el gobierno intenta restringir el discurso [...] basado en su contenido, se invierte la usual presunción de constitucionalidad [...]. El escrutinio estricto que se aplica en estos casos exige que quien dictó la restricción pruebe mucho más que la mera razonabilidad de la norma: debe acreditar que ésta es necesaria para el logro de un apremiante interés público y que está ajustadamente diseñada para servir a ese interés” (CS, 7 de junio de 2005, Asociación de Telerradiodifusoras Argentina y otro vs. Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/amparo, Fallos 328:1825, considerando 9 del voto en disidencia parcial de los jueces Belluscio, Petracchi y Zaffaroni).

⁵² Sintetizando el voto concurrente de los jueces Fayt, Petracchi y Boggiano, en el caso Dessy (Fallos 318:1894, [1995]), donde estaba en juego el derecho a la inviolabilidad de la correspondencia de un recluso, señalan Sánchez Brígido y Elías que “atento el señalado carácter eminente del derecho constitucional en juego [...] para restringir válidamente la inviolabilidad de la mencionada correspondencia, se requiere [...] que la ley esté fundada en la existencia de un sustancial o importante objetivo del Estado, desvinculado de la supresión de la inviolabilidad de la correspondencia epistolar y de la libertad de expresión; que la aludida restricción resulte un medio compatible con el fin legítimo propuesto y que dicho medio no sea más extenso que lo indispensable para el aludido logro. A su vez, fines y medios deberán sopesarse con arreglo a la interferencia que pudiesen producir en otros intereses concurrentes y que cortapisas tan profundas a garantías individuales reconocidas por la Ley Fundamental [...] no pueden generar otra consecuencia que la de una grave presunción de inconstitucionalidad. De acuerdo con estos jueces existen distintas apreciaciones, cotejos y escrutinios, cuyas modalidades de aplicación traducen [...] respuestas arregladas a la especificidad de los conflictos y al diferente emplazamiento de los diversos derechos y garantías que viene dado, principalmente, del sistema de valores consagrado por la Ley Fundamental” (Sánchez Brígido y Elías, *op. cit.*).

⁵³ Así, en el voto del doctor Petracchi en el caso Fiorentino (Fallos 306:1752 [1984]), sobre la garantía de inviolabilidad del domicilio, se puede leer que “la íntima conexión existente [...] con la dignidad de la persona y el respeto a su libertad imponen a la reglamentación condiciones más estrictas que las reconocidas respecto de otras garantías y que, por ello, deben ser consideradas con particular detenimiento y según pautas especialmente rigurosas”.

de manera más activa que en el pasado en el control, diseño y efectividad de las políticas públicas del Estado.

4. Postura-propuesta

Habiendo revisado los argumentos que sostienen una y otra postura, nos inclinamos por la siguiente tesis:

Cuando un tribunal examina la constitucionalidad de una política pública, su función ha de estar guiada por las siguientes pautas:

- a) Principal y fundamentalmente tiene que verificar si las determinaciones de la ley en el caso concreto sometido a su juzgamiento lesionan significativamente el contenido esencial de algún derecho constitucional de las partes del pleito, y en tal caso invalidarlas.⁵⁴ Este juicio es distinto y más decisivo que el de la razonabilidad de la política pública establecida en la ley.⁵⁵ A la hora de la definición de ese contenido esencial de los distintos derechos, es importante atender al bien humano que está protegido y a su mayor o menor disponibilidad, a la finalidad que se pretende alcanzar con su reconocimiento,⁵⁶ a su armonización

⁵⁴ En este sentido, la Corte Suprema argentina ha afirmado que “la compatibilidad constitucional de un sistema, como el establecido en las leyes de consolidación, depende de la adecuación del medio al fin perseguido, es decir que en el supuesto concreto no se destruya la sustancia del derecho reconocido en la sentencia” (Fallos 331:391 [2008]). También el juez Maqueda, en su disidencia parcial en el caso Clarín (CS, 29 de octubre de 2013), ha sostenido que “[d]entro de los límites del Tribunal para examinar la validez constitucional de este tipo de facultades, no se advierte que por sí solo y en la forma en que ha sido cuestionado por el grupo actor, el régimen de multiplicidad afecte irrazonablemente su derecho a la libertad de expresión [...]” (disidencia parcial del juez Maqueda, considerando 34°).

⁵⁵ Afirma Juan Cianciardo que “[l]a postura de la Corte argentina no reduce los juicios de proporcionalidad y de respeto del contenido esencial a un solo juicio. Se admite la existencia de dos pasos: una cosa es la razonabilidad de la medida entendida como contrapeso de costos y beneficios, y otra la razonabilidad entendida como no-alteración de los derechos en juego” (Cianciardo, *op. cit.*, p. 98). El mismo autor sostiene que “desde el punto de vista de la protección y promoción integral de los derechos, proporcionalidad y contenido esencial se coimplican: 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” (p. 99).

⁵⁶ “Los derechos tienen [...] un fin al que tienden, que les da su valor y dignidad en el ordenamiento, ya que han sido reconocidos con un sentido determinado: ser el medio técnico-jurídico para que la persona y la comunidad logren determinado bien fundamental. En consecuencia, los derechos son en realidad *delimitables* o *determinables*: a través de la interpretación y decisión constitucionales es posible trazarles contornos precisos, un ámbito donde es justo ejercerlos –el cual debe ser razonablemente establecido por la ley, la jurisprudencia y la doctrina–, de manera que trasponer esa esfera de actuación regular devendrá un ejercicio abusivo” (Fernando M. Toller, “La resolución de los conflictos entre derechos fundamentales. Una metodología de interpretación constitucional alternativa a la jerarquización y el *balancing test*”, en Eduardo Ferrer Mac-Gregor (coord.), *Interpretación constitucional*, México, Porrúa, 2005, II, pp. 1258-1259).

con otros derechos⁵⁷ y con las justas exigencias del bien común en una sociedad democrática,⁵⁸ para lo cual puede ser muy útil la jurisprudencia ya establecida por el propio tribunal.

- b) Debe también examinar la razonabilidad básica de la ley que contiene la política pública:⁵⁹ que ella persiga fines constitucionalmente válidos y que haya elegido medios legítimos y proporcionales para alcanzarlos.⁶⁰ El juzgador debe, por tanto, realizar los juicios de adecuación y de proporcionalidad, según lo que propone la doctrina alemana en la materia para asegurar esos parámetros básicos de razonabilidad y verificar así el respeto de los contenidos esenciales del derecho constitucional al debido proceso sustantivo.
- c) De modo general, no corresponde a la función judicial evaluar la conveniencia de una política pública⁶¹ ni controlarla o invalidarla por irrazonable por entender que existe otra mejor o menos restrictiva de los derechos en juego,⁶² salvo

⁵⁷ Por eso consideramos que en el reconocimiento de cada derecho hay junto a un mandato de “optimización”, otro más relevante que es de “armonización” con otros derechos y con las exigencias del bien común.

⁵⁸ Cf. CADH, art. 32.

⁵⁹ “El gran desafío legal para el abogado que pugna por los derechos humanos en nuestro tiempo es darle contenido a esta concepto de ‘razonabilidad’ y abogar a favor de métodos de análisis de control de constitucionalidad de mayor intensidad” (Miller, Gelli y Cayuso, *op. cit.*, p. 225).

⁶⁰ Así, en el voto de los doctores Lorenzetti y Highton en el caso Clarín (CS, 29 de octubre de 2013) se puede leer: “Corresponde examinar si el medio escogido por el legislador resulta idóneo para alcanzar los fines que se propone y si la restricción que conlleva guarda proporción con los beneficios que se derivan de aquellos fines. Tal análisis presupone identificar claramente los medios elegidos, las restricciones que ellos generan a la actora y los fines que persigue la norma” (voto de los doctores Highton y Lorenzetti, considerando 38°, en la causa “Grupo Clarín SA y otros c/Poder Ejecutivo Nacional y otros/ acción meramente declarativa”, decidida el 29 de octubre de 2013).

⁶¹ Al respecto, la Corte Suprema ha señalado en el caso Verbitsky: “A diferencia de la evaluación de políticas, cuestión claramente no judicial, corresponde sin duda alguna al Poder Judicial de la Nación garantizar la eficacia de los derechos, y evitar que éstos sean vulnerados, como objetivo fundamental y rector a la hora de administrar justicia y decidir las controversias. Ambas materias se superponen parcialmente cuando una política es lesiva de derechos, por lo cual siempre se argumenta en contra de la jurisdicción, alegando que en tales supuestos media una injerencia indebida del Poder Judicial en la política, cuando en realidad, lo único que hace el Poder Judicial, en su respectivo ámbito de competencia y con la prudencia debida en cada caso, es tutelar los derechos e invalidar esa política sólo en la medida en que los lesiona. 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; es verdad que los jueces limitan y valoran la política, pero sólo en la medida en que excede ese marco y como parte del deber específico del Poder Judicial. Desconocer esta premisa sería equivalente a neutralizar cualquier eficacia del control de constitucionalidad. 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, y, en el presente caso, se trata nada menos que del derecho a la vida y a la integridad física de las personas” (Fallos 328:1146 [2005], consid. 27° del voto de la mayoría).

⁶² Así, en el voto mayoritario del caso Clarín se puede leer que “los jueces no deben decidir sobre la conveniencia o acierto del criterio adoptado por el legislador en el ámbito propio de sus funciones,

supuestos donde sean claras, manifiestas e innegables las ventajas de una sobre otra, ya que en ese caso estaríamos frente a un supuesto de irrazonabilidad notoria que encuadraría en el supuesto mencionado en el punto anterior.⁶³ Por tanto, en principio, no corresponde aplicar con toda su fuerza y alcance el juicio de necesidad estricto tal como ha sido formulado por la doctrina europea.

- d) Existen materias muy determinadas donde cabe admitir un control de razonabilidad diferenciado y más intenso, como ocurre en el caso de las leyes que establecen distinciones en razón de la raza, el sexo, la nacionalidad, etc., regulan

ni pronunciarse sobre la oportunidad o discreción en el ejercicio de aquéllas, ni imponer su criterio de eficacia económica o social al Congreso de la Nación; y que el control de constitucionalidad no autoriza a la Corte Suprema a sustituir en su función a los otros poderes del Gobierno (Fallos: 328:690 y sus citas, voto de los jueces Highton de Nolasco y Maqueda). La elección de la forma que se estime adecuada para promover los objetivos propuestos constituye una materia librada al legislador y ajena al control de los jueces (Fallos 322:842), en tanto éstos tienen el deber de formular juicios de validez constitucional pero les está prohibido basarse en juicios de conveniencia (Fallos: 313: 1333). Así, en el caso, la tarea del Tribunal no es la de decidir si la ley 26.522 es la mejor solución posible, sino la de establecer si los medios elegidos por el legislador son idóneos y proporcionales a sus fines. Si se trata de una ley moderna o inadecuada a las circunstancias actuales, si debió o no tener en cuenta el principio de convergencia tecnológica, si implica un avance o un retroceso en el campo de los servicios audiovisuales, si tendrá un impacto positivo o negativo en la calidad del servicio, son todas cuestiones que quedan libradas al exclusivo ámbito de decisión de los otros poderes y que de ningún modo pueden justificar la declaración de inconstitucionalidad de la ley” (considerando 50°). En el mismo sentido, en lo concerniente a otro tramo de la regulación presente en la Ley 26.522, se reforzó la idea al señalarse que “si para lograr los objetivos de fomentar la diversidad y pluralidad de voces en el mercado de televisión por cable era *necesario* fijar un límite de licencias y de abonados, o si existían otras alternativas menos restrictivas –inclusive hasta la posibilidad de no regular el mercado– es una decisión que corresponde al legislador y que los jueces no pueden revisar. En definitiva, es atribución del Congreso determinar si se va a adoptar una política represiva o preventiva respecto del abuso de posición dominante” (considerando 51°). En el mismo sentido, el doctor Petracchi sostiene en su voto que “la función de esta Corte al ejercer el control de constitucionalidad no consiste en examinar los méritos de los medios elegidos por el Congreso para alcanzar los fines propuestos, sino que exclusivamente le corresponde expedirse sobre la constitucionalidad de aquéllos. Así, en el caso, su tarea no es la de establecer si la ley 26.522 se adecua a los avances tecnológicos, si es una ley obsoleta, si se trata o no de una ley incompleta o inconveniente, o en otras palabras, si se trata de la mejor ley posible. Todos estos aspectos están vedados al conocimiento de los jueces” (considerando 39°). Por su parte, ha sostenido el juez Maqueda en su voto en el caso Clarín que “la decisión acerca de cuál es la mejor forma de regular una materia como la que aquí se examina pertenece privativamente al Congreso. Si se intentara fundar un pronunciamiento en la mera discrepancia con el criterio seguido por el legislador, se estaría penetrando en el terreno del que los magistrados han sido excluidos por obvias razones vinculadas con la forma de gobierno que la Constitución adopta” (considerando 19°).

⁶³ Como bien señala el tribunal constitucional español, la “Constitución garantiza [...] la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos” y el principio de razonabilidad viene a hacer efectivo el cumplimiento de dicha prohibición.

algunos aspectos de la libertad de expresión⁶⁴ o afectan la libertad religiosa.⁶⁵ Allí, el control de razonabilidad puede ser más intenso, como lo viene haciendo ya nuestro máximo tribunal.

- e) Debido a lo anterior, más allá de que en más de un pronunciamiento nuestra Corte Suprema haya dicho que ella realiza un control de razonabilidad con base en los juicios de adecuación, necesidad y proporcionalidad, nos parece que solo efectúa dos de ellos: el de adecuación y el de proporcionalidad. Expresamente ha señalado que no le corresponde y le está vedado juzgar sobre la oportunidad, mérito o conveniencia de las decisiones de otros poderes. Tampoco existen casos en los que haya dicho que ella debe únicamente considerar como constitucional la decisión legislativa que menos restrinja un determinado derecho, ni ha invalidado una decisión legislativa por considerar que existía otra menos limitativa del derecho en cuestión. Más allá de invocar y hacer referencia al juicio de necesidad, no lo ha aplicado en la práctica.⁶⁶ Por suerte, ello ha sido así, porque de haberlo empleado de modo serio y consistente habría invadido la competencia de otros poderes y producido un desequilibrio institucional.

Tutela del contenido esencial de todos los derechos humanos, aseguramiento de la razonabilidad básica de las políticas públicas y control diferenciado e intensivo para algunos derechos relacionados con bienes humanos fundamentales son los tres aspectos centrales de nuestra postura.

Nos parece que la solución propuesta:

- a) se funda en los principios de legitimidad democrática y equilibrio de poderes;

⁶⁴ Remitimos a lo señalado en la nota 49. Por su parte, la doctora Argibay, en su voto en disidencia del caso Clarín, sostuvo que “si bien el Estado no puede ser cuestionado por las mayores o menores bondades de las herramientas que ha elegido para alcanzar sus propósitos de desconcentrar el mercado, sí corresponde exigir la demostración de que no ha recortado la expresión de ideas, tanto desde el punto de vista de quien se expresa como del público que recibe esa información, más allá de lo necesario para alcanzar sus objetivos” (considerando 22°).

⁶⁵ La ley norteamericana que reglamenta la libertad religiosa prohíbe al gobierno federal tomar cualquier medida que signifique una restricción sustantiva para el ejercicio de la religión, salvo que esa medida sea el medio menos restrictivo de cumplir con el interés sustancial estatal en juego. Así, según el fallo de la Corte norteamericana en el caso Hobby Lobby, el mandato contraceptivo del Departamento de Salud “oprima gravemente el ejercicio de la religión” de quienes se oponen por convicciones morales a dichas prácticas. “Si los propietarios se adhieren al mandato de HHS, facilitarán el aborto, y si no se adhieren, pagarán una multa muy alta, hasta 1,3 millones de dólares por día, cerca de 475 millones de dólares al año, en el caso de una de estas empresas”. “Es obvio que estas consecuencias son equivalentes a una fuerte opresión”.

⁶⁶ En relación con la utilización en la práctica de la doctrina de los escrutinios por la Corte Suprema norteamericana, señala Mariano Sapag que “salvo en materia de derecho de igualdad, en cuanto al debido proceso legal, en general, la Corte ha venido aplicando el escrutinio menos riguroso: el *rational basis review*, lo que implica que resulta muy dificultoso franquear la fuerte presunción de constitucionalidad de la que gozan las normas” (*op. cit.*, p. 169).

- b) preserva el diseño constitucional del proceso judicial a su finalidad específica, sin confundirlo con el procedimiento legislativo;
- c) reserva a los jueces la delicada y trascendente misión de definir y proteger el contenido esencial de los derechos constitucionales;
- d) evita que los tribunales se pronuncien sobre temas complejos y debatidos cuya definición requiere estudios técnicos y decisiones políticas que trascienden al Poder Judicial;
- e) se basa en la concepción de los derechos constitucionales no solo como mandatos de optimización sino, fundamentalmente, de armonización;
- f) impide que los jueces definan políticas públicas que luego serían de difícil instrumentación y cumplimiento efectivo –afectando así la credibilidad del Poder Judicial–, no serían susceptibles de revisión por otros órganos de gobierno y requerirían un manejo presupuestario ajeno al quehacer judicial;
- g) mantiene abierto el cauce constitucional y el debate político, sin pensar que para los diversos y complejos problemas humanos y sociales, la Constitución consagra una sola solución que debe ser hallada y definida por los jueces.

Bibliografía

- ALBERDI, Juan B., *Proyecto de Constitución*, Santiago de Chile, julio de 1852.
- AMAR, Vikram y Mark TUSHNET (eds.), *Global Perspectives on Constitutional Law*, New York, Oxford University Press, 2008.
- BALKIN, Jack M., “What Brown Teaches Us about Constitutional Theory”, *Virginia Law Review*, vol. 90, 2004.
- BARAK, Aharon, *Proportionality. Constitutional rights and their limitations*, Cambridge University Press, 2013.
- BARNES, Javier, “Introducción al principio de proporcionalidad en el derecho comparado y comunitario”, *Revista de Administración Pública*, núm. 135, septiembre-diciembre 1994.
- BERIZONCE, Roberto y Francisco VERBIC, “Control judicial de políticas públicas. A propósito de un proyecto de ley brasileño”, *LL*, diario del 13 de julio de 2013.
- BREWER, Allan (coord.), *Constitutional Courts as positive legislators*, Cambridge, Cambridge University Press, 2013.
- CAMPOS, Bidart, *Tratado elemental de derecho constitucional argentino*, Buenos Aires, Ediar, 2000, II-A.
- CIANCIARDO, Juan y Maximiliano J. ROMERO, “Limitaciones a los derechos constitucionales y control de razonabilidad”, en AA.VV., *Tratado de los derechos constitucionales*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2014.
- CIANCIARDO, Juan, *El principio de razonabilidad. Del debido proceso sustantivo al moderno juicio de proporcionalidad*, Buenos Aires, Ábaco de Rodolfo Depalma, 2004.
- DWORKIN, Ronald, *Los derechos en serio*, trad. Dòmenec, Barcelona, Ariel, 1997.

- FISS, Owen, "The Supreme Court 1978 Term-Forward: The Forms of Justice", *Harvard Law Review*, vol. 93, núm. 1, 1979.
- FLETCHER, William, "The Discretionary Constitution: Institutional Remedies and Judicial Legitimacy", *The Yale Law Journal*, vol. 91, núm. 4, 1982.
- FRUG, Gerald, "The Judicial Power of the Purse", *University of Pennsylvania Law Review*, vol. 126, núm. 4, 1978.
- GEWIRTZ, Paul, "Remedies and Resistance", *The Yale Law Journal*, vol. 92, 1983.
- GINSBURG, Tom y Rosalind DIXON, *Comparative Constitutional Law*, Oxford University Press, 2011.
- HIRSCHL, Ran, *Towards Juristocracy: The Origins and Consequences of New Constitutionalism*, Cambridge and London, Harvard University Press, 2004.
- JACOB, Herbert *et ál.*, *Courts, Law & Politics in Comparative Perspective*, New Haven, Yale University Press, 1996.
- KANT, Immanuel, *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*, Madrid, Santillana, 1996.
- LONDOÑO LÁZARO, María Carmelina, *La prevención de violaciones a los derechos humanos: estudio sobre la garantía de no repetición en el sistema interamericano*, Universidad Austral, Buenos Aires, septiembre de 2013.
- MILLER, Jonathan, María Angélica GELI y Susana CAYUSO, *Constitución y derechos humanos*, t. I, Buenos Aires, Astrea, 1987.
- NAGEL, Robert, "Separation of Powers and the Scope of Federal Equitable Remedies", *Stanford Law Review*, vol. 30, 1978.
- NEAL TATE, Chester y Torbjörn VALLINDER, *The Global Expansion of Judicial Power*, New York, New York University Press, 1995.
- SÁNCHEZ BRÍGIDO, Rodrigo y José S. ELÍAS, "Tipos de control diferenciado de constitucionalidad. A propósito de los decretos de necesidad y urgencia", *Jurisprudencia Argentina*, núm. 13, 2012, IV.
- SAPAG, Mariano, "El principio de proporcionalidad y de razonabilidad como límite constitucional al poder del Estado: un estudio comparado", *Dikaion*, año 22, núm. 17, 2008.
- SPAEMANN, Robert, *Personas. Acerca de la distinción entre alguien y algo*, Pamplona, Eunsa, 2000.
- STONE SWEET, Alec, *Governing with Judges*, Oxford University Press, 2000.

IV. Derechos económicos, sociales y culturales

- Ricardo L. Lorenzetti, Argentina
La evolución del derecho constitucional ambiental en América Latina
- Oscar G. Barrientos Jiménez, Bolivia
Rober D. Espinal Jiménez, Bolivia
Piso de protección social: doctrina contemporánea desarrollada por la Organización Internacional de Trabajo, herramienta clave para promover condiciones favorables en el ejercicio de los derechos económicos, sociales y culturales
- Domingo Hernández Emparanza, Chile
Parámetros sobre el derecho a la protesta social y garantías constitucionales. El caso chileno
- José Francisco Rosales Argüello, Nicaragua
Jurisdicción constitucional y derechos económicos, sociales y culturales en Nicaragua

Ricardo L. Lorenzetti* (Argentina)

La evolución del derecho constitucional ambiental en América Latina

RESUMEN

En este artículo se examinan los principales elementos que hacen a la relación existente entre el derecho constitucional y el derecho ambiental, especialmente en lo referido al desarrollo sostenible. Dichos elementos son el significado del Estado de derecho constitucional, la noción de ciudadanía, el contenido de ese Estado de derecho constitucional, las diferentes maneras en las que se inscribe la protección ambiental en las constituciones, la implementación de dicho derecho y la crisis del estatuto del poder en las democracias actuales. Asimismo, se argumenta que todos los elementos mencionados se vinculan de una u otra manera con la idea de participación ciudadana, que encuentra en la actualidad un canal no ortodoxo de expresión en los poderes judiciales. En la región latinoamericana, el rol de los poderes judiciales en este ámbito cobra mayor importancia, debido a una realidad sociopolítica que ha llevado al desarrollo de jurisprudencia relevante en el área de los derechos económico-sociales y del derecho ambiental.

Palabras clave: derecho constitucional, derecho ambiental, derechos económico-sociales, participación ciudadana, cultura jurídica latinoamericana.

ZUSAMMENFASSUNG

Der Artikel befasst sich mit den Hauptelementen der Beziehung zwischen Verfassungsrecht und Umweltrecht, insbesondere bezüglich der nachhaltigen Entwicklung. Bei diesen Elementen handelt es sich um den Verfassungsstaat, das Konzept der Staatsbürgerschaft, die Inhalte des verfassungsrechtlichen Rechtsstaates, die unterschiedlichen Formen, in denen der Umweltschutz Eingang in die Verfassungen findet, die Umsetzung dieses Rechts und die Krise des Gewaltenstatus in den heutigen Demokratien. Darüberhinaus wird die Auffas-

* Doctor en Ciencias Jurídicas y Sociales; presidente de la Corte Suprema de Justicia de Argentina. privadao1@csjn.gov.ar.

sung vertreten, dass alle genannten Elemente auf die eine oder andere Weise mit der Idee der Bürgerbeteiligung verknüpft sind, die gegenwärtig in der rechtsprechenden Gewalt eine unorthodoxe Ausdrucksform gefunden hat. In Lateinamerika gewinnt die Rolle der rechtsprechenden Gewalt auf diesem Gebiet angesichts einer sozial-politischen Realität, die bei den wirtschaftlichen und sozialen Rechten sowie im Umweltrecht zur Entwicklung einer bedeutenden Rechtsprechung geführt hat, zunehmend an Bedeutung.

Schlagwörter: Verfassungsrecht, Umweltrecht, wirtschaftliche und soziale Rechte, Bürgerbeteiligung, lateinamerikanische Rechtskultur.

ABSTRACT

This paper examines the main elements of the relationship between constitutional law and environmental law, particularly with reference to sustainable development. These elements are: the meaning of constitutional rule of law, the concept of citizenship, the contents of constitutional rule of law, the different ways in which environmental protection is enshrined in constitutions, the enforcement of that right and the crisis of the statute of power in contemporary democracies. We also argue that all these elements are related in one way or another to the concept of citizen participation, which currently finds an unorthodox form of expression in Judicial branches. In Latin America, the role of the judiciary in this area becomes even more important due to a sociopolitical reality which has led to the development of significant case law on economic and social rights, and environmental law.

Keywords: Constitutional law, environmental law, economic and social rights, citizen participation, Latin American legal culture.

La problemática del Estado de derecho y su vínculo con la cuestión ambiental es de gran extensión y abarca un importante espectro de aristas. Especialmente, cuando se trata de analizarla a la luz del desarrollo sostenible, ya que indefectiblemente se involucran numerosos aspectos que son generales y que exceden a la cuestión ambiental *per se*, tales como el significado del Estado de derecho constitucional, la noción de ciudadanía, el contenido de ese Estado de derecho constitucional, las diferentes maneras en las que se inscribe en la constitución la protección ambiental, la implementación de ese derecho y la crisis del estatuto del poder en las democracias actuales. En las siguientes líneas desarrollaré brevemente dichos elementos, para finalizar con una reflexión acerca del rol de los poderes judiciales frente a nuevos horizontes de participación democrática.

El primero de ellos, la noción misma de Estado de derecho constitucional, es una cuestión central en el mundo de hoy. Si se analiza la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Argentina, se podrá ver que hemos señalado con mucha precisión que en el país tenemos un Estado de derecho constitucional. Esto es, que el ordenamiento de la democracia debe ser respetado. La legitimidad de la democracia existe en Argentina y

en la región por elecciones libres. Pero el producto de esas decisiones mayoritarias, que son las leyes, puede encontrar un límite en la Constitución y ser declarado inconstitucional por decisiones de los jueces, porque muchas veces las mayorías toman decisiones que son inconstitucionales, o que afectan a las minorías, o que contradicen a los tratados internacionales de derechos humanos. En la causa Rizzo (2013),¹ la Corte Suprema argentina ha afirmado tal esquema, así como lo han hecho las cortes de América Latina en numerosos casos.

Es importante señalar, así, que la afirmación del Estado de derecho constitucional en la región es una realidad. De acuerdo con la jurisprudencia y las decisiones de muchas de las cortes de América Latina, se puede observar que el Estado de derecho constitucional es un sentir común y una realidad práctica. En Argentina, inclusive, tenemos una Constitución que además establece el rango constitucional de los tratados de derechos humanos. Pero ello no es una realidad global. Diría más, es una noción que está en peligro actualmente por varios motivos. En primer lugar, porque las mayorías de los países que ejecutan la competencia global en muchas áreas vinculadas con ciertas reformas y con el uso de altas tecnologías que incluyen cuestiones ambientales lo hacen sin respetar los derechos fundamentales. Es decir, existe una expansión cada vez más grande de la idea de la democracia estatal sin control constitucional. Y cuando esta realidad se examina a la luz del mero análisis de la competencia global, ingresamos en una situación de competencia legislativa *a la baja*. Se genera un mercado de competencia legislativa que produce un efecto muy negativo en términos de Estado de derecho constitucional. ¿Qué significa esto? Que en el Estado de derecho constitucional deja de existir una identidad entre el Estado y la competencia, que es global (el Estado de derecho es estatal, nacional y, por lo tanto, no existe una regulación global de principios constitucionales). Consecuente-

¹ La Corte argentina, por mayoría, declaró la inconstitucionalidad de los artículos 2, 4, 18 y 30 de la Ley 26.855 y del Decreto 577/2013, dejando sin efecto la convocatoria a elecciones para los cargos de consejeros de la magistratura, representantes de los jueces de todas las instancias, de los abogados de la matrícula federal y de otras personas del ámbito académico y científico, sin afectar el proceso electoral para cargos de diputados y senadores establecido por Decreto 501/13. Los jueces Petracchi y Argibay, en su voto, señalaron que el cumplimiento de la finalidad prevista en la Ley 26.855 (ampliar la base democrática de la elección de los miembros del cuerpo respecto de aquellos que no surgen directamente del sufragio universal) se contraponen frontalmente con la voluntad popular expresada en la Convención Constituyente de dejar atrás un esquema semejante, que había regido hasta 1994, en el que los órganos políticos (legislativo y ejecutivo) monopolizaban las decisiones que actualmente son competencia del Consejo de la Magistratura, lo que implicaría vaciar de contenido la decisión plasmada en el artículo 114 de la CN. El juez Zaffaroni, en disidencia, hizo lugar al recurso extraordinario por salto de instancia presentado por el Estado nacional y revocó la sentencia que había declarado la inconstitucionalidad de los artículos 2, 4, 18 y 30 de la Ley 26.855 (reforma judicial) y del Decreto del PE No. 577/2013. Con fecha 13-6-2013, la Corte resolvió que concurrían los requisitos de marcada excepcionalidad que justificaban habilitar la instancia del artículo 14 de la Ley 48, prescindiendo de la intervención previa del tribunal de alzada (*per saltum*). Así, declaró admisibles con efecto suspensivo los recursos extraordinarios interpuestos contra las decisiones de primera instancia por medio de las cuales se declaró la inconstitucionalidad de los artículos 2, 4, 18 y 30 de la Ley 26.855 (reforma judicial) y del Decreto del PE No. 577/2013, y ordenó dar traslado por el plazo de 48 horas.

mente, todos los países que quieran competir frente a grandes potencias que actúan sin respeto de ninguno de los derechos fundamentales y que invierten en regiones donde esos derechos no se respetan, ingresan en un sistema de caída de la protección constitucional y en una tendencia muy peligrosa a escala global. Por tal motivo es necesario que el respeto del Estado de derecho constitucional sea afirmado en nuestra región. Se trata de una posición muy clara: las mayorías tienen legitimidad, pero existe un límite que está dado por los derechos fundamentales. Y en la aplicación de los derechos fundamentales tienen una enorme función los poderes judiciales.

El segundo aspecto vinculado con el concepto de Estado de derecho constitucional es la noción de ciudadanía. En la actualidad, nos enfrentamos a un problema muy serio que produce una afectación grave del contenido del Estado de derecho constitucional. Pues varios países reconocen el Estado de derecho constitucional a sus ciudadanos, y no lo reconocen a quienes no son ciudadanos sino inmigrantes. Hace tres años, en una reunión de presidentes de cortes supremas de la Universidad de Yale, estuve presente en una discusión acerca de este supuesto actual. Y con muchos de mis colegas llegamos a la conclusión de que la noción de Estado de derecho constitucional y los derechos fundamentales está atada inescindiblemente a la ciudadanía. Ello implica que los inmigrantes deberían gozar de los mismos derechos fundamentales. Algo que parece tan simple, pero que en la realidad no ocurre. Y lo que sucede, en términos fácticos, es una división de las sociedades entre quienes gozan del Estado de derecho constitucional y aquellos que no lo tienen. Como ocurría en la Grecia antigua, donde había ciudadanos, pero había muchos que no lo eran.

Este es un debate central, y en la Corte Suprema de Argentina lo hemos decidido en un caso sobre el derecho a la vivienda, en el cual se reconocieron derechos a quienes no son ciudadanos argentinos.² Porque Argentina tiene una historia donde la inmigración es un elemento central, y ha sido determinante en la configuración de nuestra identidad nacional. Como en mi caso, ya que mi abuelo inmigró a Argentina desde una Italia empobrecida, la mayoría de los argentinos somos descendientes de inmigrantes que, cuando llegaron al país, nadie les pidió ni siquiera sus pasaportes, porque no los tenían, ni ciudadanía. Y el Estado les otorgó educación, les dio trabajo, les dio un futuro. Debido a que hoy vivimos en un mundo integrado, resulta fundamental examinar la noción de Estado de derecho constitucional a escala global, y afirmar la importancia del concepto de ciudadanía en el fortalecimiento del mismo. A pesar de que la posición del Poder Judicial de Argentina es que el Estado de derecho es constitucional, y a escala regional creo que existe un consenso al respecto, es necesario llevar dicha postura a escala global.

² Q.C.S.Y. /c Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires /s Amparo (2009). Voto juez Petracchi: Implementación razonable del derecho a una vivienda digna. Condena al Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires a otorgar solución habitacional adecuada hasta cese de estado de necesidad (art. 16, segundo párr., Ley 48). Voto jueza Argibay: Aplicación de reglas de distribución diferenciadas - Efectivo goce del derecho a la vivienda. Circunstancias del caso.

Otro aspecto central es el contenido del Estado de derecho constitucional, es decir, qué tipos de derechos fundamentales estamos dispuestos a admitir.³ Todos reconocemos, por su larga historia, los derechos fundamentales de contenido negativo, que consagran obligaciones de no hacer, a cargo del Estado. Pero también existen aquellos derechos fundamentales con contenido positivo que se aplican contra el Estado y también contra quienes tienen poder económico. Esta categoría de derechos cobra importancia en ámbitos tales como el del derecho del consumidor. En la Constitución argentina, así como también en la de Brasil o la de Ecuador, existen derechos fundamentales de contenido positivo que nuestra jurisprudencia ha aplicado de manera extensa. Especialmente en Argentina y en Brasil existe amplia jurisprudencia sobre derechos económico-sociales: el derecho a la alimentación, el derecho a la vivienda, el derecho a las pensiones sociales. Resulta relevante mencionar que la cuestión de los derechos con contenido positivo plantea un gran debate en el Estado de derecho. ¿Cuál es el límite? ¿Los jueces pueden gobernar? En la jurisprudencia de la Corte Suprema argentina hemos establecido que los jueces no gobiernan, pero que los derechos fundamentales de contenido positivo tienen una operatividad indirecta. Es decir, como su contenido no está establecido en la Constitución, solo puede ser establecido por el Congreso de acuerdo con el nivel presupuestario y las opciones existentes –por ejemplo, si se otorga más educación, más salud o más viviendas–. El régimen democrático funciona a través de dicha operatividad indirecta. Pero existe un límite mínimo que deben proteger los jueces. Ello sucede cuando se pone en situación de vulnerabilidad extrema a quienes son titulares de derechos fundamentales. Y ello se ha visto reflejado en el accionar de la Corte Suprema argentina en numerosos casos. Por ejemplo, en el caso citado del derecho a la vivienda de 2009, establecimos que si bien no existe un derecho a la vivienda –porque el acceso a ella debe determinarlo el Congreso por medio de una ley–, si el Poder Legislativo o el Poder Ejecutivo no lo hacen, nos encontramos con una regulación insuficiente que afecta a un bien fundamental. Se genera así una situación de vulnerabilidad extrema que pone en riesgo a la vida. Al considerar la vulnerabilidad como criterio, se logra una protección integral de los derechos fundamentales.

La cuarta categoría que nos lleva más hacia el tema ambiental no es la de los derechos de contenido negativo o positivo, sino la cuestión ambiental *per se*. En el mundo constitucional contemporáneo existe una tipicidad variada. En primer lugar, se encuentran aquellas constituciones que no hacen mención a la cuestión ambiental de ninguna manera, como por ejemplo la de Estados Unidos –que es una constitución austera, tanto respecto de la mención de derechos económico-sociales como ambientales: no los menciona–. Frente a tal realidad constitucional, las cortes utilizan el principio de *self-restrain*, es decir, no actúan. Se trata de una problemática que está en manos de la democracia y la política.

Luego, existe un segundo caso de constituciones que no mencionan la cuestión ambiental, pero que mencionan algún derecho, y los tribunales han derivado de ello la aplicación ambiental. Así, se trata de un tema de interpretación constitucional. Es el

³ Herbert Landau, *Freiheit zur Verantwortung*, Berlin, Luchterhand (Hermann), 1999.

caso de la India, donde la Constitución habla del derecho a la vida y, consecuentemente, la Corte Suprema de ese país ha desarrollado una enorme y profusa jurisprudencia ambiental, promoviendo incluso la creación de tribunales ambientales mediante sentencias exhortativas que el Poder Ejecutivo ha obedecido. Actualmente, la India cuenta con uno de los tribunales ambientales más desarrollados del mundo, una creación de la Corte sobre la base del derecho a la vida.

El tercer modelo constitucional es aquel que consagra derechos subjetivos al ambiente, esto es, el derecho a un ambiente sano. Tal es el caso de numerosas constituciones en nuestra región. A partir de ese esquema constitucional, los tribunales de varios países de América Latina han logrado establecer juicios razonables de ponderación entre el derecho subjetivo a un ambiente sano y el derecho a la libertad de empresa. Se ha establecido que si bien existe un derecho al desarrollo de la empresa, este debe ser ponderado y medido de acuerdo con la protección ambiental.

Resumidamente, podemos distinguir, hasta ahora, tres modelos constitucionales fundamentales: no regulación, interpretación constitucional y derechos subjetivos de las personas al ambiente. Pero en la región existe otra categoría, que es la de los derechos colectivos –como el caso de Ecuador, que consagra los derechos de la naturaleza en la Constitución, sin considerarlos un derecho subjetivo, ni económico-social, ni de contenido negativo–. Se trata de bienes colectivos típicos que permiten, de acuerdo con lo desarrollado por la jurisprudencia de la Corte ecuatoriana, un amplio campo de interpretaciones. La diferencia es que cuando se consagran derechos colectivos o bienes de incidencia colectiva, no solo se encuentran involucrados los derechos sino también los deberes que existen respecto del bien colectivo. Resulta relevante tener en cuenta que en el caso de Ecuador, como en el de otras constituciones que han avanzado en esta línea, se trata de bienes de incidencia colectiva típicos, como la mención de la *madre tierra* en Bolivia y en Ecuador. En Argentina sucede algo diferente y particular. Tenemos derechos de incidencia colectiva o bienes colectivos con una tipicidad general. Es decir, pueden hacer referencia tanto al ambiente como al derecho a la competencia, por ejemplo. En la Constitución argentina existen derechos fundamentales de contenido negativo, derechos fundamentales de contenido positivo y bienes colectivos con tipicidad general, mientras que Ecuador y Bolivia enuncian bienes colectivos con tipicidad especial. El principal problema de la tipicidad especial es que, en un mundo de transformación dinámica, muchas veces esa caracterización puede quedar atrasada y no contemplar nuevos supuestos. En el caso de Argentina, sí se los contempla porque se trata, como mencioné anteriormente, de una tipicidad general.

El problema de la protección constitucional del ambiente, cualquiera sea el modelo constitucional que tengamos según lo analizado en el párrafo anterior, 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?

Ya hemos visto que, en el marco del Estado de derecho constitucional, los jueces evidentemente no pueden gobernar, ni avanzar en megaproyectos, o intentar introducirse en la política con un activismo excesivo. Así lo ha hecho la Corte de la India que, a partir de varios casos de contaminación, ha avanzado de una manera muy activa,⁴ estableciendo, por medio de sus decisiones, cómo deberían ser los motores en la ciudad, cómo deberían fabricarse, qué tipos de modelo de gas o de combustible deberían usarse, cuántas estaciones de servicio, etc. De esa manera, la Corte comenzó a sustituir la administración. La judicialización excesiva o hiperactivismo, sin embargo, puede ser muy buena en el corto plazo, pero en el mediano plazo tiene dos problemas. El primero es el debilitamiento de la administración pública, ya que el poder judicial, por medio de sus decisiones, la sustituye o no le permite desarrollar métodos eficientes por sí misma. El segundo problema es la necesidad de que el poder judicial mute en su estructura interna, mediante la creación de equipos técnicos, similares a los de la administración pública, para el seguimiento de sus decisiones. Como puede observarse, el hiperactivismo podría irrumpir entonces en el balance propio de la división de poderes. Lo opuesto es el no activismo, el *dejar hacer y dejar pasar* que siguen muchos tribunales del mundo. En Argentina tampoco mantenemos esa posición. Y no podríamos hacerlo debido a que nuestra Constitución contempla la protección del ambiente, que es un derecho operativo. Entonces, ¿cómo ha actuado la Corte argentina? A través de un sistema que denominamos procedimental. Es decir, declaramos la existencia de la violación del derecho al ambiente y ordenamos a los demás poderes del Estado que establezcan los procedimientos necesarios, pero sin establecer cuáles. Así hemos actuado en la causa Mendoza o Riachuelo (2008),⁵ en la que se constató la polución industrial del río más contaminado del país, que atraviesa la ciudad de Buenos Aires y la provincia –aunque se trata de un caso en el que también interviene el Estado nacional–. Frente al incumplimiento de las partes demandadas, le solicitamos al Estado que presentara un plan. Una vez presentado dicho plan, fue discutido públicamente y puesto en marcha, luego de ser aprobado por la Corte. De esa manera, la responsabilidad de la implementación y del diseño del *cómo* queda en manos de los otros poderes del Estado, y se respeta el equilibrio existente entre ellos y el Poder Judicial.

El caso argentino no es único en la región, ya que, por ejemplo, la Corte de Colombia mantiene una posición intermedia similar.⁶ Es decir, no ha sustituido a la administra-

⁴ Maseeh Rahman, “India reopens Bhopal toxic gas leak case”, *The Guardian*, 31 de agosto de 2010.

⁵ En 2012 fue convocada la última audiencia pública por la causa con el objeto de evaluar el grado de avance en el cumplimiento de los mandatos impuestos en la sentencia condenatoria dictada el 8 de julio de 2008, por la cual la Corte argentina exigió el saneamiento de la cuenca Matanza-Riachuelo.

⁶ Adriana Fabra y Eva Arnal, “Review of jurisprudence on human rights and the environment in Latin America”, en Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights, *Human Rights and the Environment*, Ginebra, UNEP-OHCHR, 2002.

ción, pero le ha solicitado la presentación de planes, que luego ha controlado. Y aquí cabe mencionar otro aspecto que emerge de esta posición y de la idea de control: el de los mecanismos de participación. Todo plan debe contar con un control, en primera instancia, de auditoría del sistema presupuestario y de gestión, y, en segunda instancia, de cumplimiento por parte de la sociedad civil. En la causa Riachuelo, por ejemplo, se delegó en la figura del Defensor del Pueblo de la Argentina la representación de todas las organizaciones de la sociedad civil involucradas en el problema, para que pudieran controlar el cumplimiento del plan solicitado. En este esquema, la participación resulta fundamental.

Finalmente, es esencial hacer referencia a un concepto mucho más general, aunque vinculado a lo anterior. Se trata de la crisis del modelo constitucional del estatuto del poder. Porque dicho estatuto fue diseñado en el siglo XIX con ideas del siglo XVII, pero actualmente la democracia ya no tiene esos tiempos. Los ciudadanos no esperan cinco o seis años luego de las elecciones para efectuar el control de las gestiones. Cuando se elige a un mandatario, ya sea un intendente, un gobernador, un presidente, el cuestionamiento y el control ulterior de la gestión es llevado por esos ciudadanos al poder judicial. Pareciera, entonces, que el estatuto de poder, tal como ha venido funcionando hasta ahora, no puede dar una respuesta adecuada a la nueva dinámica de los conflictos sociales. Necesitamos una democracia mucho más rápida e intermedia entre los grandes centros de decisión y el ciudadano común. En el mundo, actualmente, se están transformando los estatutos constitucionales sin que se transformen las constituciones. En varios países, como Argentina y Brasil, existe un gran debate público acerca de las decisiones tomadas por los mandatarios electos por medio de elecciones libres. Y esa discusión se hace en los foros judiciales, que devienen en asambleas participativas, toda vez que se trate de proyectos relevantes. En materia ambiental, especialmente, ello ocurre de manera constante en Argentina y en toda la región. Y se trata de un fenómeno muy positivo, ya que habilita la participación ciudadana.

En los párrafos anteriores, hemos recorrido los principales elementos concomitantes en la relación que existe entre el derecho constitucional, la cuestión ambiental y el desarrollo sostenible. Todos ellos se vinculan de una u otra forma con la participación ciudadana. La idea de que los poderes judiciales cumplen un rol en la habilitación de dicha participación ocupa un lugar central en el debate internacional.⁷ Se trata del concepto nodal de la Declaración de los Poderes Judiciales de Río+20 (2012), donde se definió al poder judicial como un jugador no ortodoxo. En las democracias actuales, a veces resulta muy difícil que el poder ejecutivo pueda imponer costos actuales con beneficios para las futuras generaciones. La estructura de incentivos del estatuto del poder, como ya lo hemos analizado, no actúa de esa manera. Por lo general, los Gobiernos imponen beneficios actuales ocultando los costos futuros que tendrán las próximas generaciones. Y, por ese camino, la defensa del medioambiente sufre un retroceso, cuyo efecto es global. Dicho

⁷ Stanley Johnson, "Palm trees and controversy: the world's top judges and lawyers at Rio+20", *The Guardian*, 22 de junio de 2012.

retroceso puede ser contrarrestado por el principio de no regresión, llamado así desde el derecho ambiental. Pero, ¿por qué hablamos de no regresión? Porque la estructura de incentivos de la democracia es inmediata y coyuntural. Basta con ver lo que ocurre con los tratados internacionales en materia ambiental, que reúnen un derecho que no solo es declarativo, sino que en muchos casos es inefectivo. Inclusive Canadá, que es un país muy desarrollado en términos de democracia constitucional, ha renunciado a varios tratados. Existen países que apuestan al deshielo del Ártico, porque ello les permitirá una mayor navegabilidad y utilización de tierras para la agricultura. Este no es un problema menor. Por ello, en Rio+20 se creó un comité de expertos de cortes supremas que, junto al presidente de la Corte de Malasia, tengo el honor de presidir. Resulta fundamental que todas las cortes del mundo se unan a la iniciativa, porque el rol de los poderes judiciales, a través de Naciones Unidas –especialmente el Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente–, es más que relevante.

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. Basta con repasar la jurisprudencia de muchas de las cortes de América Latina para ver cuán avanzada se encuentra la región en la defensa de sus propios valores –ambientales, de la igualdad y del Estado constitucional– en un mundo globalizado donde constantemente corremos serios riesgos de que estos principios se vean afectados.

Bibliografía

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, *Mendoza, Beatriz Silvia y Otros c/ Estado Nacional y Otros*. Disponible en: <http://www.csjn.gov.ar/confal/ConsultaCompletaFallos.do?method=verDocumentos&id=648700>.

_____, *Q.C.S.Y. /c Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires /s Amparo*. Disponible en: <http://www.csjn.gov.ar/confal/ConsultaCompletaFallos.do?method=verAnalisisDocumental&id=14838>.

- _____, *Rizzo, Jorge Gabriel (apod. lista 3 Gente de Derecho) s/acción de amparo /c Poder Ejecutivo Nacional Ley 26855 /s medida cautelar*. Disponible en: <http://www.csjn.gov.ar/confal/ConsultaCompletaFallos.do?method=verAnálisisDocumental&id=702685>.
- FABRA, Adriana y Eva ARNAL, "Review of jurisprudence on human rights and the environment in Latin America", en Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights, *Human Rights and the Environment*, Ginebra, UNEP-OHCHR, 2002.
- JOHNSON, Stanley, "Palm trees and controversy: the world's top judges and lawyers at Rio+20", *The Guardian*, 22 de junio de 2012.
- LANDAU, Herbert, *Freiheit zur Verantwortung*, Berlin, Luchterhand (Hermann), 1999.
- RAHMAN, Maseeh, "India reopens Bhopal toxic gas leak case", *The Guardian*, 31 de agosto de 2010.
- UNITED NATIONS ENVIRONMENT PROGRAMME, *Rio+20 Declaration on Justice, Governance and Law for Environmental Sustainability*. Disponible en: http://www.unep.org/rio20/Portals/24180/Rio20_Declaration_on_Justice_Gov_n_Law_4_Env_Sustainability.pdf (29/6/13).

Oscar G. Barrientos Jiménez* (Bolivia)
Rober D. Espinal Jiménez** (Bolivia)

Piso de protección social: doctrina contemporánea desarrollada por la Organización Internacional de Trabajo, herramienta clave para promover condiciones favorables en el ejercicio de los derechos económicos, sociales y culturales***

RESUMEN

El artículo pretende, en primera instancia, demostrar que la doctrina del piso de protección social desarrollada por la Organización Internacional de Trabajo se convierte en herramienta clave para encarar la lucha contra la pobreza y la exclusión social, permitiendo a los países en desarrollo promover condiciones favorables para el ejercicio de los derechos económicos, sociales y culturales. En segunda instancia, procura reflejar el piso de protección social establecido en Bolivia, y señalar los desafíos de la protección social en la lucha contra la pobreza y la exclusión.

Palabras clave: Organización Internacional de Trabajo, derechos económicos, sociales y culturales, salud, seguridad social, piso de protección social, Bolivia.

ZUSAMMENFASSUNG

Der Beitrag soll erstens aufzeigen, dass die von der Internationalen Arbeitsorganisation entwickelte Doktrin des sozialen Basisschutzes ein entscheidendes Instrument im Kampf

* Abogado de la Universidad Mayor de San Andrés, diplomado en Educación Superior, maestrante de Derecho Constitucional y Derecho Procesal Constitucional, Universidad Andina Simón Bolívar. oscarbarrientosjimenez@gmail.com.

** Administrador de empresas e ingeniero financiero, con estudios en Matemáticas Actariales y analista de seguridad social. roberdavid8@hotmail.com.

*** Dedicado a todos los seres humanos que lamentablemente viven bajo condiciones de pobreza extrema.

gegen Armut und soziale Exklusion darstellt, durch die den Entwicklungsländern die Förderung von Bedingungen ermöglicht wird, die eine Ausübung der wirtschaftlichen, sozialen und kulturellen Rechte begünstigen. Zweitens befasst er sich mit dem in Bolivien festgelegten sozialen Basisschutz und geht auf die Herausforderungen für die soziale Sicherheit bei der Bekämpfung von Armut und Exklusion ein.

Schlagwörter: Internationale Arbeitsorganisation, wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte, Gesundheit, soziale Sicherheit, sozialer Basisschutz, Bolivien.

ABSTRACT

This paper aims to show that the doctrine of social protection floors developed by the International Labour Organization is a key tool for tackling poverty and social exclusion, allowing developing countries to create conditions that foster the realization of economic, social and cultural rights. Secondly, we describe the social protection floor established in Bolivia and point out the challenges in the fight against poverty and exclusion.

Keywords: International Labour Organization, economic, social and cultural rights, health, social security, social protection floor, Bolivia.

1. Introducción

La constante lucha por el pleno ejercicio de los derechos humanos es sin duda preexistente al propio Estado. Los primeros seres humanos que habitaron nuestro planeta tuvieron que hacer frente no solo a tierras inhóspitas sino a terremotos, sequías, inundaciones, enfermedades y animales peligrosos; el hombre primitivo debió satisfacer por instinto sus necesidades más elementales, refugiándose en cavernas, aprendiendo a guardar sus alimentos para preservarse de las contingencias en las épocas de escasez y a domesticar algunos animales, convirtiéndose con el transcurso del tiempo en cazador o pastor. Posteriormente, con los primeros asentamientos humanos y comunidades organizadas, el ser humano ha necesitado protección contra las contingencias de la vida. El desarrollo y establecimiento de sistemas formales de seguridad social para apoyar los ingresos y la asistencia médica representaron un paso importante en la evolución de las sociedades humanas. El surgimiento de diversos tipos de mecanismos formales de protección social en todo el mundo –desde mecanismos comunitarios de carácter voluntario hasta regímenes públicos de seguridad social obligatorios de carácter contributivo o no contributivo– pone de manifiesto la necesidad humana universal de seguridad social y explica la importancia de definir claramente los derechos y las prestaciones que ella supone.¹ Actualmente, uno de los principales retos

¹ Conferencia Internacional del Trabajo, 100ª. reunión, Informe VI. Seguridad social para la justicia social y una globalización equitativa, Ginebra, 2011, p. 7.

de los sistemas de protección social es la garantía, exigibilidad y justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales (DESC);² En el ámbito de estos derechos, los desafíos sociales a los que se enfrenta el mundo son enormes. En 2010, el PIB mundial era diez veces superior al de 1950 en términos reales (lo que representa un incremento del 260% per cápita). Sin embargo, y a pesar de las seis décadas de fuerte crecimiento económico transcurridas desde la aprobación de la Declaración Universal de Derechos Humanos, el acceso a unas prestaciones y unos servicios de protección social adecuados continúa siendo un privilegio que solo se puede permitir un número relativamente escaso de personas. Las estadísticas actuales reflejan de forma elocuente la pobreza y la privación generalizadas. Aproximadamente 5.100 millones de personas, es decir el 75% de la población mundial, no están cubiertas por una seguridad social adecuada (OIT), y 1.400 millones de personas viven con menos de 1,25 dólares al día (Banco Mundial). El 38% de la población mundial (2.600 millones de personas) no dispone de acceso a una red de saneamiento adecuada, y 884 millones de personas carecen de acceso a fuentes adecuadas de agua potable (ONU-Habitat); 925 millones de personas padecen hambre crónica (FAO); cerca de 9 millones de niños menores de 5 años mueren cada año de enfermedades en buena medida prevenibles (Unicef y OMS); cada año, 150 millones de personas se ven expuestas a catástrofes financieras, y 100 millones de personas acaban viviendo por debajo del umbral de la pobreza cuando se ven obligadas a hacer frente a los costes de la atención médica (OMS).³

2. La doctrina de la Organización Internacional del Trabajo⁴

El concepto ‘piso de protección social’ (en adelante el concepto) fue desarrollado por la Organización Internacional de Trabajo (OIT) sobre la base de las experiencias recientes de ampliación de la protección, particularmente en los países en desarrollo. La Junta de Jefes Ejecutivos de las Naciones Unidas y los Jefes de Estado y de Gobierno reunidos en la Cumbre sobre los Objetivos de Desarrollo del Milenio de 2010 expresaron su apoyo a este concepto, entendido como un conjunto integrado de políticas so-

² Los DESC son derechos humanos que “nacen de la dignidad humana y son, por ende, inherentes a la persona humana”. A pesar de las diferencias que pueden surgir al caracterizar los derechos, los DESC son derechos humanos de igual naturaleza, igual jerarquía y, en definitiva, igual importancia que los llamados derechos civiles y políticos. En este sentido, la Convención Americana sobre Derechos Humanos resalta que “solo puede realizarse el ideal del ser humano libre, exento de temor y de la miseria, si se crean condiciones que permitan a cada persona gozar de sus [DESC], tanto como de sus derechos civiles y políticos” (Preámbulo, considerando 4) (Instituto Interamericano de Derechos Humanos, *Protección Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Sistema Universal y Sistema Interamericano*, San José, Editorama S.A., 2008, p. 23).

³ Organización Internacional del Trabajo, (OIT), *Piso de protección social para una globalización equitativa e inclusiva*, Informe del Grupo consultivo presidido por Michelle Bachelet, convocado por la OIT con la colaboración de la OMS, Ginebra, OIT, 2011, p. xxiii.

⁴ Publicaciones OIT. Disponibles en: www.ilo.org/publns.

ciales diseñado para garantizar a toda persona la seguridad de los ingresos y el acceso a los servicios sociales esenciales, prestando especial atención a los grupos vulnerables y protegiendo y empoderando a las personas a lo largo del ciclo de vida.⁵

El concepto es parte de una estrategia bidimensional para la ampliación de la seguridad social que comprende un conjunto básico de garantías para todas las personas (la dimensión horizontal) y la aplicación gradual de normas más rigurosas (la dimensión vertical), de conformidad con el Convenio de la OIT sobre la seguridad social (norma mínima), 1952, núm. 102,⁶ entre otros. A medida que los países amplíen el espacio fiscal y de políticas,⁷ se basa en principios compartidos de justicia social y en el derecho universal de todas las personas a la seguridad social y a un nivel de vida adecuado para la salud y el bienestar de ellas y sus familias, que incluya aspectos tales como la alimentación, el vestido, la vivienda, la atención médica y los servicios sociales necesarios. El concepto brinda un enfoque basado en los derechos cuya idea fundamental es que nadie debería vivir por debajo de un determinado nivel de ingresos y que todo el mundo debería, al menos, poder acceder a servicios sociales básicos con el fin de mejorar sus posibilidades de alcanzar un trabajo decente.⁸

La Conferencia Internacional del Trabajo celebrada en 2011 puso de manifiesto el amplísimo respaldo de que goza el concepto y perfeccionó las definiciones anteriormente citadas. Esta redefinición unificó la relación entre la seguridad de los ingresos y el acceso a bienes y servicios bajo la forma de garantías básicas de seguridad social. La Conferencia Internacional del Trabajo acordó la siguiente definición:

[P]isos de protección social, que incluyan garantías de seguridad social básicas para que, durante su ciclo de vida, todas las personas necesitadas puedan costearse una atención de salud esencial y puedan tener acceso a la misma, y gozar de una seguridad del ingreso que se eleve como mínimo a un nivel definido en el plano nacional. Las políticas relativas al Piso de Protección Social deberían tener por objeto facilitar un acceso efectivo a bienes y servicios esenciales, promover una actividad económica productiva y aplicarse en estrecha coordinación con otras políticas de promoción de la empleabilidad, reducción de la informalidad y la precariedad, creación de empleos decentes y promoción de la iniciativa empresarial.⁹

⁵ *Ibid.*, p. xxiv.

⁶ Se trata del único convenio internacional que define las nueve ramas de la seguridad social, establece normas mínimas para cada una de ellas, y enuncia principios para la sostenibilidad y buena gobernanza de dichos sistemas. Otro rasgo importante de este convenio es la inclusión de cláusulas de flexibilidad que permiten a los Estados miembros ratificantes aceptar por lo menos tres de las nueve ramas de la seguridad social, incluyendo aun cuando sea una de las tres que cubren una contingencia o desempleo de larga duración, de modo que el mayor número posible de países puedan cumplir los requisitos que en él se establecen (Conferencia Internacional del Trabajo 100^a. reunión, *op. cit.*, p. 14).

⁷ *Ibid.*, p. xxv.

⁸ *Ibid.*, p. 9.

⁹ *Ibid.*, p. 10.

2.1. Coincidencias con la doctrina del mínimo vital y el mínimo existencial

Considerando que el concepto comprende fundamentalmente la satisfacción de necesidades sociales básicas en resguardo de la dignidad humana de las personas, es necesario referir de manera concordante que la Corte Constitucional de Colombia estableció la doctrina del mínimo vital: el mínimo vital es un derecho fundamental ligado estrechamente a la dignidad humana, pues “constituye la porción de los ingresos del trabajador o pensionado que están destinados a la financiación de sus necesidades básicas, como son la alimentación, la vivienda, el vestido, el acceso a los servicios públicos domiciliarios, la recreación, la atención en salud, prerrogativas cuya titularidad es indispensable para hacer efectivo el derecho a la dignidad humana, valor fundante del ordenamiento jurídico constitucional”.¹⁰ El mínimo vital es un derecho que se deriva de los principios de Estado social de derecho, dignidad humana y solidaridad, en concordancia con los derechos fundamentales a la vida, a la integridad personal y a la igualdad, en la modalidad de decisiones de protección especial a personas en situación de necesidad manifiesta. Dado su carácter de derechos directa e inmediatamente aplicables, para el caso es especialmente relevante el derecho fundamental al mínimo vital, en particular el de las personas que apenas cuentan con lo indispensable para sobrevivir, donde el principio de Estado social de derecho consiste en la determinación de un mínimo de subsistencia digna y autónoma protegido constitucionalmente. Este constituye el contenido del derecho fundamental al mínimo vital, el cual, a su vez, coincide con las competencias, condiciones básicas y prestaciones sociales para que la persona humana pueda llevar una vida libre de temor y de las cargas de la miseria.¹¹

En Alemania, en donde el Estado social de derecho es un principio fundamental, igualmente se ha precisado en la jurisprudencia constitucional que una persona humana requiere el mínimo existencial necesario para poder vivir dignamente, mínimo que no puede ser desconocido por el Estado, en particular, el legislador en ejercicio de la potestad tributaria. Así, por ejemplo, el Tribunal Constitucional Alemán decidió en un fallo de 1992 que al contribuyente del impuesto de renta deben quedarle, luego del cumplimiento de sus obligaciones tributarias, los recursos necesarios para satisfacer sus necesidades básicas y las de su familia,¹² norma legal que otorgaba un auxilio fami-

¹⁰ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia Constitucional SU-995/99 de 09 de septiembre de 1999, M. P. Carlos Gaviria Díaz. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1999/SU995-99.htm>.

¹¹ Derecho fundamental al mínimo vital. Disponible en: <http://www.gerencia.com/derecho-fundamental-al-minimo-vital.html>.

¹² Esta decisión fue adoptada por el Tribunal Constitucional Alemán en la sentencia constitucional por la cual resolvió varias cuestiones de inconstitucionalidad elevadas por el Juzgado Social de Trier, el Juzgado Social de Lüneburg y el Tribunal Social del Bund al Tribunal Constitucional para que fueran resueltas por este en ejercicio de sus competencias.

liar a los hijos.¹³ De la jurisprudencia glosada se puede destacar que un Estado social de derecho¹⁴ tiene la obligación de implementar mecanismos de protección especial en beneficio de los sectores más empobrecidos, incluso teniendo el deber de establecer una política tributaria coherente con el propio estado de necesidad.

3. Precisando los alcances del concepto

3.1. Políticas sociales integradas para proteger y capacitar a las personas a lo largo de todo el ciclo de vida

El concepto apuesta por la coherencia y coordinación de las diferentes políticas sociales para evitar que los individuos y las familias caigan en la pobreza y la penuria, y permanezcan anclados en ellas; pretende proteger a las personas que no son capaces de obtener unos ingresos decentes a través del trabajo y empoderar a los trabajadores para que aprovechen las oportunidades económicas y encuentren una vía para salir de la pobreza; combina el enfoque tradicional basado en el ciclo de vida caracterizado por programas integrales de desarrollo humano para los niños y sus familias, las personas subempleadas y los trabajadores pobres (incluidos los que padecen alguna discapacidad) y las personas de edad, junto con los recientes desarrollos en el análisis de la pobreza y la vulnerabilidad. Estos últimos tienen en cuenta el empleo precario y la diversidad de estructuras familiares y constituyen la base de la mayor parte de los nuevos programas de protección social introducidos en los países en desarrollo.

Se trata de un marco para coordinar las ayudas públicas destinadas a los hogares, que aborda las distintas causas de la pobreza y la exclusión social y busca aprovechar la capacidad productiva de quienes están en condiciones de trabajar.

3.2. Adaptación del concepto a las diversas realidades nacionales

Aunque se trata de un concepto mundial, los pisos de protección social existentes se han adaptado al marco de las estructuras institucionales, las restricciones económicas, las dinámicas políticas y las aspiraciones sociales propias de cada país. Su proceso de aplicación será progresivo y gradual, en función de las prioridades y capacidades nacionales, sobre la base de los sistemas existentes de protección social y mediante fuentes sostenibles de financiación.

En la construcción de un sistema de protección social, el concepto debe entenderse como un primer paso hacia un nivel más elevado de protección. A medida que las eco-

¹³ Tribunal Constitucional Federal Alemán, BVerfGE 82, 60 (111) de 29 de mayo de 1990, *Steuerfreies Existenzminimum* (mínimo existencial libre de impuestos).

¹⁴ Constitución Política del Estado, “artículo 1. Bolivia se constituye en un Estado Unitario Social de Derecho Plurinacional [...]” (énfasis agregado).

nomías crezcan y el espacio financiero y fiscal se amplíe, es de prever que el nivel de protección aumente. En aquellos países en que ya existe un sistema de protección social completo, pero segmentado, el enfoque basado en el concepto no debe considerarse como una forma de reducir los niveles de protección, sino como parte del proceso destinado a reducir las eventuales brechas de cobertura y promover la coherencia de las políticas sociales.¹⁵

3.3. Herramienta clave para promover condiciones favorables en el ejercicio de los DESC

El enfoque del concepto representa una poderosa intervención que puede ofrecer un conjunto coherente y adaptable de políticas capaces de empezar a invertir la situación de exclusión y de promover la dignidad humana. Puede contribuir de forma significativa a la cohesión, la paz y la estabilidad social, lo que a su vez ayudaría a minimizar el malestar social; además, promueve la estabilidad macroeconómica, toda vez que los países pueden confiar en que la protección social actúe como un estabilizador automático de gobernabilidad. Con ello se sientan unas bases sólidas para formas de crecimiento con mayor capacidad de recuperación y una prosperidad sostenible que sean menos vulnerables a la volatilidad de la economía mundial y a los efectos de las crisis económicas y financieras periódicas. Asimismo, puede promover la estabilidad macroeconómica y la prosperidad porque aumenta la capacidad productiva de los grupos vulnerables al liberar su potencial aún por explotar y permitirles contribuir más plenamente a la vida económica y social.¹⁶

La OIT ha demostrado que todos los países, incluidos los de ingresos bajos, no solo deberían, sino que pueden adoptar una política de desarrollo de un piso de protección social. Aun en el caso de que no pueda desarrollarse un piso social básico completo de una sola vez, un enfoque escalonado y gradual puede generar beneficios inmediatos en términos de reducción de la pobreza, crecimiento que favorezca a los pobres y desarrollo social.¹⁷

En el documento final de la Cumbre de los Objetivos de Desarrollo del Milenio (ODM), adoptado por consenso por la Asamblea General el 22 de septiembre de 2010, se considera que el concepto figura entre las políticas y los enfoques que han alcanzado mayor éxito, ya que promover el acceso universal a los servicios sociales y brindar niveles mínimos de protección social puede contribuir de manera importante a la consolidación de los beneficios ya logrados en materia de desarrollo y a la consecución de otros nuevos.¹⁸

Por último, el concepto obtuvo el pleno respaldo del G-20. La declaración adoptada por los ministros de Empleo y Trabajo (27 de septiembre de 2011) recomienda el desa-

¹⁵ Organización Internacional de Trabajo, *op. cit.*, p. 12.

¹⁶ *Ibid.*, p. 6.

¹⁷ *Ibid.*, p. 7.

¹⁸ *Ibid.*, p. 17.

rollo de pisos de protección social definidos a nivel nacional con el objetivo de lograr un crecimiento fuerte, sostenible y equilibrado, y anima a las organizaciones internacionales a coordinar sus iniciativas para ayudar de forma más eficaz a los países a desarrollar sus pisos sociales. Asimismo, insta a garantizar fuentes de financiación eficaces (incluida la solidaridad internacional) para la aplicación de los pisos sociales definidos a nivel nacional.¹⁹

4. El piso de protección social establecido en Bolivia

Para precisar y abordar la conformación del piso de protección social establecido en Bolivia, es necesario remitirnos al sistema de seguridad social implementado. En este contexto, nos referiremos a los sistemas de seguridad social contributivo y no contributivo.

4.1. Sistema de seguridad social contributivo

La característica fundamental de un sistema de seguridad social contributivo es el aporte²⁰ obligatorio del asegurado; en otras palabras, el mecanismo de sostenibilidad financiera se basa en la cotización²¹ del asegurado,²² condicionante necesaria para acceder a las prestaciones, lo que doctrinalmente se conoce como seguro social. En el caso de Bolivia, este sistema se atomiza en dos seguros, a saber: el seguro social de corto plazo (SSCP) y el seguro social de largo plazo (SSLP).^{23,24}

¹⁹ *Ibid.*, pp. 19-20.

²⁰ Es la cotización mensual obligatoria y adicional voluntaria a cargo del asegurado dependiente, y la cotización mensual y adicional voluntaria a cargo del asegurado independiente (Anexo a la Ley 065, *Glosario de Términos Previsionales del Sistema Integral de Pensiones, Definiciones Aplicables*).

²¹ En su significado original quiere decir fijar o poner precio a alguna cosa, con el sentido de pagar una cuota, o, en su quinta acepción, de pagar una persona la parte correspondiente de gastos colectivos, contribuciones, afiliaciones u otros conceptos. Como se observa, la expresión utilizada denota el punto de referencia legal sobre el cual se calcula el pago de las cuotas, así como el acto mismo de pago de estas (*Ibid.*, p. 142).

²² En el caso de Bolivia, el sistema de seguridad social contributivo se financia con aporte laboral y patronal. En otros países, este sistema es financiado también con el aporte estatal.

²³ La Ley 924 de 15 de abril de 1987, conocida como racionalización de la seguridad social boliviana, determina la creación del SSCP –financiado en su totalidad por el aporte patronal– y del SSLP para riesgo profesional, invalidez, vejez y muerte –financiado por el aporte laboral y en ese entonces también por el aporte estatal–.

²⁴ En Bolivia, esta extraña atomización de la seguridad social a corto y largo plazo continúa vigente, no obstante que la reciente CPE, en su artículo 45, determina las prestaciones de manera integral.

4.1.1. SSCP: aportes patronales, prestaciones en especie y en dinero²⁵

Los entes gestores de salud son las prestadoras de servicios del SSCP, dependen del Ministerio de Salud y Deportes y están normados por el Código de Seguridad Social.²⁶ Otorgan protección a los trabajadores y a sus familiares a través de los seguros de enfermedad, maternidad, riesgos profesionales, invalidez y asignaciones familiares, mediante el reconocimiento de prestaciones en especie y en dinero al asegurado cotizante, esposa o conviviente, hijos menores de 19 años de edad, y padres y hermanos en condiciones de dependencia (grupo familiar). También están incorporados al seguro de maternidad y enfermedad los rentistas y su grupo familiar, además de los beneméritos de la patria, sus familiares y los menores que se encuentran bajo tutela del Estado.²⁷

4.1.2. Prestaciones

4.1.2.1. Seguro de enfermedad o accidente

En caso de enfermedad reconocida por los servicios médicos de un ente gestor, el asegurado y los beneficiarios tienen derecho a las prestaciones en especie que dichos servicios consideren indispensables para su curación, que entre otras pueden ser: asistencia médica general, asistencia médica especializada, intervenciones quirúrgicas, servicios de curación dental y suministro de medicamentos.

Asimismo, en caso de enfermedad también determina un estado de incapacidad para el trabajo. A partir del cuarto día de reconocimiento de la incapacidad por los servicios médicos del ente gestor, el asegurado tiene derecho a un subsidio diario que se pagará mientras dure la asistencia sanitaria.²⁸

4.1.2.2. Seguro de maternidad

La asegurada y la esposa o conviviente del asegurado tienen derecho a prestaciones en especie que consisten en atención médica desde la concepción, gestación, parto y puerperio; atención médica prenatal, suministro de medicamentos, suministro de vacunas, entre otras. Asimismo, se otorga a la asegurada el subsidio de incapacidad

²⁵ Son prestaciones en especie la atención sanitaria en medicina general y especializada, la atención odontológica, quirúrgica, hospitalaria, el suministro de medicamentos y la alimentación. Son prestaciones en dinero los pagos efectivos en moneda de curso legal y corriente.

²⁶ El artículo 1 del Código de Seguridad Social establece: "Conjunto de normas que tiende a proteger la salud del capital humano del país, la continuidad de sus medios de subsistencia, la aplicación de medidas adecuadas para la rehabilitación de las personas inutilizadas y la concesión de los medios necesarios para el mejoramiento de las condiciones de vida del grupo familiar".

²⁷ Rober Espinal, *Seguridad social para todos*, La Paz, Garza Azul Impresiones y Editores, 2011, pp. 17-18.

²⁸ *Ibid.*, p. 19.

temporal por maternidad equivalente al 90% del salario cotizabile, 45 días antes y 45 días después del parto, requiriéndose cuatro cotizaciones anteriores a la fecha del parte de baja por maternidad. El subsidio prenatal consiste en la entrega a la asegurada o beneficiaria de una asignación mensual en productos alimenticios inocuos, no transgénicos, con valor nutritivo de origen nacional acorde a las necesidades de la gestante, equivalentes a un salario mínimo nacional; la duración del subsidio prenatal comienza a partir del primer día del quinto mes de embarazo y fenece al nacimiento del hijo. El subsidio de natalidad consiste en la cancelación a la asegurada o beneficiaria de una suma en dinero, equivalente a un salario mínimo nacional por el nacimiento de cada hijo; para beneficiarse de este subsidio, el progenitor deberá presentar el certificado de nacimiento del recién nacido al ente gestor al que se encuentre asegurado.

4.1.2.3. Seguro de riesgos profesionales

El asegurado tiene derecho a la prevención de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, atención médica general, de especialidad, hospitalización, cirugías, alimentación, exámenes complementarios, rehabilitación, prótesis, entre otros, sin requerir cotizaciones previas.

4.1.3. SSLP: aportes laborales y patronales, prestaciones en dinero

Transitoriamente, los operadores del SSLP son las administradoras de fondos de pensiones (AFP), reguladas por la Autoridad de Fiscalización Pensiones y Seguros (APS) y el aspecto normativo está a cargo de los ministerios de Economía y Finanzas Públicas y de Trabajo, Empleo y Previsión Social. El instrumento técnico legal del SSLP es la Ley del Sistema Integral de Pensiones, Ley 065 de 10 de diciembre de 2010.

4.1.4. Prestaciones

4.1.4.1. Prestación de vejez

Comprende el pago de una pensión de vejez vitalicia para el asegurado, pensiones vitalicias y temporales por muerte a los derechohabientes, según corresponda, y gastos funerarios al fallecimiento del asegurado. Para el acceso a esta prestación, el asegurado, independientemente de su edad, debe tener una pensión igual o superior al 60% de su referente salarial de vejez, producto del saldo acumulado en su cuenta individual. Otra modalidad es que los asegurados con más de 55 años de edad en el caso de los hombres y 50 años en el caso de las mujeres tengan aportes al sistema de reparto vigente hasta mayo de 1997 y logren financiar una pensión igual o superior al 60% de su referente salarial de vejez. Finalmente, tienen derecho a esta prestación los asegurados a partir de los 58 años, independientemente del monto acumulado en su cuenta individual, que cuenten con una densidad superior a 120 cotizaciones.

4.1.4.2. Compensación de cotizaciones

Definida como el reconocimiento que se otorga a los asegurados por aportes efectuados al sistema de pensiones vigente al 30 de abril de 1997, denominado sistema de reparto.

4.1.4.3. Pensión de invalidez o enfermedad

Se otorga en caso de sufrir invalidez parcial o total definitiva a causa de accidente o enfermedad de trabajo o causa ajena al trabajo.

4.1.4.4. Pensión por muerte

Es originada por el fallecimiento de un asegurado menor de 65 años, en relaciones laborales o ajenas a la relación laboral. Consiste en una pensión vitalicia o temporal, según corresponda, a favor de los derechohabientes.

4.1.4.5. Gastos funerarios

Son pagos por única vez, equivalentes a 1.800 bolivianos, a la persona que acredite haber cubierto los gastos funerarios de un asegurado fallecido.

4.2. Sistema de seguridad social no contributivo: asistencia social, prestaciones en especie y en dinero²⁹

En sentido contrario al sistema de seguridad social contributivo, el sistema de seguridad social no contributivo no encuentra su fuente de financiamiento en el aporte laboral o patronal; es financiado entonces por impuestos y, básicamente, se trata de políticas públicas diseñadas para implementar mecanismos de protección social a favor de grupos vulnerables. En consecuencia, para acceder a sus prestaciones, los beneficiarios no requieren acreditar ningún aporte o cotización.

4.2.1. Programa Mi Salud

El programa Mi Salud tiene como objetivo brindar atención médica a la población, casa por casa y de manera gratuita, además de fortalecer los centros de salud. Es una iniciativa del Gobierno boliviano, que cuenta con el asesoramiento de Cuba y que,

²⁹ Por razones de espacio no se incluyen otras políticas que también conforman el piso de protección social, como la renta solidaria para personas con discapacidad, el bono anual para los no videntes, los programas Desnutrición Cero, Desayuno Escolar, Mi Primer Empleo Digno y el de apoyo al empleo, entre otros.

de manera piloto, se implementa en la ciudad de El Alto, para posteriormente cubrir todo el territorio nacional. El programa cuenta con 150 médicos, 150 enfermeras, 40 radiólogos, 40 laboratoristas y 40 estadígrafos que brindarán atención médica gratuita a 3.000 ciudadanos –niños, adultos y mayores entre 21 y 60 años de edad– y demanda una inversión de 50 millones de bolivianos, financiada en un 67% por el Gobierno nacional y el resto por la Alcaldía.³⁰

4.2.2. Programa Mi Agua en el altiplano paceño

El programa Mi Agua tiene el propósito de incrementar la producción agropecuaria y llevar el bienestar a los bolivianos, garantizando la seguridad alimentaria. Cada uno de los 327 municipios rurales de Bolivia recibirá 300.000 dólares en 2013 para poner en marcha sistemas de agua potable y riego, así como para ganadería. Según los datos proporcionados por el Ministerio de Medio Ambiente y Agua, 72 alcaldes recibieron contratos por un monto global de 128,8 millones de bolivianos para la ejecución de 158 proyectos.³¹

4.2.3. Seguro universal materno infantil³²

Tiene carácter universal, integral y gratuito, otorga prestaciones de salud en los niveles de atención del sistema nacional de salud y del sistema de seguridad social de corto plazo a las mujeres embarazadas, desde el inicio de la gestación hasta los seis meses posteriores al parto, así como a niños y niñas, desde su nacimiento hasta los 5 años de edad, siendo una prioridad en la estrategia de reducción de la pobreza.

4.2.4. Seguro para el adulto mayor³³

De carácter integral y gratuito, en todos los niveles de atención del sistema nacional de salud otorga prestaciones a ciudadanos mayores de 60 años de edad radicados de manera permanente en el territorio nacional y que no cuenten con ningún tipo de seguro de salud.

³⁰ *La Razón Digital*, “Gobierno crea programa ‘Mi Salud’ para brindar atención médica gratuita casa por casa”, 01 de junio de 2013. Disponible en: http://www.la-razon.com/sociedad/Gobierno-programa-Salud-atencion-gratuita_o_1843615686.html.

³¹ Fondo Nacional de Inversión Productiva y Social, “Presidente inició el programa ‘Mi Agua’ en el altiplano paceño”, s. f. Disponible en: <http://www.fps.gob.bo/index.php/noticias/Presidente-inici-el-programa-Mi-Agua-en-altiplano-paceo,378.html>.

³² Creado por Ley del Seguro Universal Materno Infantil, Ley 2426 de 21 de noviembre de 2002.

³³ Creado por Ley 3323 de 16 de enero de 2006.

4.2.5. *Renta universal de vejez (renta dignidad)*³⁴

La renta universal de vejez es un beneficio vitalicio, no heredable, de carácter no contributivo que el Estado nacional otorga a todos los bolivianos residentes en el país mayores de 60 años, que no perciban una renta en el sistema de seguridad social de largo plazo o una remuneración contemplada en el presupuesto general de la nación, consistente en un total anual de 3.000 bolivianos (250 mensuales). Este beneficio se otorga también a los bolivianos que perciben una renta del sistema de seguridad social de largo plazo en un 75% del monto de la renta universal de vejez, es decir en un total anual de 2.400 bolivianos (200 mensuales). Además, otorga a los derechohabientes 1.800 bolivianos por concepto de gastos funerales, a la muerte del titular del derecho.

4.2.6. *Bono madre niño–niña Juana Azurduy*³⁵

Tiene por finalidad hacer efectivos los derechos fundamentales de acceso a la salud y el desarrollo integral consagrados en la Constitución Política del Estado, para disminuir los niveles de mortalidad materna e infantil y la desnutrición crónica de niños y niñas menores de dos años. Igualmente, pretende instituir el incentivo para la maternidad segura y el desarrollo integral de la población infantil de cero a dos años de edad. Es pagado de la siguiente manera: primer control prenatal: Bs.50, segundo control prenatal: Bs.50, tercer control prenatal: Bs.50, cuarto control prenatal: Bs.50, parto institucional más control prenatal: Bs.120. Para niños y niñas menores de 2 años, 12 controles bimestrales integrales de salud, cada uno por Bs.125. Es decir, un total de hasta 1.820 bolivianos en un período de 33 meses.

4.2.7. *Bono Juancito Pinto*³⁶

Es un subsidio de incentivo a la permanencia y culminación del año escolar de niños y niñas en los primeros cinco años de primaria, en las unidades educativas públicas de todo el territorio nacional. Tiene un valor de 200 bolivianos anuales, que son entregados en dos cuotas. El primer pago es efectuado al inicio de la gestión escolar y el segundo al cierre de esa gestión; también puede ser pagado en especie, con productos nacionales. El Juancito Pinto comenzó en el año 2006, con un presupuesto de 216.993.400 bolivianos para escolares de primero a quinto de primaria. Pero para 2013,

³⁴ Implementado mediante la Ley de la Renta Universal de Vejez (Renta Dignidad), Ley 3791 de 28 de noviembre de 2007. La Ley 378 de 16 de mayo de 2013 modifica los montos de la Renta Universal de Vejez.

³⁵ Implementado mediante Decreto Supremo 0066 de 3 de abril de 2009.

³⁶ Implementado mediante Decreto Supremo 28899 de 26 de octubre de 2006.

además de ser pagado a los seis cursos de primaria, llegó hasta el cuarto de secundaria con un presupuesto de 390.301.800 bolivianos.³⁷

5. Desafíos de la protección social en la lucha contra la pobreza y la exclusión

Una de las estrategias más efectivas para erradicar la deserción escolar, el trabajo infantil y el trabajo forzoso es la implementación de programas de incentivo a la educación, ya que el ejercicio de este derecho garantiza en un futuro mayores probabilidades de acceder a una fuente laboral formal.

Los programas vinculados al empleo y a la formalización del empleo son fundamentales para reducir los índices de pobreza extrema. En este contexto, el gran desafío es reducir progresivamente la economía informal (más formalidad = más derechos = más trabajo digno); sin embargo, para “formalizar” la economía se requiere un crecimiento sostenido y políticas activas de empleo y modernización productiva.

La informalidad en el empleo es otra limitante en la extensión de la protección en salud, dado que el modelo de la seguridad social exige una relación formal obrero-patronal. En Bolivia existen 1,3 millones de trabajadores informales, que representan el 64% de la población ocupada en el área urbana.³⁸

Los programas del sistema de seguridad social no contributivo deben implementar transferencias condicionadas (transferencias de recursos a familias pobres que deben comprometerse a cumplir ciertas metas en los ámbitos de la educación, la salud y la nutrición). La combinación de asistencia monetaria (o en especie) con exigencias educativas o de salud permite combinar el alivio de la pobreza a corto plazo con objetivos a largo plazo, mediante el desarrollo del capital humano como una manera de superar los mecanismos de reproducción intergeneracional de la pobreza.³⁹

Al margen de encontrar formas de potenciar la cobertura provisional por la vía contributiva, otro gran desafío es consolidar modelos de pensiones no contributivas que permitan abarcar a la población históricamente excluida de los mecanismos formales de ahorro para la vejez.⁴⁰

La coordinación de los programas sociales de lucha contra la pobreza no debe limitarse a los servicios de salud y educación. También es importante establecer puentes

³⁷ *La Razón Digital*, “Cerca de 2 millones de alumnos recibirán el bono Juancito Pinto”, 23 de octubre de 2013. Disponible en: http://www.la-razon.com/sociedad/Cerca-millones-recibiran-Juancito-Pinto_o_1930007015.html.

³⁸ Organización Panamericana de la Salud, (OPS), *Exclusión en Salud. Estudio de caso. Bolivia, El Salvador, Nicaragua, México, Honduras*, Serie Extensión de la Protección Social en Salud, núm. 2, Washington, D. C., OPS, 2009, p. 30.

³⁹ Consejo Económico para América Latina y el Caribe (Cepal), *La protección social de cara al futuro: Acceso, financiamiento y solidaridad*, Santiago de Chile, Cepal, 2006, p. 164.

⁴⁰ *Ibid.*, p. 117.

con otras áreas de la actividad estatal y, especialmente, con las políticas públicas sobre infraestructura, vivienda, agua potable, saneamiento y transporte.⁴¹

Para la implementación de políticas y programas sociales de lucha contra la pobreza es vital fortalecer los indicadores sociolaborales (línea base), la adopción de criterios de focalización y la necesidad de contar con instrumentos de medición de la pobreza y vulnerabilidad para la asignación de beneficios. Igualmente, indicadores de evaluación y monitoreo de programas son un importante desafío, a fin de evitar programas sociales con fines de clientelismo político y de realzar su eficacia.⁴²

En el caso concreto de Bolivia no se cuenta con los recursos suficientes, la infraestructura adecuada ni el personal necesario para el monitoreo y cumplimiento de las disposiciones legales laborales; entonces, no resulta útil tener una legislación laboral adecuada, si esta no se cumple. En consecuencia, es importante fortalecer el Ministerio de Trabajo, Empleo y Previsión Social como entidad garante de los derechos laborales en la vía administrativa, en especial en sus funciones de inspección.⁴³ Asimismo, se debe crear una red interinstitucional (con participación de instituciones gubernamentales como el Ministerio de Desarrollo Rural y Tierras, Ministerio de Trabajo, Empleo y Previsión Social y Ministerio de Planificación del Desarrollo, el Instituto Nacional de Estadísticas, Unidad de Análisis de Políticas Sociales y Económicas, instituciones privadas, organizaciones sociales como la Central Obrera Boliviana y agencias de cooperación internacional como la FAO y la OIT) para coordinar acciones en la materia, apoyar investigaciones, realizar análisis y reflexiones sobre empleo rural y pobreza. Uno de los objetivos de esta red debe ser la construcción de un Observatorio del Empleo Rural a nivel nacional.⁴⁴

Bibliografía

- CONFERENCIA INTERNACIONAL DEL TRABAJO, 100^a. reunión, *Informe VI. Seguridad social para la justicia social y una globalización equitativa*, Ginebra, 2011.
- INSTITUTO INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS, *Protección Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Sistema Universal y Sistema Interamericano*, San José, Editorama S.A., 2008.
- OFICINA INTERNACIONAL DEL TRABAJO GINEBRA (OIT), *Piso de protección social para una globalización equitativa e inclusiva*, Informe del Grupo consultivo presidido por Michelle Bachelet, convocado por la OIT con la colaboración de la OMS, Ginebra, 2011.

⁴¹ *Ibid.*, p. 178.

⁴² *Ibid.*, p. 179.

⁴³ Fernando Soto y Emilio Klein (coords.), *Políticas de mercado de trabajo y pobreza rural en América Latina*, t. II, Roma, Cepal, OIT, FAO, 2012, p. 85.

⁴⁴ *Ibid.*, p. 86.

- CONSEJO ECONÓMICO PARA AMÉRICA LATINA Y EL CARIBE (Cepal), *La protección social de cara al futuro: Acceso, financiamiento y solidaridad*, Santiago de Chile, Cepal, 2006.
- SOTO, Fernando y Emilio KLEIN (coords.), *Políticas de mercado de trabajo y pobreza rural en América Latina*, t. II, Roma, Cepal, OIT, FAO, 2012.
- ORGANIZACIÓN PANAMERICANA DE LA SALUD (OPS), *Exclusión en salud. Estudio de caso. Bolivia, El Salvador, Nicaragua, México, Honduras*, Serie Extensión de la Protección Social en Salud, núm. 2, Washington, D. C., OPS, 2009.

Sentencias constitucionales

- CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, Sentencia Constitucional SU-995/99 de 09 de septiembre de 1999, M. P. Carlos Gaviria Díaz.
- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL FEDERAL ALEMÁN, BVerfGE 82, 60 (111) de 29 de mayo de 1990 – *Steuerfreies Existenzminimum* (Mínimo existencial libre de impuestos).

Domingo Hernández Emparanza* (Chile)

Parámetros sobre el derecho a la protesta social y garantías constitucionales. El caso chileno**

RESUMEN

El presente trabajo incursiona en la conceptualización, los alcances y el estatuto del llamado derecho a la protesta social, desde el punto de vista jurídico-constitucional chileno. A partir de ciertas premisas antropológicas, que permiten escindir las protestas de los llamados movimientos sociales, y haciendo presente el contexto internacional, penetra en el ámbito constitucional chileno distinguiendo entre una tesis amplia y otra restrictiva sobre su existencia como derecho, dada la falta de consagración textual específica. Para ello, considera especialmente los contextos sociopolíticos de dictadura y de retorno a la democracia, con las consiguientes demandas políticas sobre derechos sociales, con el rol que han jugado las protestas sociales y el tratamiento que el Estado les ha dado, que van desde la criminalización por razones de orden público y seguridad del Estado (dictadura), hasta la regulación circunstancial de su ejercicio (cómo, cuándo, dónde), la que, a su vez, podría envolver una inaceptable exigencia de permiso previo, incluso en democracia. Se analiza especialmente el rol de la Corte Suprema y de la Contraloría General de la República.

Palabras clave: protesta social, derecho implícito, derecho fundamental, derechos sociales, legitimidad democrática, criminalización, derecho de reunión y manifestación, libertad de expresión, orden público, parámetros interamericanos, regulación.

ZUSAMMENFASSUNG

Die vorliegende Arbeit befasst sich aus der Sicht des chilenischen Verfassungsrechts mit der konzeptionellen Fassung, der Reichweite und dem Status des sogenannten Rechts auf sozialen Protest. Ausgehend von einigen anthropologischen Prämissen, aufgrund derer sich die Proteste von den sogenannten sozialen Bewegungen unterscheiden lassen,

* Ministro del Tribunal Constitucional de Chile. dhernandez@tcchile.cl.

** Trabajo realizado con la colaboración del abogado asistente del Tribunal Constitucional de Chile, profesor Alberto Tala Japaz.

und unter Berücksichtigung des internationalen Kontextes geht sie auf das chilenische Verfassungswesen ein und unterscheidet angesichts des Fehlens einer ausdrücklichen Verankerung im Verfassungstext zwischen einer weiten und einer engen Auslegung des genannten Rechts. Dazu betrachtet sie insbesondere den gesellschaftspolitischen Kontext der Diktatur und der Rückkehr zur Demokratie und die damit einhergehenden politischen Forderungen nach sozialen Rechten, die Rolle, die die sozialen Proteste gespielt haben, sowie deren Umgang durch den Staat, der von ihrer Kriminalisierung zum Zwecke der öffentlichen Ordnung und der Staatssicherheit (Diktatur) bis hin zu ihrer Regulierung (über das wie, wann und wo) reicht, und die ihrerseits in einer Demokratie die inakzeptable Auflage einer vorherigen Genehmigung beinhalten könnte. Im Einzelnen wird auf die Rolle des Obersten Gerichtshofs und der Obersten Rechnungsprüfungsbehörde der Republik eingegangen.

Schlagwörter: Sozialer Protest, implizites Recht, Grundrecht, soziale Rechte, demokratische Legitimität, Kriminalisierung, Versammlungs- und Demonstrationsrecht, Recht auf freie Meinungsäußerung, öffentliche Ordnung, interamerikanische Parameter, Regulierung.

ABSTRACT

This paper studies the concept, scope and statute of the so-called right to social protest from the point of view of Chilean constitutional law. Based on anthropological premises that separate protests from social movements, and considering the international context, we delve into the field of Chilean constitutional law. There we observe a broad thesis on the existence of this right and also a restrictive one inasmuch as it is not enshrined in a specific text. Special attention is given to the socio-political contexts of dictatorship and return to democracy, the subsequent political demands regarding social rights, the role of social protests and their treatment by the state. This treatment varies from criminalization based on reasons of public order and state security (dictatorship) to the regulation of the right (how, when, where) which might entail the unacceptable requirement of obtaining prior authorization, even in democracy. We analyse the role of the Supreme Court and the Office of the Comptroller General of the Republic.

Keywords: Social protest, implicit right, fundamental right, social rights, democratic legitimacy, criminalization, right of assembly and demonstration, freedom of expression, public order, state security, Inter-American criteria, regulation.

1. Concepto y problemática

La protesta social se manifiesta como un hecho político y sociológico que plantea diversos cuestionamientos que se mueven entre su legitimidad democrática y su rechazo, e incluso criminalización, en cuanto conducta anómica. De allí que se la ha entendido como “quejas avanzadas por ciertos grupos que ven sus necesidades básicas insatisfechas. Quejas que tienen que ver con reclamos por la carencia de trabajo, vi-

vienda digna, asistencia sanitaria, protección social”.¹ También ha sido definida como “una forma de acción colectiva de carácter contencioso e intencional que adquiere visibilidad pública y que se orienta al sostenimiento de demandas, centralmente, frente al Estado”.² Sus aspectos distintivos son:

- a) Mientras los tradicionales movimientos sociales mantienen una matriz identitaria constante en el tiempo y de localización espacial amplia, que da lugar en ocasiones a organizaciones de la sociedad civil que llegan a relacionarse con el Estado o con los partidos políticos (y, a veces, suelen ser cooptados por estos últimos en vínculos clientelares), las protestas –por su parte– son básicamente instrumentales y concretas, con sentido particular en cada protesta o ciclos de protesta, comprendiéndose solo en su concatenación o conjunto. Ello, especialmente, en cuanto asumen un carácter fragmentario o segmentario, pero no identitario ni orgánico, en la medida que canalizan múltiples demandas sociales concretas de sectores que no acceden a las élites directivas institucionales, ni pueden influir en la toma de decisiones por medios sociales no explícitos.
- b) La explicación analítica de la protesta social no es mecanicista ni orgánica sino espontánea o instrumental, a diferencia de lo que ocurre con un movimiento social, cuyo paradigma se reconduce o a una estrategia racional que perdura en el tiempo, o a un *ethos* identitario que busca expresarse y lograr su espacio social.
- c) Ejemplos de movimientos sociales han sido el que existió en India por su independencia de Gran Bretaña, el que se dio en contra de la guerra de Vietnam (pacifista), el movimiento estudiantil francés de Mayo de 1968, el movimiento por los derechos civiles en Estados Unidos, el movimiento ambientalista, entre otros. Las protestas, en cambio, han sido más “cosistas” o específicas, aunque sin dejar de reflejar una profunda problemática general de la sociedad. Así, por ejemplo, las protestas brasileñas en actual desarrollo, las protestas bolivianas durante el gobierno de Evo Morales, las protestas “piqueteras” en Argentina, todas las protestas latinoamericanas que presionaron hacia la transición democrática en los gobiernos de dictadura, incluida la chilena, y desde 1983 en adelante, las protestas chilenas estudiantiles y laborales durante el período de retorno a la democracia.
- d) Así, la cuestión fundamental que la protesta plantea es la reacción del poder público institucional frente a ella, especialmente considerando que las mismas son expresión de los grupos más desaventajados o postergados de la sociedad convencional, es decir, de aquellos que viven en peores condiciones o cuyas de-

¹ Roberto Gargarella, “El derecho a la protesta social”, *Derecho y Humanidades*, núm. 12, 2006, p. 142.

² Schuster y Pereyra, 2001, citados Virginia Manzano, *Movimiento social y protesta social desde una perspectiva antropológica*, 2014, p. 7. Disponible en: <http://www.filo.uba.ar/contenidos/movimientosocialyprotestasocial.doc>.

mandas no han sido atendidas por los cauces institucionales. O, por el contrario, debemos cuestionarnos cuál es el nivel de reproche o enojo público que las protestas merecen, por alterar y afectar los derechos de terceros (comenzando por el orden público en general) para hacer valer sus pretensiones. Todavía más, si acaso merece protección la expresión de minorías que, manifestada en forma distinta a la institucionalmente prevista, afecta o incide en los derechos de quienes se ajustan al sistema institucional.

En el fondo, el cuestionamiento es político: ¿qué entendemos por democracia? ¿Aquella formal o una que dé espacios reales de participación y expresión, aunque no sea orgánica y en la forma prevista por la Constitución? ¿Puede el pueblo expresarse o ejercer algún grado de soberanía por medios distintos de sus representantes (órganos del Estado) o de las elecciones o plebiscitos constitucionalmente previstos?

Lo anterior nos lleva a tamizar la manera conforme a la cual todo ello resulta recogido por la Constitución.³

2. Marco constitucional regulatorio

A nivel constitucional chileno, no existe una norma que explícitamente reconozca el derecho a la protesta. Todavía más, existen razones dogmático-textuales que podrían hacer dudar de la existencia de un tal derecho.

En efecto, comenzando por estas últimas, cabe considerar las siguientes normas constitucionales:

- a) Artículo 5, inciso primero. “La soberanía reside esencialmente en la Nación. Su ejercicio se realiza por el pueblo a través del plebiscito y de elecciones periódicas y, también, por las autoridades que esta Constitución establece. Ningún sector del pueblo ni individuo alguno puede atribuirse su ejercicio”.
- b) Artículo 24, incisos primero y segundo. “El gobierno y la administración del Estado corresponden al presidente de la República, quien es el jefe del Estado. Su autoridad se extiende a todo cuanto tiene por objeto la conservación del orden público en el interior y la seguridad externa de la República, de acuerdo con la Constitución y las leyes”.
- c) Artículo 101. “Las Fuerzas Armadas dependientes del Ministerio encargado de la Defensa Nacional están constituidas única y exclusivamente por el Ejército, la

³ Un análisis de derecho comparado europeo, con particular acento en el caso español, puede encontrarse en José Luis López González, *El derecho de reunión y manifestación en el ordenamiento constitucional español*, Madrid, Ministerio de Justicia e Interior, 1995; Ignacio Torres Muro, *El derecho de reunión y manifestación*, Madrid, Civitas, 1991; Domingo Pérez Castaño, *Régimen jurídico del derecho de reunión y manifestación*, Madrid, Ministerio del Interior, 1997.

Armada y la Fuerza Aérea. Existen para la defensa de la patria y son esenciales para la seguridad nacional.

Las Fuerzas de Orden y Seguridad Pública están integradas solo por Carabineros e Investigaciones. Constituyen la fuerza pública y existen para dar eficacia al derecho, garantizar el orden público y la seguridad pública interior, en la forma que lo determinen sus respectivas leyes orgánicas. Dependen del ministerio encargado de la Seguridad Pública.

Las Fuerzas Armadas y Carabineros, como cuerpos armados, son esencialmente obedientes y no deliberantes. Las fuerzas dependientes de los ministerios encargados de la Defensa Nacional y de la Seguridad Pública son, además, profesionales, jerarquizadas y disciplinadas”.

Bajo esta perspectiva podría sostenerse que el pueblo solo puede expresarse mediante los mecanismos institucionalmente previstos para ello (orgánicos y electorales), pero no mediante protestas espontáneas. Máxime si, como señalan las otras normas citadas, el resguardo del orden público es un deber primordial del jefe de Estado y, en regiones, lo cumple con la colaboración del intendente, a quien corresponde intervenir administrativamente para la realización de manifestaciones públicas, en ejercicio del derecho de reunión en lugares públicos. El orden público está encargado, operativamente, a las Fuerzas de Orden y Seguridad Pública, cuya función es dar eficacia al derecho y garantizar el orden público, precisamente, en la forma que determinen sus respectivas leyes orgánicas.

Por otra parte, la conceptualización de la protesta social como un derecho puede extraerse de las siguientes disposiciones constitucionales:

Artículo 4°. Chile es una república democrática.

Artículo 5°, inciso segundo. El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. Es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes.

Artículo 19. La Constitución asegura a todas las personas:

[...]

12°. La libertad de emitir opinión y la de informar, sin censura previa, en cualquier forma y por cualquier medio, sin perjuicio de responder de los delitos y abusos que se cometan en el ejercicio de estas libertades, en conformidad a la ley, la que deberá ser de quórum calificado (inc. primero).

[...]

13°. El derecho a reunirse pacíficamente sin permiso previo y sin armas.

Las reuniones en las plazas, calles y demás lugares de uso público, se regirán por las disposiciones generales de policía.

[...]

26°. La seguridad de que los preceptos legales que por mandato de la Constitución regulen o complementen las garantías que esta establece o que las limiten en

los casos en que ella lo autoriza, no podrán afectar los derechos en su esencia, ni imponer condiciones, tributos o requisitos que impidan su libre ejercicio.

Artículo 63. Solo son materias de ley:

[...]

20°. Toda otra norma de carácter general y obligatoria que estatuya las bases esenciales de un ordenamiento jurídico.

La construcción dogmática jurisprudencial acerca del derecho a la protesta, que emana de dichos preceptos, ha variado notoriamente en Chile en función de los momentos políticos en que se ha tratado jurisdiccionalmente el tema por las instituciones correspondientes a cada etapa histórica. Pero, aun así, es posible visualizar una posición doctrinaria constante de quienes sostienen un derecho a la protesta, enriquecida por los cambios de contexto político y por la recepción de otras normas internacionales, además de las reformas constitucionales que atañen incluso al Tribunal Constitucional. Por ende, antes de desarrollar esos planteamientos, en el párrafo siguiente, completaremos la exposición de los referentes normativos.

Desde el ámbito de la convencionalidad internacional de los derechos humanos cabe considerar las siguientes normas:

Convención Americana sobre Derechos Humanos:

Artículo 13. Libertad de pensamiento y de expresión

1. Toda 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.

2. El ejercicio del derecho previsto en el inciso precedente no puede estar sujeto a previa censura sino a responsabilidades ulteriores, las que deben estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para asegurar:

- a) el respeto a los derechos o a la reputación de los demás, o
- b) la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas.

3. No se puede restringir el derecho de expresión por vías o medios indirectos, tales como el abuso de controles oficiales o particulares de papel para periódicos, de frecuencias radioeléctricas, o de enseres y aparatos usados en la difusión de información o por cualesquiera otros medios encaminados a impedir la comunicación y la circulación de ideas y opiniones.

4. Los espectáculos públicos pueden ser sometidos por la ley a censura previa con el exclusivo objeto de regular el acceso a ellos para la protección moral de la infancia y la adolescencia, sin perjuicio de lo establecido en el inciso 2.

5. Estará prohibida por la ley toda propaganda en favor de la guerra y toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituyan incitaciones a la violencia o cualquier otra acción ilegal similar en contra de cualquier persona o

grupo de personas, por ningún motivo, incluso los de raza, color, religión, idioma u origen nacional.

Artículo 15. Derecho de reunión

Se reconoce el derecho de reunión pacífica y sin armas. El ejercicio de tal derecho solo puede estar sujeto a las restricciones previstas por la ley, que sean necesarias en una sociedad democrática, en interés de la seguridad nacional, de la seguridad o del orden públicos, o para proteger la salud o la moral públicas o los derechos o libertades de los demás.

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de la ONU:

Artículo 19

1. Nadie podrá ser molestado a causa de sus opiniones.
2. 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.
3. El ejercicio del derecho previsto en el párrafo 2 de este artículo entraña deberes y responsabilidades especiales. Por consiguiente, puede estar sujeto a ciertas restricciones que deberán, sin embargo, estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para:
 - a) Asegurar el respeto de los derechos o de la reputación de los demás.
 - b) La protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas.

Artículo 21

Se reconoce el derecho de reunión pacífica. El ejercicio de tal derecho solo podrá estar sujeto a las restricciones previstas por la ley que sean necesarias en una sociedad democrática, en interés de la seguridad nacional, de la seguridad pública o del orden público, o para proteger la salud o la moral públicas o los derechos y las libertades de los demás.

Sobre la base de la expresa habilitación del numeral 13°, inciso segundo, del artículo 19 de la Constitución, se dictó el Decreto Supremo 1086, de 16 de septiembre de 1983, regulatorio de reuniones públicas, en los siguientes términos:

Núm. 1.086. Visto: lo dispuesto en el artículo 32° N° 8, de la Constitución Política y lo establecido en el Decreto Ley número 575, de 1974 y en el DFL N° 22, de 1959, de Interior, y Considerando:

1. Que la Constitución Política del Estado, en su artículo 19, N° 13, asegura a todas las personas, el derecho a reunirse pacíficamente sin permiso previo y sin armas.
2. Que la misma Constitución establece que en las calles, plazas y demás lugares de uso público las reuniones se regirán por las disposiciones generales de policía.

3. Que el ejercicio de estos derechos tiene por límite el resguardo de un tercero y su uso no puede llegar hasta lesionar la libertad de otra persona o la conveniencia de la sociedad; y

4. Que es un deber de la autoridad ejercer la vigilancia y cuidar de la integridad de las personas, y la conservación de las plazas, calles, paseos y bienes públicos y que se respeten en el uso a que están destinados,

Decreto:

Artículo 1. Las personas que deseen reunirse podrán hacerlo pacíficamente, sin permiso previo de la autoridad, siempre que ello sea sin armas.

Artículo 2. Para las reuniones en plazas, calles y otros lugares de uso público regirán las siguientes disposiciones:

a) Los organizadores de toda reunión o manifestación pública deben dar aviso con dos días hábiles de anticipación, a lo menos, al intendente o gobernador respectivo. Las Fuerzas de Orden y Seguridad Pública pueden impedir o disolver cualquier manifestación que no haya sido avisada dentro del plazo fijado y con los requisitos de la letra b).

b) El aviso indicado deberá ser por escrito y firmado por los organizadores de la reunión, con indicación de su domicilio, profesión y número de su cédula de identidad. Deberá expresar quiénes organizan dicha reunión, qué objeto tiene, dónde se iniciará, cuál será su recorrido, dónde se hará uso de la palabra, qué oradores lo harán y dónde se disolverá la manifestación.

c) El intendente o gobernador, en su caso, pueden no autorizar las reuniones o desfiles en las calles de circulación intensa y en calles en que perturben el tránsito público.

d) Igual facultad tendrán respecto de las reuniones que se efectúen en las plazas y paseos en las horas en que se ocupen habitualmente para el esparcimiento o descanso de la población y de aquellas que se celebren en los parques, plazas, jardines y avenidas con sectores plantados.

e) Si llegare a realizarse alguna reunión que infrinja las anteriores disposiciones, podrá ser disuelta por las Fuerzas de Orden y Seguridad Pública.

f) Se considera que las reuniones se verifican con armas, cuando los concurrentes lleven palos, bastones, fierros, herramientas, barras metálicas, cadenas y, en general, cualquier elemento de naturaleza semejante. En tal caso las Fuerzas de Orden y Seguridad Pública ordenarán a los portadores entregar esos utensilios, y si se niegan o se producen situaciones de hecho, la reunión será disuelta.

Artículo 3. Los intendentes o gobernadores quedan facultados para designar, por medio de una resolución, las calles y sitios en que no se permitan reuniones públicas, de acuerdo con lo prescrito en las letras c) y d) del artículo 2.

Tómese razón, comuníquese y publíquese. Augusto Pinochet Ugarte, general de Ejército, presidente de la República. Sergio O. Jarpa, ministro del Interior.

Patricio Carvajal Prado, vicealmirante, ministro de Defensa Nacional.

Lo que transcribo a Ud. para su conocimiento. Saluda atentamente a Ud. Luis Simón Figueroa del Río, subsecretario del Interior.⁴

3. ¿Existe en Chile un derecho a la protesta social jurídicamente reconocido, amplio o restringido?

3.1. Tesis amplia

Quienes abogan por la amplia existencia constitucional de un tal derecho sostienen que se construye a partir de la relación existente entre el derecho de reunión y la libertad de opinión (en su vertiente de libertad de expresión, sin control o censura previa y por cualquier forma o medio), todo ello como trasunto del principio democrático y como concreción, al mismo tiempo, de los derechos reconocidos en ese sentido por los instrumentos internacionales de derechos humanos citados.⁵ Podría incluso ser conducido a la libertad de conciencia, que no solo se refiere a materias religiosas (CPR, art. 19, núm. 6°), entre otros derechos y libertades, tales como el derecho de petición (núm. 14), libertad ambulatoria (núm. 7).

Esa misma tendencia, que podríamos denominar tesis amplia favorable al derecho de protesta, critica ese estatuto –así construido– por cuanto vulneraría el principio de reserva legal que emana del numeral 26° del artículo 19 de la Constitución, en cuanto esta última norma manda que los derechos y las garantías constitucionales sean regulados por ley, lo que no se cumpliría a propósito del derecho de reunión, que quedó regulado por una norma administrativa de potestad reglamentaria. Con ello, al mismo tiempo, se vulnerarían los tratados internacionales sobre derechos humanos, los cuales son categóricos en esta materia al exigir regulación por ley y no por decreto reglamentario, todo lo cual incide en la regulación participativa y democrática de tan sensible materia.

La misma tendencia, amplia en favor del derecho a la protesta, reprocha también que el derecho de reunión no está sujeto conceptualmente a permiso previo (porque se trata de un acto en principio permitido), mas sí a un aviso a la autoridad –en función de la toma de medidas de coordinación, tránsito y protección de terceros–, pero los requisitos han llegado a ser de tal entidad que el aviso se ha convertido, en la práctica, en una solicitud de permiso, de carácter inconstitucional, adoleciendo de tal vicio el Decreto Supremo 1086, citado. Ello, por cuanto se han impuesto condiciones o requisitos que impiden su libre ejercicio o afectan su esencia, e infringen así el citado numeral 26° del artículo 19 de la CPR.

Sobre esto último, como venció el plazo de impugnación del decreto ante el Tribunal Constitucional (en el año 1983, período de excepción a la democracia), se pidió

⁴ Cabe destacar que este decreto fue complementado posteriormente por el Decreto 1216, de 8 de noviembre de 1984, en lo relativo al ejercicio del derecho de reunión durante la vigencia del Estado de sitio, cuyo detalle no desarrollaremos aquí.

⁵ Actualmente, Centro de Derechos Humanos UDP, 2012. Antes Patricio Zapata Larrain, 1986.

recientemente la invalidación de dicho decreto a la Contraloría General de la República (CGR), entidad de control que –sin rechazar su competencia para ello– en concreto desestimó tal petición (Dictamen 78143, de 14 de diciembre de 2011). Consideró para ello motivaciones que la sitúan en el ámbito de un reconocimiento restringido del derecho a protesta que comentaremos infra.

En esa misma línea amplia se cita la opinión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, que en un informe de 2006 manifestó:

La finalidad en la reglamentación del derecho de reunión no puede ser la de crear una base para que la reunión o la manifestación sea prohibida. Por el contrario, la reglamentación que establece, por ejemplo, el aviso o notificación previa, tiene por objeto informar a las autoridades para que tomen las medidas conducentes a facilitar el ejercicio del derecho sin entorpecer de manera significativa el desarrollo normal de las actividades del resto de la comunidad.⁶

Este enfoque toleraría, en principio, lo que se ha venido en llamar “regulaciones de tiempo, lugar y modo”⁷ tendentes a verificar las condiciones de ejercicio pacífico y sin armas, siempre que ello no implique permiso previo.

El paradigma político-jurídico en este sentido señala que “por más que la mayoría insista e insista con cierto reclamo, hay cosas que no le pueden ser concedidas”; pero “la protesta no es un problema para la democracia” puesto que “nos preocupa que el poder político no abuse”, ya que “lo que está en juego es una crítica al poder público”, en donde “el Poder Judicial debe brindar un resguardo muy especial a la persona que critica al gobierno, en lugar de convertirse, como hoy tiende a convertirse, en líder del reproche frente a quienes protestan”; de modo que “cuando se critica al poder, allí ocurre algo muy importante, que merece el máximo resguardo y amparo por parte de las autoridades judiciales”; porque si alguien realiza “un comportamiento violento, ese individuo particular podrá ser merecedor de reproche, pero ese reproche no agrega ni quita absolutamente nada a la discusión en juego, sobre el valor o la protección que merecen el derecho a la huelga o el derecho a la protesta”⁸.

Todavía más, se trata de igualar mediante la protesta la posibilidad de influencia de los sectores desprovistos de acceso al juego de la comunicación social. Particularmente, cuando se trata de derechos sociales –tales como la vivienda, la salud, el trabajo, la educación, la integración o no discriminación, por cualesquiera motivos– que, en la práctica, pese al texto explícito de la Constitución (lo que prueba que el argumento de texto no es determinante), no han recibido reconocimiento operativo jurisdiccional y de políticas

⁶ Citada por Flavio Quezada, “De por qué el sistema de autorización previa del ejercicio del derecho de reunión contenido en el DS 1.086 de 1983 es inconstitucional”, *Diario Constitucional*, 23 de mayo de 2012. Disponible en: www.diarioconstitucional.cl.3.

⁷ Gargarella, *op. cit.*, p. 150.

⁸ *Idem.*

públicas suficiente. Es decir, mediante el ejercicio de un derecho no textual constitucional, se trata de hacer valer derechos textuales consagrados pero no respetados efectivamente.

3.2. Tesis restringida

Esta línea doctrinal caracterizó al gobierno autoritario en Chile, particularmente en la década de los ochenta, y retomó cierto vigor durante el gobierno de derecha anterior al actual. Su esencia radica en la priorización valorativa de los aspectos de orden público, por sobre la expresión y participación ciudadana que la protesta implica. Desde allí, entonces, se lee la normativa y se pretende su aplicación bajo esa perspectiva.

Se cita la opinión ciertamente irónica del procurador general de la república,⁹ en el año 1983, que señalaba algo así como que “muchos invocan el derecho a protesta, pero nadie ha señalado en qué artículo de la Constitución está”. Por cierto, ello implica una visión restrictiva y positivista, en el sentido de reconocer como derecho únicamente aquello que está literalmente establecido en la Constitución, sin construcción dogmática adicional. Por ende, en este sentido, se disocian todos los derechos pertinentes y se mira exclusivamente el estatuto constitucional del derecho de reunión, sin correlacionarlo con la libertad de expresión ni mucho menos con otros derechos.

La expresión máxima de ese paradigma restrictivo consistió en la criminalización de las convocatorias a protestas, mediante la introducción del artículo 6°, letra i), a la Ley 12.927 sobre seguridad interior del Estado, tipificando legalmente dicho hecho como delito en contra del orden público. En el año 1991 dicha norma fue derogada, pero tan pronto rigió fue impugnada de inaplicabilidad por inconstitucionalidad ante la Corte Suprema, bajo el texto constitucional original, cuyo artículo 80 contemplaba dicho recurso como de control abstracto. La Corte Suprema en pleno rechazó la inaplicabilidad, con un solo voto en contra, del ministro señor Rafael Retamal, reflejándose en ambas posiciones las dos visiones sobre la materia.

El voto de mayoría (decisorio) rechazó vincular la libertad de expresión con esta temática, restringiéndola a la garantía del derecho de reunión. Sobre este último señala que el numeral 13 del artículo 19 solo requiere adecuarse a las normas generales de policía a aquellas reuniones que se desarrollen en lugares de uso público, mas no en recintos privados. Ahora bien, señala la Corte que si es posible que una mera regulación de policía estatuya lo pertinente a reuniones en lugares de uso público, “con cuanta mayor razón la autoridad de una disposición con categoría y rango de ley, puede adoptar medidas de sanción para quienes ‘sin autorización fomenten o convoquen a actos públicos colectivos en calles, plazas y demás lugares de uso público y a los que promuevan o inciten a manifestaciones de otra especie que permitan o faciliten la alteración de la tranquilidad pública” (considerando 24° de Sentencia de 28 de enero de 1986, rol 24.810). Es decir, se reconoció *ius puniendi* al Estado en materia de protestas, “supuesto que no constituye prohibir tal derecho el que se sancione a quienes lo vulneran o sobrepasan, promoviendo

⁹ El abogado señor Ambrosio Rodríguez Quirós, *El Mercurio*, 3 de julio de 1983, pp. D2-D3.

manifestaciones [no autorizadas]” (*idem*, considerando 26), lo que no puede afectar la esencia de tal derecho.

Por su parte, el voto de minoría se basa en el principio de reserva legal en materia de derechos fundamentales, en el sentido de que la regulación de autorizaciones o permisos que envuelve el DS 1086, no es solo un aviso sino una exigencia de permiso previo y, por ende, la ley penal que se basa en ello deviene inconstitucional.

Por otra parte, recientemente la CGR, en el dictamen citado supra, ha vuelto a validar expresamente las regulaciones de policía en materia de derecho de reunión, sobre la base de la historia del precepto (que reactivó la norma de la Constitución del año 1925), dándole a este derecho en especial un marco regulatorio reglamentario y no legal, por lo cual tampoco cabe entender vulnerado el numeral 26° del artículo 19 de la Constitución, que solo se refiere a casos en que los derechos son regulados por preceptos legales (no reglamentarios) por mandato de la Constitución, en circunstancias en las que en esta materia se ordena constitucionalmente la regulación reglamentaria.

4. Criminalización de la protesta social¹⁰

Según lo señalado, la cuestión del derecho a la protesta social envuelve fundamentalmente el tópico de la respuesta del poder público ante ella. Los parámetros internacionales se mueven en el sentido de que quien protesta es un ciudadano y no un delincuente, que ejerce un derecho y no comete, en sí, un delito, por lo que la autoridad debe atender y encauzar su protesta en orden a recoger las prioridades o llamado de atención que ella implica e intentar orientarla institucionalmente.

Lo anterior es así, con todo, siempre que la protesta social sea pacífica, sin armas y que no implique en sí o sea ocasión para la perpetración de delitos. Claro está, como es sabido, que la Convención Americana sobre Derechos Humanos no consagra expresamente el derecho a la protesta, sino que el mismo se infiere o construye a partir del estatuto de la libertad de expresión (información y opinión) y del derecho de reunión. Por ende, es un derecho implícito, al igual que ocurre en la Constitución chilena, entre otras de la región. Pero no por ser implícito deja de tener un perfilamiento como el indicado.

Así las cosas, es decir, siendo un derecho el protestar, las condiciones o extremos bajo los cuales pueda lícitamente ser cubierto por una figura penal son muy limitados y res-

¹⁰ Basado en Raúl Eugenio Zaffaroni, “Derecho penal y protesta social”, en Eduardo Bertoni (comp.). *¿Es legítima la criminalización de la protesta social? Derecho penal y libertad de expresión en América Latina*, Buenos Aires, CELE, Universidad de Palermo, 2010, pp. 1-15; Rodrigo Uprimny y Luz María Sánchez Duque, “Derecho penal y protesta social”, en Eduardo Bertoni (comp.). *¿Es legítima la criminalización de la protesta social? Derecho penal y libertad de expresión en América Latina*. Buenos Aires, CELE, Universidad de Palermo, 2010, pp. 47-74; Francisco Cox, “Criminalización de la protesta social: ‘No tiene derecho a reunirse donde le plazca’”, en Eduardo Bertoni (comp.). *¿Es legítima la criminalización de la protesta social? Derecho Penal y libertad de expresión en América Latina*, Buenos Aires, CELE, Universidad de Palermo, 2010, pp. 75-99.

trictivos, y en general tienen que ver con defectos de organización o excesos de la protesta en sí, que resulten en hechos de violencia o en atentados en contra del orden público.

Para enfocar las cosas de este modo, estamos pensando en la acotada figura de la protesta propiamente tal y no en otras figuras que trata la ciencia política que, en ocasiones, configuran tipos desde la perspectiva jurídico-penal.

Dicho de otro modo, la protesta no es derecho de resistencia ante una orden, decisión o situación, porque en ese caso se actúa incluso mediante la violencia, aunque se considere justificada por quienes la ejercen.

Tampoco cabe aquí la rebelión o insurrección, porque esta persigue la caída o el cambio de gobierno (no influir en una decisión u obtener una prestación), también por medio de la violencia.

Asimismo, no corresponde a la situación de asonada, en donde se trata de “arrancar o extraer” una decisión a la autoridad mediante la fuerza o la amenaza del uso de la fuerza, lo que implica también violencia.

La protesta se emparenta más bien con la llamada desobediencia civil, o no violencia activa, formulada y practicada por líderes como Thoreau, Gandhi o Martin Luther King. Conforme a ellos, se trata de asumir pacíficamente las consecuencias legales del ejercicio de una acción de conciencia, para presionar y poner de manifiesto de ese modo una situación de injusticia. Si hay hechos violentos, ellos provendrán de la autoridad, o de infiltrados provocadores o de situaciones de descontrol. Pero no son inherentes a la protesta misma.

En las condiciones señaladas, la protesta es un derecho y no un delito. Tal criterio opera ya a nivel constitucional, por lo que no sería posible prohibir bajo sanción penal su ejercicio, toda vez que ello vulneraría la Constitución. Solo es admisible penalizar situaciones de violencia explícita, por ocasión o descontrol, pero no el ejercicio del derecho en sí mismo. Esto opera, dogmáticamente, no a nivel de causales de justificación como supresoras de la antijuridicidad de la conducta típica (“ejercicio legítimo de un derecho”), sino antes, a nivel de bien jurídico protegido. Es decir, no hay bien jurídico cuya lesión o puesta en peligro quepa proteger con la tipificación del delito de protesta. Por el contrario, se trata de reconocerla y regularla como derecho fundamental. Lo que sí puede ser delito son precisas hipótesis de violencia o de atentados en contra del orden público o la seguridad del Estado derivadas de ella.

Sin embargo, los gobiernos que enfrentan las protestas se ven impulsados a utilizar la herramienta penal como mecanismo de control social. Para ello tienen dos opciones:

- a) Efectuar el “rastrillaje” o relectura de las normas penales vigentes, para tratar de captar los casos de protesta social. En América Latina se han utilizado figuras de delitos políticos como los aludidos, terrorismo, asociación ilícita, secuestro, desacato a la autoridad, entre otras. Las dificultades derivan de la extensión interpretativa, que muchas veces pugna con el principio de legalidad y tipicidad, aplicando abusivamente normas que en abstracto no presentan dificultad y que están dadas para otros casos. Por esta vía también se infringe el principio de

proporcionalidad o culpabilidad (pena proporcional al injusto culpable), al aplicarle al ciudadano una sanción exagerada.

b) Crear, vía legislativa, una nueva figura penal “antiprotesta”, las dos vías suelen adolecer de los siguientes defectos:

i) Vulneran el principio de ofensividad, ya que en verdad no hay un bien jurídico de protección (derecho a protesta frente a orden público o seguridad del Estado), transformándose en un delito de mera desobediencia (norma meramente penal), en cuanto reprime el ejercicio de un derecho e identifica el orden público y la seguridad con los intereses del gobierno de turno. Ello puede llegar a ser constitucionalmente desproporcionado.

ii) Vulneran el principio de subsidiariedad penal o última *ratio*, según el cual el derecho penal solo puede actuar cuando se han agotado los otros medios de reacción estatal. Evidentemente, cuando hay problemas reales de carácter económico, social o cultural, las necesidades asociadas a ellos no se van a satisfacer con presos o con anotaciones prontuariales, las que no contribuirán a su solución o, tal vez, producirán un efecto paradójico de agudización: ¡Las prestaciones sociales no se satisfacen con cárceles!

iii) Vulneran el principio de legalidad o, incluso, tipicidad, desde varios referentes:

- Normalmente se acude a tipos abiertos o prácticamente indeterminados, donde resulta difícil trazar el límite entre la protesta lícita y el delito, lo que afecta el ejercicio de ese derecho de protesta puesto que puede implicar serias responsabilidades.
- Habitualmente se diseñan tipos de peligro abstracto de mera acción, en donde no es posible probar la inocuidad de la conducta, la que es punible tan pronto se inicia su ejecución como delito consumado, lo que extiende demasiado la tipicidad.
- Usualmente existe reenvío de normativa administrativa delegada, difícil de precisar y aplicar.

iv) Viola el principio de antijuridicidad material, dado que carece de un genuino bien jurídico de protección y entra en conflicto con el ejercicio legítimo del derecho de protesta como causal de justificación.

v) Viola el principio de culpabilidad, porque difícilmente el ciudadano medio comprenderá cómo puede ser delito aquello que él concibe como un derecho, lo que creará situaciones de error de prohibición de difícil solución.

vi) Finalmente, vulnera el principio de proporcionalidad por la severidad de las penas que se imponen y porque, en muchos casos, después de un período de detención y procesamiento o investigación preliminar, no llega a imponerse pena alguna, lo que afecta los derechos de la persona sin reparación alguna.

En el caso chileno se utilizan las figuras de desórdenes públicos de los artículos 269 y 495, numeral 1 del Código Penal. Se critica la indefinición de la conducta y su colisión

con el legítimo derecho de protesta, así como la discrecionalidad en su aplicación, sea como delito o falta.

5. Conclusiones

Del análisis efectuado se desprende lo siguiente:

En general, el derecho a la protesta social no se reconoce textualmente como tal. Corresponde a una construcción dogmática (derecho implícito) que relaciona el derecho de reunión (que incluye, a veces, el de manifestación) y la libertad de expresión (información y opinión). Ello es así no solo a nivel constitucional nacional sino en la propia Convención Americana de Derechos Humanos, que tampoco lo consagra expresamente.

Es recomendable priorizar en la regulación de este derecho y de sus aspectos relacionados (tales como orden público y seguridad del Estado) la concepción de la protesta como un derecho fundamental, de ejercicio pacífico y sin armas, sobre su enfoque como problemática de seguridad u orden público.

La penalización de las conductas socialmente reprochables que ocurran en las protestas (con ocasión o por exceso de ellas, especialmente con violencia) no puede implicar una restricción o supresión al derecho de protestar en sí mismo.

Se debe tener especial cautela en no extender abusivamente los tipos penales existentes para captar conductas realizadas en las protestas, al igual que tampoco pueden vulnerarse los principios fundamentales de derecho penal al construir legislativamente nuevas figuras penales. En ello pueden existir cuestiones de validez constitucional.

En el caso chileno se ha reproducido empíricamente en la historia reciente la misma dinámica que explica los polos conceptuales del derecho a protesta, con variaciones circunstanciales o de intensidad. Pero, sin duda, existe en esta materia una problemática común en América Latina y, para abordarla, es conveniente compartir experiencias.

Con todo, el caso chileno manifiesta aspectos en que es recomendable avanzar en la adecuación de la normativa interna a los parámetros interamericanos, como son la regulación por ley del derecho de reunión y la no sujeción del ejercicio del mismo a autorización previa (solamente aviso). Asimismo, conviene objetivar y precisar las figuras penales de desórdenes públicos para disipar la posibilidad de aplicación arbitraria.

Bibliografía

- CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA DE CHILE, Dictamen 78143, de 14 de diciembre de 2011.
- CORTE SUPREMA DE CHILE, Sentencia de inaplicabilidad rol 24.810, de 28 de enero de 1986.
- COX, Francisco, "Criminalización de la protesta social: 'No tiene derecho a reunirse donde le plazca'", en Eduardo BERTONI (comp.), *¿Es legítima la criminalización de la protesta*

- social? Derecho Penal y libertad de expresión en América Latina*, Buenos Aires, CELE, Universidad de Palermo, 2010.
- FACUSE, Nicolás, Ítalo JAQUE, Eduardo CHIA, Juan Carlos SHARP, Cristián APIOLAZA, “Protesta social y derechos humanos”, *Informe Anual sobre Derechos Humanos en Chile*, Santiago, Centro de Derechos Humanos, Facultad de Derecho, Universidad Diego Portales, 2012.
- GARGARELLA, Roberto, “El derecho a la protesta social”, *Derecho y Humanidades*, núm. 12, 2006.
- LÓPEZ GONZÁLEZ, José Luis, *El derecho de reunión y manifestación en el ordenamiento constitucional español*, Madrid, Ministerio de Justicia e Interior, 1995.
- MANZANO, Virginia, *Movimiento social y protesta social desde una perspectiva antropológica*, 2014. Disponible en: <http://www.filo.uba.ar/contenidos/movimientosocialy-protestasocial.doc>.
- PÉREZ CASTAÑO, Domingo, *Régimen jurídico del derecho de reunión y manifestación*, Madrid, Ministerio del Interior, 1997.
- QUEZADA, Flavio, “Del por qué el sistema de autorización previa del ejercicio del derecho de reunión contenido en el D.S. N° 1.086 de 1983 es inconstitucional”, *Diario Constitucional*, 23 de mayo de 2012. Disponible en: www.diarioconstitucional.cl.
- TORRES MURO, Ignacio, *El derecho de reunión y manifestación*, Madrid, Civitas, 1991.
- UPRIMNY, Rodrigo y Luz María SÁNCHEZ DUQUE, “Derecho penal y protesta social”, en Eduardo BERTONI (comp.), *¿Es legítima la criminalización de la protesta social? Derecho penal y libertad de expresión en América Latina*. Buenos Aires, CELE, Universidad de Palermo, 2010.
- ZAFFARONI, Raúl Eugenio, “Derecho penal y protesta social”, en Eduardo BERTONI (comp.), *¿Es legítima la criminalización de la protesta social? Derecho penal y libertad de expresión en América Latina*, Buenos Aires, CELE, Universidad de Palermo, 2010.
- ZAPATA LARRAÍN, Patricio, “El derecho a disentir ante la ley penal. Análisis del artículo 6° letra i) de la Ley 12.927 de Seguridad del Estado”, *Revista Chilena de derecho*, vol. 13, núm. 2, 1986, pp. 383-404.

José Francisco Rosales Argüello* (Nicaragua)

Jurisdicción constitucional y derechos económicos, sociales y culturales en Nicaragua

RESUMEN

El presente trabajo está orientado a los derechos económicos, sociales y culturales que tienen rango constitucional y que son plenamente tutelados en Nicaragua, dentro de los límites que la estructura económica le permite al país.

Palabras clave: derechos económicos y sociales, proceso constitucional en Nicaragua.

ZUSAMMENFASSUNG

Der vorliegende Beitrag befasst sich mit den wirtschaftlichen, sozialen und kulturellen Rechten, die in Nicaragua Verfassungsrang genießen und im Rahmen der Grenzen, die die Wirtschaftsstruktur im Land erlaubt, vollständig einklagbar sind.

Schlagwörter: Wirtschaftliche und soziale Rechte, Weiterentwicklung der Verfassung Nicaragua.

ABSTRACT

This paper focuses on economic, social and cultural rights which enjoy constitutional status and full protection in Nicaragua, within the limitations imposed by the economic structure of the country.

Keywords: Economic and social rights, constitutional process in Nicaragua.

* MSc. en Ciencias Jurídicas Constitucionales. Magistrado presidente Sala Constitucional, CSJ Nicaragua. frosales@poderjudicial.gob.ni

1. Introducción

Los derechos económicos y sociales se desarrollaron al crearse el Estado de derecho, que es el que permite el despliegue de garantías fundamentales y que tuvo como resultado imponer límites al poder estatal. En suma, son producto del Estado moderno, el cual surge al derrumbarse la concepción teocrática del Estado y el poder, y al abandonar el hombre parte de sus libertades y derechos a cambio de que se le garantizaran otros, que él consideraba fundamentales y básicos para el desarrollo de la sociedad.

El primer indicio del reconocimiento de los derechos económicos y sociales fue mediante la emisión de una carta del rey Juan I de Inglaterra, carta de “Juan sin Tierra”, del 15 de junio de 1215. En ella se reconoce el principio de legalidad, el derecho a la justicia, el no poder condenar a una persona sin pruebas y la protección al comercio, entre otros.

La primera vez que los derechos económicos y sociales se incluyeron dentro de un texto constitucional fue en las primeras enmiendas de la Constitución de los Estados Unidos en 1787, que entraron en vigor en 1791; posteriormente se introdujeron en la Declaración de los Derechos del Hombre y el Ciudadano, expedida por la Asamblea Nacional Francesa en 1789. Se dice, igualmente, que los derechos económicos, sociales y culturales se vislumbraron en la Declaración de Derechos Jacobina de 1793, donde se establecía la obligación al trabajo, la ayuda económica a los más pobres y la pensión para los soldados, entre otros.

Ulterior a la creación del Estado liberal de derecho, el Estado debió ampliar su rol y desarrollar una conducta inversionista en el orden económico y social para asegurar las condiciones mínimas materiales a la población. Al existir un Estado democrático se establece que es su deber procurar el bien de la comunidad y la realización de cometidos sociales según la realidad de la época y de la sociedad, y es, entonces, cuando se dice que el Estado está tratando de disminuir las desigualdades entre las clases sociales.

A partir del siglo XX se da una concepción integradora de los derechos humanos a través de su incorporación en las constituciones. La inclusión de los derechos económicos, sociales y culturales en las constituciones latinoamericanas se materializa en 1917 con la Constitución de Querétaro, cuyo artículo 123 introduce una cláusula social que sirve de modelo al Capítulo 13 del Tratado de Versalles de 1919. Asimismo, en dicha Constitución se consagran garantías individuales y sociales que tendían a mejorar y consolidar la situación económica, y a resolver los problemas del obrero industrial y agrícola. En Europa, la primera constitución en incluir los derechos económicos y sociales fue la de Weimar de 1919.¹ Todas las constituciones anteriormente mencionadas integran en ellas el “constitucionalismo social”, además de los derechos civiles y políticos.

Después de la Segunda Guerra Mundial se desarrolló en Europa el llamado Estado democrático y social o Estado de bienestar, y fue cuando surgió el derecho internacional de los derechos humanos con la creación de las Naciones Unidas y la Declaración Universal de los Derechos Humanos en diciembre de 1948.

¹ Posteriormente introducido en la Constitución de Austria de 1920 y en la de España de 1931.

En la mayoría de constituciones de América Latina se han suscrito los tratados sobre derechos humanos más significativos, reconocidos por las Naciones Unidas como derechos fundamentales. Estos han sido incluidos dentro de las constituciones dándoles rango constitucional u otorgando derechos esenciales, económicos, sociales y culturales a las personas; en la Constitución nicaragüense, estos derechos aparecen dentro de un título integrado por seis capítulos, en los cuales se puede observar su reconocimiento, y, a la vez, el rango constitucional otorgado a los tratados internacionales que se encuentran incorporados en nuestra Constitución en el artículo 46 Cn., que dice:

En el territorio nacional toda persona goza de la protección estatal y del reconocimiento de los derechos inherentes a la persona humana, del irrestricto respeto, promoción y protección de los derechos humanos y de la plena vigencia de los derechos consignados en la Declaración Universal de los Derechos Humanos; en la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre; en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de la Organización de las Naciones Unidas; y en la Convención Americana de Derechos Humanos de la Organización de Estados Americanos.

Cabe destacar que la Constitución, en su Preámbulo, señala que se promulga por “la institucionalización de las conquistas de la Revolución y la construcción de una nueva sociedad que elimine toda clase de explotación y logre la igualdad económica, política y social de los nicaragüenses y el respeto absoluto de los derechos humanos”. Asimismo, en el artículo 4 proclama como principio fundamental: “El Estado promoverá y garantizará los avances de carácter social y político para asegurar el bien común, asumiendo la tarea de promover el desarrollo humano de todos y cada uno de los nicaragüenses, protegiéndolos contra toda forma de explotación, discriminación y exclusión”, y en el artículo 130 establece el Estado social de derecho.

2. Constituciones en Nicaragua

La primera Carta que reconoce derechos económicos y sociales es la Constitución de 1893, conocida como “La Libérrima”; posteriormente, dichos derechos son desarrollados en las constituciones del 1948, 1950, llegando a su mayor expresión en la Constitución de 1987 y sus reformas.

2.1. Constitución de 1893, “La Libérrima”

Esta Constitución garantiza que toda persona, sea nicaragüense o extranjera, goce de seguridad individual, libertad, igualdad y propiedad (art. 26). Asimismo, indica que la pena de muerte queda abolida en la República de Nicaragua (art. 27), siendo este un

claro señalamiento de respeto por la vida humana y un derecho humano ampliamente reconocido en nuestro país desde entonces. Menciona que nadie puede ser privado del derecho a la defensa (art. 37), derecho con el que se garantiza un juicio bajo el cual las personas serían juzgadas y se determinaría su culpabilidad o no sobre el hecho; de esta manera se logra un sistema judicial más transparente y abierto y, a su vez, el respeto a los derechos inherentes a la persona.

Sobre los *derechos sociales*, la Constitución menciona que la enseñanza es libre (art. 50), se garantiza la libertad de reunión sin armas y la asociación para cualquier objeto lícito (art. 52), así como el libre ejercicio de toda industria, oficio o profesión (art. 51).

En lo concerniente a los *derechos económicos*, es de conocimiento general que la base de la economía es la propiedad. La Carta Magna de 1893 hace referencia a este derecho: “Art. 53. Todo individuo es libre de disponer de sus propiedades sin restricción alguna, por venta, donación, testamento o cualquiera otro título legal”. Asimismo, el artículo 60 establece que nadie puede ser privado de su propiedad sino en virtud de ley o de sentencia fundada en esta. La expropiación es permitida siempre que sea por causa de utilidad pública y para esto deberá haber una indemnización adecuada. En lo referente al sector agrícola, en esta Constitución se encuentra prohibido todo monopolio que pueda atacarlo (art. 64).

En lo concerniente a los recursos para hacer efectiva la protección de los derechos constitucionales, señala el hábeas corpus (art. 28), el recurso por inconstitucionalidad (art. 117) y el recurso de amparo en general que data de 1894. Esta misma Constitución, en su artículo 118, establece que la administración de justicia es gratuita, por lo que se aduce que este señalamiento fue planteado para garantizar el acceso a la justicia por parte de la población.

A pesar de lo anteriormente dicho, es hasta la Constitución de 1939 cuando por primera vez se desarrollan las garantías sociales e individuales; en los artículos 63 al 137 Cn. aparece la función social de la propiedad, seguridad social, gratuidad y obligatoriedad de la educación, y los derechos laborales.

2.2. Constitución de 1948

La Carta Magna de 1948 continúa bajo los mismos parámetros económico-sociales. En el título IV sobre los Derechos y Garantías se hace una excepción en cuanto a la abolición de la pena de muerte que se encontraba en el artículo 27 de “La Libérrima” y establece que existirá pena de muerte en los casos de traición a la patria en guerra exterior y para los reos de delitos graves de orden militar (art. 34).

Entre las garantías *sociales* encontramos: la libertad individual (art. 35), la libre circulación (art. 55), la libertad de expresión (arts. 96 y 97), las garantías laborales (art. 83), el matrimonio, la familia y la maternidad están bajo la protección y defensa del Estado (art. 67), el Estado velará por la sanidad y el mejoramiento social de la familia (art. 68), la educación es el primer deber y derecho natural (art. 69) y, a su vez, la educación primaria es gratuita, pública y laica (art. 87); se establece el Instituto Nacional de Seguro

Social (art. 85), beneficios para los profesores de carrera pública (arts. 88 y 89), libertad de conciencia, manifestación y culto (art. 93) y derecho de reunión (art. 98).

Las *garantías económicas* se fundamentan en el derecho a la propiedad, en donde se señala su interés social (art. 58) y que existen limitaciones al mismo, siempre que sea por causa de utilidad pública e interés social, previa justa indemnización. El ejercicio de la propiedad se encuentra sometido a las limitaciones que imponen el mantenimiento y progreso del orden social (art. 60). La propiedad puede encontrarse limitada por el Estado por motivo de interés público, social y establecer restricciones o prohibiciones para la adquisición y transferencia de determinada clase de propiedad en razón de su naturaleza, condición o situación en el territorio (art. 62). El Estado tiene la potestad de intervenir en la explotación y el régimen de las empresas de servicio público y aun nacionalizarlas para fines de interés general, previa indemnización (art. 63).

A su vez, esta Constitución de 1948 menciona el derecho a la propiedad intelectual (art. 59), la libre disposición de bienes (art. 65), la inembargabilidad del patrimonio familiar (art. 66), la libertad de contratación, comercio e industria (art. 77), la remuneración equitativa (art. 79), la prohibición de la usura (art. 80), la libertad de asociación (art. 81), y la libertad de profesión, industria y oficio (art. 82).

Sobre el *control constitucional* establece el principio de legalidad (art. 56), el juicio de amparo (art. 39), el recurso de casación y demás señalados por la ley (art. 213, inc. 12), el recurso de lo contencioso-administrativo (art. 213, incs. 14 y 16) y el recurso por inconstitucionalidad de forma o fondo de una ley o decreto (art. 213, inc. 17).

2.3. Constitución de 1950

La Constitución de 1950 retoma los principios y las garantías de las constituciones precedentes. Es casi idéntica a la anterior, con un título de Derechos y Garantías (del art. 36 al 126 Cn.). Como novísimo, se puede señalar el establecimiento, por primera vez, del *intervencionismo de Estado* (arts. 85 y 86); asimismo, *se prohíben los monopolios*, en interés privado. Como aporte sustancial a los derechos fundamentales de los trabajadores, consolida el Tribunal Superior del Trabajo (art. 212 Cn.), que había sido creado por la Constitución de 1948 (art. 207), donde el juez del trabajo podía constituir tribunal con representante del patrón y del obrero en la forma en que la ley estableciera, pero que nunca se hizo.

2.4. Constitución de 1987 y sus reformas

La Constitución Política de la República de Nicaragua regula derechos económicos y sociales para todas las personas que se encuentren dentro del territorio nacional. Para lograr la tutela y fortalecer el desarrollo de los derechos económicos y sociales, se tomaron en cuenta aspectos como el *debido proceso y un juicio justo*.

El debido proceso es uno de los aspectos medulares de todo sistema jurídico y se encuentra regulado en nuestra Constitución en los artículos 33 y 34 Cn.

En el ámbito internacional, la Convención Americana de Derechos Humanos establece el debido proceso de la siguiente manera:

Artículo 8. Garantías judiciales.

1. Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter.

2. Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que *se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad*. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas:

a. derecho del inculcado de ser asistido gratuitamente por el traductor o intérprete, si no comprende o no habla el idioma del juzgado o tribunal;

b. *comunicación previa* y detallada al inculcado de la *acusación formulada*;

c. concesión al inculcado del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa;

d. derechos del inculcado de defenderse personalmente o de ser asistido por un defensor de su elección y de comunicarse libre y privadamente con su defensor;

e. *derecho irrenunciable de ser asistido por un defensor* proporcionado por el Estado, remunerado o no según la legislación interna, si el inculcado no se defendiere por sí mismo ni nombrare defensor dentro del plazo establecido por la ley;

f. derecho de la defensa de interrogar a los testigos presentes en el tribunal y de obtener la comparecencia, como testigos o peritos, de otras personas que puedan arrojar luz sobre los hechos;

g. derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable, y

h. *derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior*.

3. La confesión del inculcado solamente es válida si es hecha sin coacción de ninguna naturaleza.

4. *El inculcado absuelto por una sentencia firme no podrá ser sometido a nuevo juicio por los mismos hechos*.

5. El proceso penal debe ser público, salvo en lo que sea necesario para preservar los intereses de la justicia.

Así como la Corte Interamericana de Derechos Humanos estableció lo que es el debido proceso, el concepto ha sido integrado en distintos tratados internacionales y, a su vez, en todas las constituciones democráticas que existen. El debido proceso es fundamental en un sistema jurídico y por eso se indica: “El debido proceso legal es una piedra angular del sistema de protección de los derechos humanos; es, por excelencia, la garantía de todos los derechos humanos y un requisito *sine qua non* para la existencia de un Estado de derecho”.²

² Cecilia Medina Quiroga, *La Convención Americana: teoría y jurisprudencia. Vida, integridad personal, libertad personal, debido proceso y recurso judicial*, Santiago, Centro de Derechos Humanos,

La Corte Interamericana ha establecido como criterio que las garantías relacionadas con el debido proceso no se pueden suspender en situaciones de emergencia y señala: “Los principios generales del debido proceso legal no pueden suspenderse con motivo de las situaciones de excepción, en cuanto constituyen condiciones necesarias para que los instrumentos procesales, regulados por la Convención, puedan considerarse como garantías judiciales”.³

Por lo establecido, se determina que el debido proceso es una garantía globalizada y debe ser protegido en toda circunstancia. Al respecto, este supremo tribunal ha declarado en diferentes sentencias la necesidad de esta protección y así se establece en el recurso de amparo Bonilla-Pratt, en contra del Consejo Superior de la Contraloría General de la República por iniciar un juicio administrativo en su contra, a sabiendas de que se encontraba a la orden de la autoridad jurisdiccional por lo que no tuvo la oportunidad de defenderse desde el inicio del proceso. El recurso se resolvió mediante Sentencia 160 de 2002 a favor de los recurrentes y, al respecto, este supremo tribunal mencionó en su Considerando III:

En cuanto al debido proceso, manifestado a través del derecho de defensa y la debida intervención, esta SALA DE LO CONSTITUCIONAL tiene a bien hacer las siguientes observaciones y consideraciones: la “Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema de Control Gubernamental”, en su artículo 82 obliga al ente contralor, a través de sus auditores gubernamentales mantener constante comunicación con los servidores de la entidad u organismo de que se trate, dándole la oportunidad para presentar pruebas documentales, así como información verbal pertinente a los asuntos sometidos a examen, dándoles a conocer los resultados provisionales de cada parte del examen, tan pronto como se los concrete, a los funcionarios que corresponda, con la finalidad siguiente: 1.- ofrecer oportunidad para que presenten sus opiniones; 2.- Hacer posible que los auditores gubernamentales dispongan de toda la información y de las evidencias que haya, durante sus labores; 3.- Evitar que se presenten información o evidencia adicional, después de la conclusión de las labores de auditoría; 4.- Facilitar el inicio inmediato de las acciones correctivas; 5.- Asegurar que las conclusiones resultantes sean definitivas; 6.- Posibilitar la restitución o recuperación inmediata de cualquier faltante de recursos financieros; 7.- Identificar los campos en que haya diferencia concreta de opinión entre los auditores y los funcionarios de la entidad. Por otra parte, si bien es cierto existe una notificación formal de los hallazgos, no se proporcionó las condiciones necesarias al recurrente para su participación y defensa técnica y material en el proceso administrativo, ya que no se tuvo en cuenta su estado de prisión, por lo que se le ha privado del derecho a su intervención y derecho

Facultad de Derecho, Universidad de Chile, 2003, p. 267.

³ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-9/87 del 6 de octubre de 1987, párr. 30.

de defensa desde el inicio del proceso administrativo, tal y como lo ordena nuestra Constitución Política en su artículo 34 numeral 4, y parte final: “Todo procesado tiene derecho, en igualdad de condiciones, a las siguientes garantías mínimas: A que se garantice su intervención y defensa desde el inicio del proceso y a disponer de tiempo y medios adecuados para su defensa”; y parte final: “El ofendido será tenido como parte en los juicios, desde el inicio de los mismos y en todas sus instancias”; Principio de Audiencia desarrollado con la vigente Ley No. 350 “Ley de la Regulación de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo” que en su artículo 2 numeral 3 establece: “Trámite de Audiencia al Interesado.- Es el trámite esencial que debe realizarse en todo procedimiento administrativo o contencioso administrativo y que consiste en dar intervención y tener como parte al interesado, permitiéndole revisar y examinar lo actuado por la autoridad y que estuviere reflejado en el expediente, para que pueda formular por escrito las peticiones, reclamaciones o recursos que estimare pertinentes”. Así como el derecho de conocer toda información que sobre ellos hayan registrado las autoridades estatales, en este caso el Consejo Superior de la Contraloría General de la República, así como el derecho de saber por qué y con qué finalidad tienen esa información, tal y como lo prescribe el artículo 26 numeral 4 de la Constitución Política. Asimismo, ESTA SALA DE LO CONSTITUCIONAL considera que al no proporcionársele las condiciones necesarias para una defensa técnica y material al recurrente, obviando lo ordenado en los artículo 82 LOCGR; y artículo 2 numeral 3 de la Ley 350, se ha violado el Principio de Legalidad incorporado a la teleología del recurso de amparo, contenido en los artículos 32, 130, 160 y 183 de la Constitución Política y de Seguridad Jurídica; Principio de Legalidad que también se ve violado al obviarse el artículo 80 de la “Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema de Control Gubernamental” por lo que hace al recurrente, en que se dispone que durante el auditoriaje o procedimiento administrativo el Consejo Superior de la Contraloría General de la República está autorizado para recibir testimonios verbales o escritos de los auditados o de aquellas personas que tengan conocimientos de los hechos del auditoriaje; las personas que rehúsen comparecer como testigo, declarante o exhibir documento cuando así lo exija un funcionario autorizado conforme a esta Ley, podrá ser obligado a hacerlo mediante incidente sentencia dictada por el juez civil de distrito competente, siempre que medie la vía incidental previa y con intervención necesaria de la Procuraduría General de la República y de los funcionarios respectivos. En el caso de auto únicamente se les tomó declaraciones testimoniales a los señores [...] (folios 43 Informe de Auditoría); con ello también se ve violado el Principio de Igualdad contenido en los artículo 27 y 48 de la Constitución Política, al no tomársele declaración testimonial, que garantiza la debida defensa del recurrente. Debemos decir *que la regla general*, es que las medidas administrativas que entrañen una cierta gravedad deben ser tomadas utilizando *un procedimiento contradictorio* que implica que el afectado tiene derecho a ser informado sobre la existencia del procedimiento y las alegaciones esenciales que se hagan, de suerte que

le otorgue la oportunidad de examinar el expediente administrativo y de adoptar una posición sobre el mismo.⁴

El debido proceso y un juicio justo en conjunto con el principio de legalidad son los pilares fundamentales para el desarrollo de los derechos y las garantías que establezca una nación. A pesar de esto, para esta ponencia enfatizaremos en los derechos económicos y sociales que son protegidos por la Constitución nicaragüense.

En la Carta Magna se establece el respeto a la propiedad privada de los bienes muebles e inmuebles, y de los instrumentos y medios de producción (art. 44). A pesar de que se debe respetar la propiedad privada, este derecho no es absoluto; el Estado se reserva la potestad de declarar de utilidad pública cualquier propiedad siempre que sea con fin social, y el dueño de la propiedad que va a ser expropiada tiene derecho a ser indemnizado (arts. 103 y 104 Cn.).

Respecto a los *derechos económicos*, el constituyente le asigna al Estado un rol determinante desde un punto de vista económico y menciona que es función del Estado desarrollar materialmente al país (art. 98); que es responsable de promover su desarrollo (art. 99), fomentar y promover formas de propiedad y de gestión económica y empresarial privada, estatal, cooperativa, asociativa, comunitaria y mixta, para garantizar la democracia económica y social, aunque indica a la vez que es responsabilidad primordial de los particulares el ejercicio de las actividades económicas (art. 99). En este sentido, cabe destacar el artículo 81 Cn. que establece el derecho de los trabajadores a participar en la gestión de las empresas. Sin embargo, debemos remarcar que la Constitución le asigna a la iniciativa privada un papel protagónico; al respecto, el artículo 99 señala:

El Estado es responsable de promover el desarrollo integral del país, y como gestor del bien común deberá garantizar los intereses y las necesidades particulares, sociales, sectoriales de la nación. Es responsabilidad del Estado proteger, fomentar y promover las formas de propiedad y de gestión económica y empresarial privada, estatal, cooperativa, asociativa, comunitaria y mixta para garantizar la democracia económica y social.

El ejercicio de las actividades económicas corresponde primordialmente a los particulares. Se reconoce el rol protagónico de la iniciativa privada, la cual comprende en un sentido amplio, a grandes, medianas y pequeñas empresas, micro empresas, empresas cooperativas, asociativas y otras.

El Banco Central es el ente estatal regulador del sistema monetario. Los bancos estatales y otras instituciones financieras del Estado serán instrumentos financieros de fomento, inversión y desarrollo, y diversificarán sus créditos con énfasis en los pequeños y medianos productores. Le corresponde al Estado garantizar su existencia y funcionamiento de manera irrenunciable. El Estado garantiza la libertad de

⁴ En este sentido, ver sentencias 49-01, 13-02, 160-02, 115-03, 59-04, 36-04, 92-04, 148-04, 02-05, 47-05, 100-05, 154-05, 115-03, 160-02, 136-04, 161-06, 160-02, 304-06, 314-06, 02-07 y 31-07.

empresa y el establecimiento de bancos y otras instituciones financieras, privadas y estatales que se regirán conforme las leyes de la materia. Las actividades de comercio exterior, seguros y reaseguros estatales y privados serán reguladas por la ley.

Los derechos económicos son relativos a la libertad de empresa, propiedad urbana y rural, a la reforma agraria y gestión de los trabajadores. En cuanto a la propiedad, cabe señalar que ha sido considerada uno de los problemas más álgidos en la historia de Nicaragua. Dichos problemas están vinculados a cuatro momentos:

- Incorporación de la Mosquitia y distribución de grandes concesiones de tierra que hicieron los liberales a sus mandos militares.
- En la época somocista, el gobierno liberal entregó, a través del Instituto Agrario Nicaragüense (IAN), títulos de propiedad y creó el polo de desarrollo de Nueva Guinea.
- La Revolución Popular Sandinista, a través de la reforma agraria, entregó un millón seiscientos mil manzanas de tierra.
- En 1990 hubo la pretensión, por parte de algunos, de revertir la reforma agraria y, por parte de otros, de profundizarla. Para revertir la reforma agraria se dictó el Decreto 11-90, el cual le concedía a la Comisión de Revisión las facultades de devolver la tierra a sus antiguos dueños. En lo referente a la profundización de la misma, se realizó una nueva entrega de un millón cien mil manzanas de tierra a los exmiembros de la Contra, desmovilizados del ejército, Ministerio del Interior y Policía.

Respecto a estos problemas, la Corte Suprema de Justicia ha declarado en múltiples sentencias que solo ella tiene la potestad de decidir sobre “el tuyo y el mío”. La Asamblea Nacional aprobó la Ley 133, que deja sin efecto las leyes 85, 86 y 88, dictadas en el período de transición entre el 25 de febrero y 25 de abril de 1990. El Poder Ejecutivo, a efecto de respetar el pacto de transición de marzo de 1990, tuvo que expedir los decretos 35-91 y 51-92, creadores de la Oficina de Ordenamiento Territorial (OOT), de la Oficina de Titulación Rural (OTR) y de la Oficina de Cuantificación de Indemnizaciones (OCI).

Los problemas relacionados con la propiedad han sido ampliamente tratados tanto por el Poder Judicial mediante sentencias emitidas como por el Poder Legislativo a través de las leyes 85, 86 y 88. Los derechos económicos que han sido protegidos se encuentran en nuestra Constitución en los artículos 98 al 111 Cn. La Corte Suprema de Justicia tiene amplia jurisprudencia en lo que se refiere al derecho de propiedad que ostentan las personas, tanto jurídicas como naturales.

2.4.1. Práctica jurisprudencial en materia de propiedad

Entre los criterios que ha incorporado la Corte Suprema para la protección del derecho de propiedad se encuentran:

2.4.1.1. *En materia de inconstitucionalidad*

- a) Recurso de amparo Velásquez-Ruiz, en su carácter de miembros de la junta directiva de la Cooperativa Francisco Ticay Pavón en contra del Estado, por haberse extralimitado en sus funciones al ordenar la devolución de bienes que no están bajo su control ni administración directa. En esta sentencia, la Corte Suprema de Justicia resolvió con lugar el recurso de amparo y ordenó restituir a los agraviados el pleno goce de sus derechos transgredidos. Al respecto, esta Sala dijo:

[E]n el artículo 7 del Decreto 11-90 se faculta a la Comisión Nacional de Revisión para dictar resoluciones, ordenando la devolución de bienes o reconociendo derechos, los que obliga se cumplan de inmediato con el auxilio de la fuerza pública si fuere necesario, como si se tratara de resoluciones judiciales; y que en el artículo 11 de dicho decreto se dispone que esas resoluciones de devolución sirvan como suficiente título para ejercer derecho pleno sobre bienes reclamados, y que deben inscribirse en el Registro Público correspondiente si fuere necesario; estas facultades sí son, a juicio de este Tribunal Supremo, de orden jurisdiccional, que rebasan el área de atribuciones que la Constitución Política confiere al Poder Ejecutivo, e invaden la propia y exclusiva del Poder Judicial, que es el único que puede administrar justicia, tal como lo establecen con claridad meridiana, los artículos 158, 159, 160, 164 y 167 Cn. Por lo que las resoluciones que ordenan la devolución de bienes que no están bajo el control y administración directa del Estado y su inscripción en los registros públicos, serían de carácter jurisdiccional y en muchos casos lastimarían derechos de terceros que no han tenido la oportunidad de defenderse y, aunque la tuvieran, no es dicha comisión la que debe decidir sobre conflictos de intereses, *sobre el tuyo y el mío*, sino los tribunales de justicia; por tanto, habría que declarar, y así lo hizo la Sentencia No. 27, la inconstitucionalidad de la parte final del artículo 7 y el artículo 11 del Decreto 11-90.

- b) Recurso de amparo López-Jiménez-Fuentes-Barahona, en su carácter de representantes del Sindicato Elías Rodríguez de la Empresa Intercasa en contra del presidente de la Comisión Nacional de Revisión y el procurador general de Justicia, por haber dictado Resolución del 18 de septiembre de 1990, en la que le regresan al señor Bermúdez sus acciones en la empresa mencionada, las que le habían sido confiscadas por el gobierno anterior, conforme a los decretos 3 y 38 dictados en 1979. Tal decisión se fundamenta en un decreto inconstitucional. Sobre este recurso, la Corte Suprema de Justicia mencionó en su considerando único:

Con fecha 17 de mayo de 1991, la Corte Suprema dictó la Sentencia No. 27 en la que se resolvió: “Se declaran inconstitucionales la parte final de arto. 7 y arto. 11

del Decreto 11-90, del 11 de mayo de 1990, que a la letra respectivamente dicen: a) '[...] la resolución ordenando la devolución del bien o reconociendo algún derecho, se cumplirá de inmediato con el apoyo de la fuerza pública si fuere necesario y servirá para continuar en la vía judicial el reclamo en caso de que la solicitud de revisión no fuere favorable al reclamante'; b) 'la resolución de devolución servirá como suficiente título para ejercer el derecho pleno sobre los bienes, derechos y acciones reclamados y se inscribirá en el Registro Público correspondiente si fuere necesario'; disposiciones que, en consecuencia, son inaplicables". El Supremo Tribunal observó en esa sentencia que en el artículo 7 del Decreto 11-90, se faculta a la Comisión Nacional de Revisión, para dictar resoluciones ordenando la devolución de bienes o reconociendo derechos, los que obliga se cumplan de inmediato con el auxilio de la fuerza pública, si fuere necesario, como si se tratara de resoluciones judiciales; y que en el artículo 11 de dicho decreto se dispone que esas resoluciones de devolución sirvan como suficiente título, para ejercer derecho pleno sobre los bienes reclamados y que deben inscribirse en el Registro Público correspondiente si fuere necesario; "estas facultades sí son , a juicio de este Tribunal Supremo, de orden jurisdiccional, que rebasan el área de atribuciones que la Constitución Política le confiere al Poder Ejecutivo, e invaden la propia y exclusiva del Poder Judicial, que es el único que puede administrar justicia, tal como lo establecen con claridad meridiana, los artículos 158, 159, 160, 164 y 167 Cn".

"Por lo que las resoluciones que ordenan la devolución de bienes que no están bajo el control y administración directa del Estado y su inscripción en los Registros Públicos, serían de carácter jurisdiccional y en muchos casos lastimarían derechos de terceros que no han tenido la oportunidad de defenderse, y aunque la tuvieran, no es dicha Comisión la que debe decidir sobre conflictos de intereses, *'sobre el tuyo, el mío'*, sino los Tribunales de Justicia"; por lo tanto, habría que declarar, y así se hizo en la Sentencia No. 27 la Inconstitucionalidad de la parte final del arto. 7 y el arto. 11 del Decreto 11-90.

2.4.1.2. En materia de la Ley 85

- c) El recurso de amparo Vega Masis, en contra de la Intendente de la Propiedad, por denegar la solvencia de revisión y disposición, consideró violados sus derechos constitucionales al principio de igualdad, derecho a una vivienda digna y al principio de legalidad. Al respecto, la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia se pronunció en la Sentencia 90-04 que declaró a lugar el presente recurso de amparo mencionando en el Cons. III:

Con tales declaraciones juradas se ha demostrado la ocupación efectiva al veinticinco de febrero de mil novecientos noventa por el señor recurrente tal y como lo establece el artículo 1 de la Ley 85. Al respecto esta Sala ha manifestado que "Sobre este tipo de medio de pruebas, en casos análogos esta Sala de lo Constitucional ha

sido del criterio que la declaración jurada es un documento suficiente y fehaciente para demostrar tal requisito, como se ha señalado de manera consistente en anteriores sentencias (2001, Sentencia N° 135, de las doce y treinta minutos de la tarde, del ocho de agosto del año dos mil uno, Considerando II; y Sentencia N° 169, de las doce y treinta minutos de la tarde, del 17 de octubre del 2001); en la última sentencia se señala: Cumpliendo de esa manera con el punto uno; en lo que respecta al segundo, por medio de Declaración Jurada y Constancia emitida por el Consejo Electoral Regional [...]”. (Ver Sentencia No. 108, del 20 de mayo del 2003, Cons. I).

- d) El recurso de amparo Rolando-López-López, miembros de la junta directiva de la Asociación de Padres de Familia del Centro Escolar Héroes y Mártires de Bello Horizonte, en contra del procurador y presidente de ese entonces de la Comisión Nacional de Revisión de Confiscaciones, como autoridad resolutoria, y en contra del entonces Ministerio de Educación, como autoridad ejecutoria, por haberle confiscado el gobierno revolucionario un centro de educación denominado Arly. Al respecto, esta Sala menciona en su Considerando II:

“Piensa este Supremo Tribunal que es saludable, provechoso y justo el revisar los actos administrativos que en alguna forma lesionaron el derecho legítimo de propiedad, garantizado por los arts. 5, 44 y 103 Cn., y reparar las injusticias que se hubieren cometido. Y esa revisión como ya se señaló con anterioridad, corresponde al propio Poder Ejecutivo realizarla y disponer, en su caso, la forma más adecuada y viable de reparar la injusticia cometida, atendiendo no sólo los intereses particulares de los afectados, *sino también los superiores intereses nacionales*, en procura siempre de la armonía, la paz, la concordancia y la tranquilidad de la República”; continúa expresando que: “Si las resoluciones ordenan la devolución de bienes que no están bajo el control y administración directa del Estado y su inscripción en los Registros Públicos, serían de carácter jurisdiccional y en muchos casos lastimarían derechos de terceros, que no han tenido la oportunidad de defenderse, y aunque la tuvieran, *no es dicha Comisión la que debe decidir sobre conflicto de intereses, ‘sobre el tuyo y el mío’, sino los Tribunales de Justicia*”. (Véase además B.J.: S. N° 76, de las nueve de la mañana, del 25 de mayo de 1992; S. N° 13, del cuatro de febrero de 1998; S N° 66, de las doce y treinta minutos pasado meridiano, del veintitrés de marzo de 1999).⁵

⁵ En el ámbito de propiedad, otras sentencias en las que se tuteló el derecho de propiedad inmueble son: 50-00, 60-00, 71-00, 84-00, 86-00, 92-00, 194-00, 198-00, 211-00, 243-00, 249-00, 252-00, 7-01, 16-01, 49-01, 106-01, 165-01, 169-01, 6-02, 103-02, 106-02, 143-02, 180-02, 190-02, 17-03, 21-03, 47-03, 79-03, 84-03, 103-03, 113-03, 116-03, 55-04, 73-04, 81-04, 13-05, 67-05, 72-05, 99-05, 140-05, 265-05, 2-06, 22-06, 169-06, 215-06, 248-06, 99-07, 263-07, 281-07, 72-08, 1-09, 31-09, 70-09, 7-10, 70-10, 81-10, 84-10, 95-10, 97-10.

Este supremo tribunal no solo ha resguardado derechos de propiedad inmueble sino que se ha extendido a proteger la propiedad mueble, tal y como lo establece la Constitución; al respecto, ver

La Constitución indica que el Estado se encargará de promulgar la Ley de Inversiones Extranjeras (art. 100), y que los particulares (trabajadores y sector productivo) tienen el derecho de participar en la elaboración, ejecución y control de los planes económicos (art. 101).

Los *derechos sociales* tutelados en nuestra Constitución mencionan que el Estado prestará atención especial a los discapacitados y a los familiares de caídos y víctimas de guerra en general (arts. 56 y 62). Igualmente se protege el derecho al trabajo (art. 57), que es considerado no solo un derecho, sino una responsabilidad social, sobre el cual, el artículo 81 Cn. establece: “El trabajo de los nicaragüenses es el medio fundamental para satisfacer las necesidades de la sociedad, de las personas y es fuente de riqueza y prosperidad de la nación. El Estado procurará la ocupación plena y productiva de todos los nicaragüenses, en condiciones que garanticen los derechos fundamentales de la persona”. Asimismo, los derechos laborales se encuentran, en suma, en el Capítulo V de nuestra Carta Magna donde hay una verdadera *cláusula social* y se señalan las garantías mínimas que tienen los trabajadores:

Art. 82. Los trabajadores tienen derecho a condiciones de trabajo que les aseguren en especial:

1. Salario igual por trabajo igual en idénticas condiciones, adecuado a su responsabilidad social, sin discriminaciones por razones políticas, religiosas, raciales, de sexo o de cualquier otra clase, que les asegure un bienestar compatible con la dignidad humana.
2. Ser remunerado en moneda de curso legal en su centro de trabajo.
3. La inembargabilidad del salario mínimo y las prestaciones sociales, excepto para protección de su familia y en los términos que establezca la ley.
4. Condiciones de trabajo que les garanticen la integridad física, la salud, la higiene y la disminución de los riesgos profesionales para hacer efectiva la seguridad ocupacional del trabajador.
5. Jornada laboral de ocho horas, descanso semanal, vacaciones, remuneración por los días feriados nacionales y salario por décimo tercer mes, de conformidad con la ley.
6. Estabilidad en el trabajo conforme a la ley e igual oportunidad de ser promovido, sin más limitaciones que los factores de tiempo, servicio, capacidad, eficiencia y responsabilidad.
7. Seguridad social para protección integral y medios de subsistencia en casos de invalidez, vejez, riesgos profesionales, enfermedad y maternidad; y a sus familiares en casos de muerte, en la forma y condiciones que determine la ley.

2.4.1.3. *Práctica jurisprudencial en materia laboral*

- a) Una de las decisiones emblemáticas en materia laboral es la Sentencia 131 de 2001. Esta se refiere a un recurso de amparo interpuesto por el doctor Francisco Illescas Rivera, en su carácter de apoderado general judicial de la señora Dolores Bermúdez Guevara, en contra del inspector general del Trabajo, por autorizar el cierre de la empresa Procon, y la cancelación de 112 contratos de trabajo. Al respecto, la Sala de lo Constitucional de este supremo tribunal resolvió con lugar el recurso interpuesto y en el Considerando IV expuso:

[L]a decisión unilateral de cierre total de la empresa Procon, y la cancelación de los contratos individuales de trabajo, contrasta e incumple la esencia misma de esos *acuerdos de concertación*, y en consecuencia lesiona flagrantemente los artículos 5 numeral 1 y 4; 44 y 103 de la Constitución Política de la República, que consignan las diferentes formas de propiedad, pública, privada, asociativa, cooperativa y comunitaria, todas ellas cumpliendo una función social; asimismo al solicitar de manera unilateral el cierre de la empresa se viola el artículo 81 Cn., que dice: “*Los trabajadores tienen derecho de participar en la gestión de las empresas, por medio de sus organizaciones y de conformidad con la ley*” y el artículo 101 Cn., respecto a que “*Los trabajadores y demás sectores productivos, tienen el derecho de participar en la elaboración, ejecución y control de los planes económicos*”; toda vez que en el presente caso conforme la concertación económica y social, se han materializado tales derechos constitucionales a favor de los trabajadores. Asimismo al extralimitarse en las funciones, la Inspectoría Departamental y la Inspectoría General del Trabajo, con el cierre total de la empresa y la cancelación de ciento doce contratos de trabajos, se está “prácticamente autorizando el despido de aquellos trabajadores que pertenecen a la Junta Directiva del Sindicato de la Empresa y por consiguiente se está violando lo establecido en el artículo 87 Cn., [...] al no cumplir con lo establecido en la legislación laboral ha violentado lo establecido en el numeral 6, del artículo 82 Cn [...]” (Sentencia N° 226, 5/12/1998, las tres y treinta minutos de la tarde). El artículo 87 de la Constitución Política en lo atinente dice: “[...] Se reconoce la plena *autonomía sindical* y se respeta el *fuero sindical*”; al cancelar los contratos de ciento doce trabajadores, la Inspectoría Departamental, y General del Trabajo, nuevamente se excede en sus funciones.

- b) Asimismo, *la protección de la mujer embarazada* se ha materializado en diversas sentencias, como la decisión de la Corte Suprema en Sentencia 247 de 2007. El recurso de amparo fue interpuesto por la señora Ballesteros Delgadillo, en contra de la inspectora departamental del Trabajo, Sector Servicio de Managua e inspectora general del Trabajo, por haber autorizado su despido a pesar de su estado de gravidez. La recurrente señala que no existió un debido proceso al cual fuera sometida, que su estado de gravidez le da una condición especial para ser

tomada en cuenta por las funcionarias públicas y que, a partir de su embarazo, el Centro de Mujeres Ixchen no le ha pagado su salario, ni su bono de productividad, ha sido sometida a presiones psicológicas y morales poniendo en peligro la vida de su futuro hijo y fue despedida antes de que la Inspectoría General del Trabajo emitiera su resolución. Este tribunal declaró con lugar la pretensión de la recurrente por haber comprobado que las funcionarias públicas omitieron aplicar las leyes del trabajo en lo relativo al estado de embarazo de la recurrente y, a su vez, el debido proceso que se debió seguir en este caso.

Este tribunal ha dicho en Sentencia 247-07:

El Código del Trabajo nicaragüense es de orden público, una norma *ius cogens*; y en éste se pretende asegurar las condiciones mínimas de los trabajadores respecto a remuneración, jornada laboral, seguridad para laborar y normas especiales para las mujeres y los menores, seguridad social para los laborantes, así como la prohibición de despedir a los trabajadores de confianza y a las mujeres en estado de gravidez si no es por causa justa.⁶

2.4.1.4. *Práctica jurisprudencial en materia de seguridad social*

En materia de seguridad social, este supremo tribunal ha dictado sentencias protegiendo los derechos de los nicaragüenses. La Sentencia 145-2008 refiere un recurso de amparo interpuesto por el señor Robleto Garay, en contra de la presidenta ejecutiva del Instituto de Seguridad Social (INSS), por denegar la pensión de invalidez total a favor del recurrente, a pesar de que por su estado general de salud, que evolucionaba en mayor detrimento personal, le correspondía que le otorgaran pensión total y permanente de conformidad con su situación clínica y en virtud de sus derechos de asegurado por el INSS. El recurrente señaló violados los artículos 25, numerales 1 y 3, 27, 45, 46, 52, 60, 61, 64 y 160, todos de la Constitución Política, como también el artículo 21 de la Convención Americana de Derechos Humanos, y los artículos 36, 37, 38, 41, 42, 43 y 44 de la Ley de Seguridad Social. La Sala de lo Constitucional resolvió con lugar el presente recurso de amparo por demostrar mediante exámenes médicos fehacientes su estado de salud y la necesidad de obtener una pensión total y permanente por invalidez.

Esta Sentencia señala:

Consideramos que en el manejo de la situación del caso hay muchas imprecisiones, tratamiento desigual en contravención al principio de igualdad ante la ley contemplado en el artículo 27 Cn, cuyo texto en el párrafo enfatiza la obligación de

⁶ La Sala de lo Constitucional ha protegido los derechos laborales de las mujeres en estado de gravidez en las sentencias: 75-05, 105-07, 247-07, 204-08 y 42-09, y ha tutelado los derechos laborales, en general, en las sentencias: 63-01, 67-01, 131-01, 142-01, 97-03, 140-04, 6-05, 14-05, 15-05, 96-06, 149-06, 193-06, 300-07, 49-08, 141-08, 176-08, 381-08, 415-08, 205-09, 213-09, 295-09, 58-10, 64-10 y 73-10.

dar igual protección, elemento que a juicio de esta Sala Constitucional no se tuvo en consideración por parte de la autoridad recurrida, la cual de forma muy ligera y sin mayores razones afectó al recurrente negándole su derecho a la igual protección que resguarda el precepto constitucional anteriormente citado.⁷

La Constitución nicaragüense contiene en ella *otros derechos sociales*, además de los mencionados en el párrafo precedente, como los derechos a la educación y cultura (art. 58), a la salud (art. 59), al ambiente saludable (art. 60), a la seguridad social (art. 61), a la alimentación (art. 63), a la vivienda digna (art. 64), al deporte y a la recreación (art. 65), al acceso a la información (arts. 66, 67 y 68) y a la libertad de culto (art. 69). Los derechos de la familia se encuentran consagrados en el Capítulo IV, y los derechos de las comunidades de la Costa Atlántica en el Capítulo VI, quienes tienen el derecho de preservar y desarrollar su identidad cultural.

3. Influencia de los tratados internacionales de derechos humanos

La Constitución Política contempla la existencia de ciertos tratados internacionales que tienen rango constitucional y, en tal sentido, se garantiza su tutela judicial efectiva y máxima protección. Estos son mayormente para la protección de los derechos sociales e individuales de las personas que viven en el territorio nacional y se encuentran consagrados en el artículo 46 Cn., anteriormente citado.

En reiterada jurisprudencia, la Sala de lo Constitucional se pronuncia en este sentido:

Hoy contamos con instrumentos universales de derechos humanos, que nuestra Constitución Política acorde con el derecho contemporáneo ha dado plena vigencia en nuestro ordenamiento jurídico, expresado a través del artículo 46 Cn. La Declaración Universal de Derechos Humanos, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y la Convención Americana sobre Derechos Humanos, reconocen el Derecho de Audiencia previa en toda resolución que afecte a un individuo (artículo 10; artículo XXVI; y artículo 8, respectivamente); Presunción de Inocencia (artículo 11; artículo XXVI y artículo 8, respectivamente); el Principio de Igualdad (artículo 7; artículo II y artículo 24, respectivamente). Cabe señalar la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José), que de una manera integral en su artículo 8 recoge el Principio de Audiencia y la Presunción de Inocencia: “1.- Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la substanciación de cualquier

⁷ Otras sentencias en las que se tuteló el derecho a la seguridad social son: 68-03, 51-07, 271-08, 148-09 y 305-09.

acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter; 2.- Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas [...] b) comunicación previa y detallada al inculcado de la acusación formulada; c) concesión al inculcado del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa; d) derecho del inculcado de defenderse personalmente o de ser asistido por un defensor de su elección y de comunicarse libre y privadamente con su defensor; [...]”. Garantías del debido proceso que como lo señalamos en las consideraciones anteriores han sido violadas por la autoridad administrativa recurrida. (Ver Sentencia N° 136 de las diez y cuarenta y cinco minutos de la mañana del cuatro de noviembre del año dos mil cuatro, en su considerando VI; Sentencia No. 13 de 1997; Sentencia No. 49 del 31 de enero del 2001; y Sentencia No. 13 del 5 de febrero del 2002; Sentencia No. 160, del 29 de noviembre del 2002, Cons. IV; y Sentencia No. 115, del 2 de junio del 2003, Cons. VI).

Otro pronunciamiento de este máximo tribunal que hace referencia a los tratados internacionales es la Sentencia 49 de 2001:

[L]a intervención y defensa tardía que se le concedió por parte de la Oficina de Organización Territorial (OOT) al recurrente que violó el derecho a la intervención y defensa desde el inicio del juicio, garantía constitucional consagrada en el artículo 34 Cn., y en el artículo 8 de la Convención Americana de Derechos Humanos de la Organización de Estados Americanos, OEA, reconocida e incorporada en el artículo 46 de la Constitución Política de la República, todas estas violaciones que esta Sala considera se hicieron a los artículos 34, 46, 130 y 183 de la Carta Magna que rige la Institucionalidad y el Estado de Derecho de la Nación Nicaragüense, nos obligan a acoger el presente recurso y declarar su procedencia.

En lo relativo a si los derechos económicos y sociales son derechos fundamentales, efectivamente sí lo son, ya que son inherentes al ser humano y pertenecen a toda persona en razón de su dignidad humana.

4. Mecanismos de control para la protección de los derechos económicos y sociales

En respuesta a los problemas para la protección de determinados derechos, como los económicos y sociales, en América Latina se han creado instrumentos que otorgan dinamismo a su defensa. Estos instrumentos se caracterizan por tres principios básicos:

a) un procedimiento sencillo y rápido; b) amplias y eficaces medidas cautelares o precautorias que impidan la consumación irreparable de las violaciones de los derechos fundamentales; y c) una decisión que tienda a la restitución de los propios derechos infringidos, hasta donde ello sea posible; y en la que, además se establezcan las medidas de reparación de los daños y perjuicios ocasionados a las víctimas y a sus familiares.⁸

Los mecanismos de protección para los derechos económicos y sociales son exigibles en nuestro país por los ciudadanos mediante el recurso por inconstitucionalidad (art. 187 Cn.); el recurso de amparo (Ley 49 y sus reformas), el recurso de exhibición personal (arts. 45 y 189 Cn.), el recurso de hábeas data y el de competencia y conflicto de los poderes.

1. El *recurso por inconstitucionalidad* procede contra toda ley, decreto-ley, decreto o reglamento que se oponga a la Constitución Política (Ley de Amparo, art. 2) y corresponde a la Corte Suprema de Justicia en pleno conocer y resolver el recurso (Ley de Amparo, art. 10). A su vez, nuestro derecho interno establece el *recurso por inconstitucionalidad en el caso concreto* y menciona que este puede ser alegado por el recurrente de un recurso de amparo o casación. Indica, a su vez, que si resultare cierta la inconstitucionalidad alegada, la Corte Suprema de Justicia deberá casar la sentencia o amparar al recurrente y declarar la inconstitucionalidad de la ley, decreto-ley, decreto o reglamento aplicado (Ley de Amparo, art. 22). Este tipo de recurso por inconstitucionalidad en el caso concreto no tiene un plazo establecido, por lo que puede ser alegado por el afectado en cualquier momento.
2. El *recurso de amparo* es el mecanismo jurídico que tiene por objeto mantener la supremacía de la Constitución Política de la República. En este sentido, el artículo 45 de la Carta señala: “Las personas cuyos derechos constitucionales hayan sido violados o estén en peligro de serlo, pueden interponer el recurso de exhibición personal o de amparo, según el caso y de acuerdo con la ley de amparo”. Asimismo, el artículo 188 Cn. establece que el recurso de amparo procede en contra de toda disposición, acto o resolución y, en general, contra toda acción u omisión de cualquier funcionario, autoridad o agente de los mismos que viole o trate de violar los derechos y las garantías consagrados en la Constitución Política. De acuerdo con el artículo 25 de la Ley de Amparo vigente y sus reformas, el recurso de amparo puede ser interpuesto por toda persona natural o jurídica a quien perjudique o esté en inminente peligro de ser perjudicada por una disposición, acto o resolución y, en general, toda acción u omisión de cualquier funcionario, autoridad o agente de los mismos, que viole o trate de violar los derechos y las garantías consagrados en la Constitución Política.

⁸ Héctor Fix-Zamudio, “Los derechos humanos y su protección jurídica y procesal en Latinoamérica”, *Derechos humanos. Memoria del IV Congreso Nacional de Derecho Constitucional III*, México, D. F., Universidad Nacional Autónoma de México, 2001, p. 6.

El recurso de amparo es ampliamente reconocido a nivel internacional, en especial en temas relacionados con la violación de derechos humanos. Es tanta la importancia de este recurso, que la Convención Americana sobre Derechos Humanos consagra el amparo como un recurso sencillo y rápido que puede hacerse efectivo ante los jueces o tribunales competentes para proteger estos derechos (ver art. 25.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos).

3. El *recurso de exhibición personal* procede a favor de aquellas personas cuya libertad, integridad física y seguridad sean violadas o estén en peligro de serlo por:
 - 1) cualquier funcionario, autoridad, entidad o institución estatal, autónoma o no;
 - 2) por actos restrictivos de la libertad personal de cualquier habitante de la República realizado por particulares (Ley de Amparo, arts. 4 y 189 Cn.).
4. El *recurso de hábeas data* es una garantía de la tutela de datos personales privados asentados en archivos, registros, bancos de datos u otros medios técnicos, sean estos públicos o privados, cuya publicidad constituya una invasión a la privacidad personal familiar, que tenga relevancia con respecto a datos sensibles de las personas, su vida íntima, incluyendo sus asuntos familiares, que se encuentren en poder de las entidades o instituciones públicas, las sociedades mixtas y las subvencionadas por el Estado, así como las entidades privadas que administren, manejen o reciban recursos públicos, beneficios fiscales u otros beneficios, concesiones o ventajas (Ley de Acceso a la Información, arts. 1 y 4, de conformidad con el art. 26.4 Cn.).
5. *Recurso de los conflictos de competencia y constitucionalidad entre los poderes del Estado*, mediante el cual los representantes de los poderes del Estado promoverán el conflicto de competencia y constitucionalidad cuando consideren que una ley, decreto o reglamento, acto, resolución o disposición de otro órgano invade el ámbito de sus competencias privativas constitucionales (art. 190, num. 2 Cn.). Corresponde al pleno de la Corte Suprema de Justicia conocer y resolver los conflictos positivos o negativos de competencia o atribuciones constitucionales entre los poderes del Estado (Ley de Amparo, arts. 82 y ss.).

Los recursos anteriormente mencionados son resueltos por el máximo tribunal de la República; no obstante, los derechos sociales y económicos pueden y deben ser protegidos por tribunales de apelaciones, juzgados de distrito y locales.

Todos estos recursos han sido utilizados por la población para la protección de los derechos que les garantiza la Constitución y los que han sido ampliamente discutidos en esta ponencia. Cabe destacar que el recurso de amparo es el instrumento por excelencia interpuesto por la ciudadanía y bajo el cual se intenta realizar un trámite rápido para garantizar la efectiva aplicación de la Constitución y las leyes.

5. Conclusiones

De la exposición anterior podemos concluir que los derechos económicos y sociales han existido a lo largo de la historia en la legislación nicaragüense, que son considerados derechos fundamentales y que están resguardados por nuestra Constitución Política.

Los tribunales de justicia son los encargados de velar por el cumplimiento de los derechos y las garantías de la Constitución mediante los instrumentos pertinentes: recursos de inconstitucionalidad, amparo, hábeas corpus, hábeas data y de competencia y conflicto de poderes. La jurisprudencia ha establecido que el Poder Judicial es el único encargado de hacer cumplir la Constitución y las leyes mediante la utilización de los mencionados recursos.

A pesar de que los derechos económicos y sociales han sido protegidos a través de múltiples sentencias emitidas por el Poder Judicial, no podemos negar que la situación económica y educacional en Nicaragua impide el uso generalizado de los instrumentos necesarios para resguardar estos derechos. La falta de cultura jurídica, tanto en el foro como en la población, hace que estos derechos no sean reclamados y exigidos por los usuarios. La pobreza extrema imposibilita que el ciudadano común acceda fácilmente a los tribunales de justicia, por no tener los recursos necesarios para iniciar y continuar un proceso. Famosa es la frase de André Malraux: “No todo el mundo sube los peldaños de Palacio de Justicia de la misma manera”.

Sin embargo, durante la Revolución y a través de la campaña de alfabetización, Nicaragua logró reducir la pobreza y el analfabetismo, en particular, en un 12%; en la actualidad, el porcentaje de analfabetas es de 3,29%, resultado que se obtuvo mediante el programa nacional “Yo sí puedo”. Asimismo, los proyectos “Educación para Todos”, “Mejor Educación”, “Merienda Escolar” y la educación gratuita han contribuido al mejoramiento del sector, poniéndole fin a la privatización impuesta por el gobierno neoliberal a través del programa “Autonomía Escolar”.

Por lo que hace al derecho al trabajo, el Estado procura la ocupación plena y productiva de todos los nicaragüenses, en condiciones que garanticen los derechos fundamentales de las personas. De acuerdo con las cifras registradas durante el segundo semestre de 2009, la tasa de desempleo era de un 8% aproximadamente con relación al total de la población económicamente activa. Reducir la brecha del desempleo es una de las prioridades que nuestro Gobierno mantiene en su plan de desarrollo humano.

En materia de salud, el Estado prohíbe absolutamente los cobros y ha eliminado por completo los servicios privados en las instituciones públicas de salud. Entre los logros del sector hay que destacar la reducción de la mortalidad materna, al igual que la infantil por infecciones respiratorias agudas y tuberculosis. Logramos garantizar el tratamiento antirretroviral para personas que viven con el VIH y que lo requerían.

En cuanto al derecho a la vivienda digna, cómoda y segura, el Gobierno ha establecido políticas para el otorgamiento de subsidios, la creación de fondos de hipotecas aseguradas, de un fondo de crédito y de un banco de materiales de construcción, así como del

programa de legalización de los derechos de la propiedad, especialmente proyectos de vivienda, tales como “Casas para el Pueblo”, “Plan Techo”, “Una Casa Mejor” y, recientemente, un acuerdo con la banca privada para el fortalecimiento de viviendas de interés social denominado “Programa de Vivienda Social Solidaria”.

Para el territorio nacional, el Gobierno ha creado el “Programa Hambre Cero”, cuyo objetivo es erradicar el hambre. Este programa tiene un costo de 150 millones de dólares y entre 2007 y 2012 previó entregar un bono por valor de 2.000 dólares a 75.000 familias campesinas. Las familias beneficiarias devolverán el 20% de lo recibido para la creación de una caja rural con el fin de garantizar la continuidad del programa, el cual será llevado a cabo por organizaciones civiles no gubernamentales y pobladores de cada comunidad. Ese programa, de acuerdo con el Gobierno, está enmarcado dentro del compromiso de alcanzar la primera meta de los Objetivos de Desarrollo del Milenio de las Naciones Unidas, cual es erradicar la pobreza extrema y reducir el hambre a cero.⁹

Nuestra Constitución establece que a cada nicaragüense se le debe garantizar el derecho a la seguridad social para su protección integral frente a las contingencias de la vida y del trabajo, en la forma y las condiciones que determine la ley. El Plan Nacional de Desarrollo Humano contempla, en ese sentido, la seguridad social como pilar fundamental de su estrategia. En esa línea, el Gobierno trabaja en una propuesta de cambio del actual sistema.

Para Nicaragua, la igualdad de género y la plena participación de la mujer en todas las esferas de la sociedad son fundamentales y se constituyen como eje transversal de las políticas nacionales. La Unión Interparlamentaria sobre porcentaje de mujeres en los parlamentos del mundo le otorga a Nicaragua el séptimo lugar con el 42,3% de mujeres en el Parlamento. Y el Foro Económico Mundial ubica a Nicaragua en el noveno lugar en cuanto al índice de la brecha de género. Asimismo, el Gobierno concede prioridad al papel de la mujer en la toma de decisiones y la elaboración de políticas públicas, permitiendo su empoderamiento en los diferentes espacios de nuestra sociedad. Con ello, el Estado pretende erradicar paulatinamente el fenómeno de la violencia contra la mujer. En ese sentido, el Estado dispone de dependencias dentro de sus instituciones que velan por los derechos de la mujer.

Según la FAO, Nicaragua redujo en un 9,8% la extrema pobreza en la zona rural.

El rescate de los valores de la convivencia familiar ha sido uno de los principales énfasis en la política social del Gobierno. A través del “Programa Amor”, derivado del sistema nacional de bienestar social, buscamos recuperar el derecho de los niños y las niñas a vivir felices, garantizándoles educación gratuita, acceso a la salud, deporte, arte, seguridad y recreación.

En lo referente a los pueblos indígenas, el Estado reconoce los derechos, deberes y garantías consignados en la Constitución. El Estado promulgó la Ley del Régimen de Propiedad Comunal de los Pueblos Indígenas y Comunidades Étnicas de las Regiones

⁹ Disponible en: <http://www.casamerica.es/actualidad-efe/gobierno-de-ortega-inicia-el-programa-hambre-cero-en-nicaragua-11213>.

Autónomas de la Costa Atlántica. El desarrollo de esta región constituye uno de los pilares más importantes de la estrategia para la reducción de la pobreza en el país. En lo que respecta al derecho de propiedad de las tierras indígenas, el Estado ha restituido a las comunidades del Caribe su derecho sobre tierras ancestrales. Recientemente se reivindicaron los cayos Perlas, del municipio de Laguna de Perlas, Región Autónoma del Atlántico Sur (RAAS), títulos a favor de los comunitarios de Laguna de Perlas por la Procuraduría General de la República y la Comisión Nacional de Demarcación y Titulación (Conadeti), logrando titular 22 mil 468 kilómetros cuadrados. Al finalizar se espera demarcar 36 mil 202 kilómetros cuadrados a favor de las comunidades de las regiones autónomas del país.

Como se observa, el Gobierno está realizando estos programas económico-sociales para concederle beneficios a la ciudadanía y para el desarrollo de todos los sectores del país.

Bibliografía

- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, Opinión Consultiva OC-9/87 del 6 de octubre de 1987.
- FIX-ZAMUDIO, Héctor, “Los derechos humanos y su protección jurídica y procesal en Latinoamérica”, *Derechos humanos. Memoria del IV Congreso Nacional de Derecho Constitucional III*, México, D. F., Universidad Nacional Autónoma de México, 2001.
- MEDINA QUIROGA, Cecilia, *La Convención Americana: teoría y jurisprudencia. Vida, integridad personal, libertad personal, debido proceso y recurso judicial*, Santiago, Centro de Derechos Humanos, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, 2003.

V. Derecho internacional de los derechos humanos: Control de convencionalidad y diálogo jurisprudencial

- Víctor Bazán, Argentina
Vinculatoriedad de los estándares interpretativos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en los órdenes internos, control de convencionalidad y diálogo jurisprudencial
- Elena I. Highton de Nolasco, Argentina
El diálogo jurisprudencial entre la justicia nacional y las cortes internacionales: Reflexiones desde la experiencia argentina
- Jorge T. Larrieux, Uruguay
Diálogo jurisprudencial entre la justicia nacional y las cortes internacionales
- Gustavo Adolfo Sigüenza Sigüenza, Guatemala
Desafíos del control de convencionalidad y su aceptación por parte de la Corte de Constitucionalidad de Guatemala
- Eduardo R. Sodero, Argentina
Los desafíos del positivismo de los derechos humanos.
El sistema internacional de protección de los derechos humanos:
¿La pesadilla y el noble sueño?

Víctor Bazán* (Argentina)

Vinculatoriedad de los estándares interpretativos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en los órdenes internos, control de convencionalidad y diálogo jurisprudencial

RESUMEN

En el trabajo se explorará, en general, la actualidad y la prospectiva de la interrelación de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) y los tribunales internos. En particular se abordará la importancia del control de convencionalidad, exclusivamente a cargo de los jueces nacionales, —quienes están vinculados por la jurisprudencia del Tribunal Interamericano—, que consiste en verificar la adecuación de las normas jurídicas internas que aplican en casos concretos a la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) (y otros instrumentos internacionales que conforman el *corpus iuris* básico en la materia) y a los estándares interpretativos de la Corte IDH.

Asimismo, se argumentará la importancia de fortalecer la línea de cooperación entre los tribunales internos y la Corte IDH, y de intensificar un diálogo jurisprudencial entre ambas jurisdicciones para que los tribunales locales lleven adelante una interpretación conforme a la CADH y a los pronunciamientos de la Corte IDH, pero que correlativamente esta tenga presente las observaciones que desde los contextos jurisdiccionales nacionales se formulen a sus criterios. Ello así, para fortalecer cualitativamente la tutela multinivel de los derechos humanos y disminuir los riesgos de eventuales dificultades prácticas en la aplicación del control de convencionalidad.

Palabras clave: control de convencionalidad, estándares hermenéuticos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, tribunales internos, diálogo jurisprudencial crítico, protección de los derechos fundamentales.

* Doctor en Ciencias Jurídicas y Sociales. Catedrático de Derecho Constitucional y Derechos Humanos y de Derecho Procesal Constitucional, Universidad Católica de Cuyo, San Juan (Argentina); profesor de Posgrado, Universidad de Buenos Aires y de otras universidades argentinas y extranjeras. vba_martg@yahoo.com.ar.

ZUSAMMENFASSUNG

Der Beitrag befasst sich im Allgemeinen mit der derzeitigen Lage und Entwicklung des Verhältnisses zwischen dem Interamerikanischen Gerichtshof für Menschenrechte (IAGMR) und den nationalen Gerichten. Im Einzelnen geht er auf die Bedeutung der Kontrolle der Vertragskonformität durch nationale Richter ein - die an die Rechtsprechung des Interamerikanischen Gerichts gebunden sind. Diese besteht in der Überprüfung der Anpassung der in Einzelfällen zur Anwendung kommenden nationalen rechtlichen Bestimmungen an die Amerikanische Menschenrechtskonvention (AMRK) (sowie weitere internationale Instrumente, die das grundlegende corpus iuris auf dem Gebiet bilden).

Desweiteren wird auf die Bedeutung einer stärkeren Zusammenarbeit zwischen den nationalen Gerichten und dem IAGMR sowie eines intensiveren Rechtsprechungsdialogs zwischen den beiden Gerichtsbarkeiten eingegangen, um die Auslegungspraxis der nationalen Gerichte an die AMRK und die Entscheidungen des IAGMR anzupassen, aber auch darauf, dass der Gerichtshof zugleich die im jeweiligen nationalen Rechtskontext zu seinen Rechtsprechungskriterien entwickelten Ansichten zur Kenntnis nimmt. Dies dient der qualitativen Stärkung des Menschenrechtsschutzes auf mehreren Ebenen, sowie der Verringerung des Risikos möglicher praktischer Schwierigkeiten bei der Umsetzung der Kontrolle der Vertragskonformität.

Schlagwörter: Kontrolle der Vertragskonformität, Auslegungsstandards des Interamerikanischen Gerichtshofs für Menschenrechte, nationale Gerichte, kritischer Rechtsprechungsdialog, Schutz der Grundrechte.

ABSTRACT

Our aim is to examine current and future relationships between the Inter-American Court of Human Rights and domestic courts. We deal with the importance of conventionality control, which is exclusively in the hands of judges in the national sphere although they are bound by the case law of the Inter-American Court. This control consists in verifying the appropriateness of domestic legislation which applies to specific cases with relation to the Inter-American Convention on Human Rights (and other international instruments which make up the basic body of law for this subject matter) and the interpretation standards of the Inter-American Court of Human Rights.

We also put forward the importance of reinforcing cooperation among domestic courts and with the Inter-American Court of Human rights, and intensifying a jurisprudential dialogue between both jurisdictions so that local courts interpret legislation in keeping with the American Convention of Human Rights and the decisions of the Inter-American Court of Human Rights, and the latter is mindful of the observations raised in national jurisdictions regarding the Court's criteria. Such cooperation would entail a qualitative improvement of the multitiered human rights protection and reduce the potential risks of practical difficulties in the application of conventionality control.

Keywords: Conventionality control, interpretation standards of the Inter-American Court of Human Rights, domestic courts, analytic jurisprudential dialogue, protection of fundamental rights.

1. El recorrido propuesto

Este trabajo pretende explorar algunas cuestiones de suma relevancia y actualidad, y de gran perspectiva, conectadas con la temática de la vinculación de la jurisprudencia internacional en el ámbito interno (y por ende, de los jueces nacionales): *el control de convencionalidad y la necesidad de propiciar esfuerzos correlacionados y diálogos jurisdiccionales tangibles* entre las instancias internas de los Estados partícipes del sistema interamericano y la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH).

No es superfluo recordar que la garantía de los derechos fundamentales legitima y justifica tanto al Estado constitucional como al sistema protectorio transnacional, este dinamizado básicamente por la Comisión y la Corte Interamericanas de Derechos Humanos.

Tomando en cuenta tan trascendente pauta jurídica y axiológica, comenzaremos nuestro recorrido ofreciendo algunas consideraciones sumarias para contextualizar el problema y enfatizar la exigencia que pesa sobre los operadores jurisdiccionales (y demás autoridades competentes) de llevar adelante una *interpretación de la normativa interna conforme al derecho internacional de los derechos humanos*.

Seguidamente ingresaremos al “mundo” del control de convencionalidad intentando responder a un puñado de interrogantes al respecto, tales como: de qué hablamos cuando nos referimos al control de convencionalidad; cómo se ha venido construyendo progresivamente hasta el presente dicha fiscalización en el seno jurisprudencial de la Corte IDH; cuáles son algunos de los fundamentos en que se asienta y los objetivos que persigue; cómo se concreta la conexión de esta modalidad de contralor de compatibilidad convencional con el principio de adecuación normativa consagrado en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) y la imprescindible búsqueda del efecto útil de los compromisos internacionales en materia de derechos fundamentales y, por último, de qué manera el control de convencionalidad puede funcionar como una importante pieza del mecanismo de protección multinivel de estos.

A continuación relevaremos algunas experiencias de órganos latinoamericanos de clausura de la justicia constitucional para compulsar el grado de recepción del examen de convencionalidad y el singular modo en que el mismo ha impactado en ciertos escenarios jurídicos, trayendo consigo significativos desafíos, además de exigencias de reacondicionamiento jurídico.

Será entonces el turno de explorar, a modo de caso testigo, un asunto complejo en la trayectoria jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia argentina, que se revela igualmente conflictivo en la mayoría de los países que integran el esquema protectorio regional: el valor de las recomendaciones contenidas en los informes de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH).

Enfilaremos después hacia otro ítem de interés: la necesidad de fortalecer cualitativamente una relación concertada y de diálogo entre la Corte IDH y los tribunales de cúspide en materia constitucional de los Estados del sistema interamericano, a partir de la función de integración que ostentan los derechos humanos. Allí, y después de formu-

lar sucintas consideraciones generales sobre el tópico, haremos algunas referencias en torno a la doctrina del margen de apreciación nacional e identificaremos determinadas señales de apertura y deferencia de la Corte IDH hacia aquellas naciones que son partes de la CADH.

El cierre de esta investigación vendrá de la mano de ciertas consideraciones finales que se unirán a otras aproximaciones intercaladas en su nudo argumental.

2. Apreciaciones contextuales

2.1. Conexiones entre el derecho internacional de los derechos humanos y el derecho interno

Una de las facetas sustanciales de las relaciones entre el derecho internacional y el derecho interno se traduce en que la eficacia real del primero depende en buena medida de la fidelidad con que los derechos nacionales se conformen a las normas internacionales y les den efecto.¹

En particular sobre el derecho internacional de los derechos humanos, la creciente trascendencia que adquieren sus áreas de interacción con el derecho doméstico exige una articulación de ese binomio de fuentes mediante su retroalimentación y complementariedad en pro del fortalecimiento cabal del sistema de derechos.

Tales premisas confirman que la problemática medular de los derechos humanos es una incumbencia –y debe ser una preocupación– concurrente o compartida entre las instancias estatales y la transnacional. Ello sin olvidar que esta última ostenta (en el plano jurisdiccional) una naturaleza convencional *coadyuvante o complementaria* de las de los ordenamientos nacionales (cf. Preámbulo de la CADH, párr. 2º) y que la pauta de agotamiento de los recursos internos,² estrechamente vinculada al carácter subsidiario de la dimensión interamericana, ha sido concebida para brindar a los Estados la posibilidad de remediar internamente sus conflictos en la materia sin necesidad de verse enfrentados a un eventual litigio en el marco transnacional que pudiera acarrearles responsabilidad internacional.

En esa dinámica se impone como premisa irrecusable a los magistrados constitucionales en la dimensión interna acometer sus labores de interpretación de las fuentes subconstitucionales *de conformidad con la Constitución y el derecho internacional de los derechos humanos*, lo que involucra la exigencia de tomar en cuenta los pronunciamientos de la Comisión y la Corte Interamericanas.

Tal mandato de interpretación conforme a aquellas fuentes jurídicas debe ser leído, no en términos de una vinculación jerárquica, sino en función del deber de decantarse

¹ Cf. José A. Pastor Ridruejo, *Curso de derecho internacional público y organizaciones internacionales*, 10ª. ed., Madrid, Tecnos, 2006, p. 165.

² Sobre el punto, ver por ejemplo el artículo 46.1. a) de la CADH.

por la interpretación de la norma más favorable y efectiva hacia la protección de los derechos, garantías y libertades (principio *pro persona* o *favor libertatis*), en la línea de sentido del artículo 29 de la CADH.

La Constitución de un Estado, con el vigor normativo que le es inherente, y los instrumentos internacionales sobre derechos humanos, como las disposiciones contenidas, por ejemplo, en la CADH y los estándares hermenéuticos que a su respecto traza la Corte IDH, conforman una matriz jurídica que orienta su vigencia hacia un idéntico sustrato axiológico: *la defensa y la realización de los derechos esenciales*.

2.2. Obligatoriedad de las sentencias de la Corte IDH

Partimos de una base indiscutible, al menos en abstracto: las decisiones de la Corte IDH resultan de cumplimiento obligatorio para el Estado condenado (cf. arts. 67, parte inicial, y 68.1). Para este, el pronunciamiento hace *cosa juzgada* internacional, o sea, le genera una *vinculación inmediata o directa*.

El deber de cumplimiento por el Estado concernido es inexcusable. No se trata de un tema precisamente menor ya que, como puntualiza García Ramírez,

[...] *si las resoluciones no se cumplen, todo el sistema tutelar internacional entra en crisis. El prestigio le aguarda: un prestigio que pudiera contaminar, en cascada, los sistemas nacionales y mellar la cultura de los derechos humanos, penosamente construida*. De ahí que, en este punto, más que en otro cualquiera, se manifieste con evidencia la verdadera convicción de los Estados –es decir, de los gobernantes– y su proyecto político.³ (Énfasis agregado)

Ya para el resto de los países miembros del sistema interamericano, la sentencia contra un Estado hace *cosa interpretada internacional*, lo que supone un importante nivel de preceptividad, causándole una *vinculación mediata o indirecta*. Ello significa, para Cançado Trindade, que el resolutorio es válido *erga omnes partes*, ya que tiene implicaciones para todos los Estados de la CADH en su deber de prevención.⁴

³ Sergio García Ramírez, *Los derechos humanos y la jurisdicción interamericana*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas (IIJ), Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM), 2002, p. 156.

⁴ Antônio A. Cançado Trindade, *Anexo 21: presentación del presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos ante el Consejo Permanente de la Organización de los Estados Americanos (OEA)*, de 16 de octubre de 2002; en el mismo autor (rel.), *El sistema interamericano de protección de los derechos humanos en el umbral del siglo XXI*, t. II, 2ª. ed., Memoria del Seminario realizado los días 23 y 24 de noviembre de 1999, San José de Costa Rica, Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2003, p. 920.

2.3. Valor de las opiniones consultivas

Pensamos que las *opiniones consultivas* de dicho Tribunal Interamericano, si bien obviamente no son sentencias jurisdiccionales, sí poseen *carácter vinculante*.

Es que si el control de convencionalidad implica que principal pero no exclusivamente los jueces deben cotejar la normativa interna aplicable a un caso concreto con la CADH y con la interpretación que de esta realice la Corte IDH, justamente las opiniones consultivas son resultado de la labor hermenéutica de esta en tanto intérprete final de tal instrumento internacional, con lo cual, al llevar adelante la fiscalización convencional, aquellos habrán de tener necesariamente en cuenta los *productos interpretativos plasmados en dichas opiniones consultivas*.

3. El control de convencionalidad

3.1. Aproximación conceptual

La interrelación de los tribunales nacionales y los internacionales en materia de derechos humanos se mueve al compás de una lógica compleja que genera un haz de puntos de contacto no siempre pacíficos ni lineales.

Precisamente, uno de los pliegues de esta trama interactiva corresponde al control de convencionalidad, que para algunos autores no deja de ser una especie de diálogo interjurisdiccional.

Recogiendo los datos que proporciona la praxis del sistema interamericano, pueden reconstruirse ciertos perfiles de dicho contralor, teniendo en cuenta que este transita por dos vertientes, según veremos a continuación.

3.1.1. *Ámbito internacional*

Una de las vertientes se desarrolla en el *plano internacional* y se deposita en la Corte IDH, que la ha venido desplegando desde el comienzo efectivo de su práctica contenciosa, aunque solo en época reciente la ha bautizado como control de convencionalidad.

Tal tarea consiste en juzgar en casos concretos si un acto o una normativa de derecho interno resulta incompatible con la CADH, disponiendo en consecuencia, por ejemplo, la reforma o la abrogación de dicha práctica o norma, según corresponda, en orden a la protección de los derechos humanos y la preservación de la vigencia suprema de tal convención y de otros instrumentos internacionales fundamentales en este campo.

Igualmente procede en el supuesto de que el Estado no haya cumplido con el deber de adoptar disposiciones de derecho interno (CADH, art. 2) para garantizar efectivamente el ejercicio de los derechos humanos reconocidos en la Convención, para lo cual la Corte, por vía jurisdiccional, impone al Estado tomar medidas legislativas o de otro carácter, a fin de satisfacer semejante finalidad (asunto que retomaremos).

3.1.2. Contexto interno

La restante modalidad se despliega en *sede nacional*, se encuentra a cargo de los magistrados locales (involucrando también a las demás autoridades públicas –según lo ha entendido la Corte IDH–) y consiste en la obligación de verificar la adecuación de las normas jurídicas internas que aplican en casos concretos, a la CADH (y a otros instrumentos internacionales esenciales en el área de los derechos humanos) y a los patrones interpretativos que el Tribunal Interamericano ha acuñado a su respecto, en aras de la cabal tutela de los derechos básicos.

En resumen, se efectúa una interpretación de las prácticas internas a la luz o al amparo del *corpus juris*⁵ capital en materia de derechos humanos acerca del cual aquel ejerce competencia material.

Desde este ángulo, el control de convencionalidad es un dispositivo que –en principio y siempre que sea adecuadamente empleado– puede contribuir a la aplicación armónica, ordenada y coherente del derecho vigente en el Estado, abarcando a sus fuentes internas e internacionales.

Ciertamente, aquel mecanismo no es inocuo, sino que plantea diferentes retos y, en no pocas ocasiones, genera inconvenientes operativos en los espacios jurídicos nacionales. Por su parte, aunque obvio, su ejercicio exige implícitamente que los operadores jurisdiccionales *conozcan* el citado bloque jurídico de derechos humanos y el acervo jurisprudencial de la Corte IDH y, paralelamente, aunque ya en ejercicio introspectivo, se despojen de vacuos prejuicios *soberanistas* a la hora de concretarlo.

3.2. La construcción jurisprudencial del instituto

3.2.1. Antes del caso *Almonacid Arellano y otros vs. Chile*

Todo lleva a presumir que fue el hoy expresidente de la Corte IDH Sergio García Ramírez, en su voto concurrente razonado emitido en el caso *Myrna Mack Chang vs. Guatemala*,⁶ quien en el seno de la Corte IDH utilizó por vez primera la expresión “control de convencionalidad” que trae consigo la jurisdicción de la Corte (párr. 27).

Aunque es preciso consignar que el citado exmagistrado centraliza el contenido semántico de aquella locución en el ámbito de despliegue funcional de la Corte IDH, a la que concibe –mutatis mutandis– como una suerte de tribunal constitucional (o convencional) supranacional.

⁵ Se ha señalado que la expresión “*corpus juris* de los derechos humanos” es un aporte de la Corte IDH a la doctrina internacional; ver Daniel O’Donnell, *Derecho internacional de los derechos humanos. Normativa, jurisprudencia y doctrina de los sistemas universal e interamericano*, 2ª. ed., Santiago de Chile, Oficina Regional para América Latina y el Caribe del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, 2007, p. 57.

⁶ Corte IDH, caso *Myrna Mack Chang vs. Guatemala*, Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas, 25 de noviembre de 2003, Serie C, núm. 101.

Al retomar el hilo secuencial de las referencias que el nombrado jurista realiza al control de convencionalidad, ya con mayor grado de detalle y por medio de un voto concurrente razonado en el caso *Tibi vs. Ecuador*,⁷ explicó que el Tribunal Interamericano *analiza los actos que llegan a su conocimiento en relación con normas, principios y valores de los tratados en los que funda su competencia contenciosa, y resuelve acerca de la convencionalidad de tales actos*, pretendiendo “conformar esa actividad al orden internacional acogido en la convención fundadora de la jurisdicción interamericana y aceptado por los Estados parte en ejercicio de su soberanía” (párr. 3).

En un voto razonado, elaborado en el caso *López Álvarez vs. Honduras*⁸ y al analizar la duración razonable del proceso penal, García Ramírez indicó que la Corte IDH, que verifica la compatibilidad entre la conducta del Estado y las disposiciones de la Convención –es decir, el órgano que practica el control de convencionalidad–, debe explorar las circunstancias *de jure* y *de facto* del caso (párr. 30).

A su tiempo, en el voto razonado pronunciado en el caso *Vargas Areco vs. Paraguay*⁹ (resuelto el mismo día que el caso *Almonacid Arellano y otros vs. Chile*,¹⁰ del que nos ocuparemos *infra*), el varias veces citado exjuez del Tribunal Interamericano precisó que este “tiene a su cargo el ‘control de convencionalidad’ fundado en la confrontación entre el hecho realizado y las normas de la Convención Americana” (párr. 6), por lo que solo puede “confrontar los hechos internos –leyes, actos administrativos, resoluciones jurisdiccionales, por ejemplo– con las normas de la Convención y resolver si existe congruencia entre aquellos y estas para determinar, sobre esa base, si aparece la responsabilidad internacional del Estado por incumplimiento de sus obligaciones de la misma naturaleza” (párr. 7).

Al solo efecto ilustrativo vale evocar que en su intervención como presidente de la Corte IDH en la ceremonia de apertura del Período Extraordinario de Sesiones del Tribunal en Brasilia, el 28 de marzo de 2006, García Ramírez ya expresaba:

La Corte Interamericana no es un órgano de última instancia con respecto a los tribunales nacionales. Ni lo es, ni pretende serlo. Es complementaria de la jurisdicción interna y se atiene a esta misión, claramente establecida. Le incumbe juzgar exclusivamente sobre la compatibilidad entre los hechos de los que toma conocimiento y los derechos y las libertades consagrados en la Convención Americana y, eventualmente, en otros instrumentos que le confieren competencia. En este sen-

⁷ Corte IDH, caso *Tibi vs. Ecuador*, Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, 7 de septiembre de 2004, Serie C, núm. 114.

⁸ Corte IDH, caso *López Álvarez vs. Honduras*, Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas, 1 de febrero de 2006, Serie C, núm. 141.

⁹ Corte IDH, caso *Vargas Areco vs. Paraguay*, Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas, 26 de septiembre de 2006, Serie C, núm. 155.

¹⁰ Si bien existe coincidencia cronológica en el dictado de ambas sentencias, fuera de la alusión del juez García Ramírez no hay en el fallo recaído en el caso *Vargas Areco vs. Paraguay* mención alguna al control de convencionalidad.

tido –si se me permite emplear un símil–, es *corte de convencionalidad*, semejante a las de constitucionalidad en los ordenamientos nacionales.¹¹ (Énfasis agregado)

3.2.2. *El empleo plenario del enunciado “control de convencionalidad” por la Corte IDH a partir del caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile*

- a) Los primeros fallos en los que el Tribunal Interamericano se refirió plenaria y particularmente al *control de convencionalidad* se profirieron (en línea temporal) en los siguientes casos: *Almonacid Arellano y otros vs. Chile*,¹² *Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú*¹³ y *La Cantuta vs. Perú*.¹⁴

En el caso *Almonacid Arellano y otros vs. Chile*, específicamente en el párr. 124, sostuvo:

La Corte es consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar por que los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, *el poder judicial debe ejercer una especie de control de convencionalidad entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el poder judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana.* (Énfasis agregado)

Por su parte, en el párrafo 128 del fallo recaído en el caso *Trabajadores Cesados del Congreso vs. Perú* expresó: “*Los órganos del poder judicial deben ejercer no solo un control de constitucionalidad, sino también ‘de convencionalidad’ ex officio entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes*” (Énfasis agregado).

¹¹ Disponible en: www.corteidh.or.cr/docs/discursos/garcia_31_03_06.pdf.

¹² Corte IDH, caso *Almonacid Arellano y otros vs. Chile*, Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, 26 de septiembre de 2006, Serie C, núm. 154.

¹³ Corte IDH, caso *Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú*, Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, 24 de noviembre de 2006, Serie C, núm. 158.

¹⁴ Corte IDH, caso *La Cantuta vs. Perú*, Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas, 29 de noviembre de 2006, Serie C, núm. 162.

Ya en el caso *La Cantuta vs. Perú*, en su párr. 173, directamente reprodujo lo que expusiera en el párr. 124 del caso *Almonacid Arellano y otros vs. Chile*.

Del breve *racconto* efectuado se desprende que en el caso *Trabajadores Cesados del Congreso vs. Perú* empleó un mayor nivel de determinación jurídica en relación con la naturaleza y la preceptividad del control de convencionalidad *vis-à-vis*, lo que verbalizara en el caso *Almonacid Arellano y otros vs. Chile*.

Así, mientras en este sostuvo un tanto genéricamente que el poder judicial debe ejercer una especie de control de convencionalidad, en el caso *Trabajadores Cesados del Congreso vs. Perú* puntualizó que los órganos del poder judicial deben ejercer *no solo un control de constitucionalidad, sino también de convencionalidad*.

Es preciso subrayar, a modo de síntesis, que en el decisorio citado en último término la Corte avanzó en la conformación de la doctrina del control de convencionalidad decantándose por su viabilidad *incluso de oficio*, además de poner énfasis en la búsqueda del efecto útil de los tratados sobre derechos humanos y en el necesario resguardo del objeto y el fin de los mismos (temas que oportunamente retomaremos).

En tren de sintetizar al máximo el problema, debe subrayarse que la faena de desenvolvimiento del control de convencionalidad implica discernir si una norma o un acto internos *son o no convencionales*. Es que, como el Tribunal Interamericano advirtió en el caso *Boyce y otros vs. Barbados*, ello significa que no alcanza con limitarse a evaluar si una norma es inconstitucional, sino que la cuestión debe girar en torno a si la misma también es “convencional”, o sea, debe además el órgano competente decidir si ella restringe o viola los derechos reconocidos en la CADH (párr. 78).¹⁵

- b) Por su parte, en el caso *Cabrera García y Montiel Flores vs. México*, la Corte IDH amplió la plataforma de vinculatoriedad de los sujetos encargados de llevar adelante la fiscalización de coherencia convencional en el derecho interno. En tal sentido precisó que: “*Los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles están en la obligación de ejercer ex officio un control de convencionalidad entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes*” (párr. 225).¹⁶
- c) Respecto del panorama someramente descrito es útil traer a colación otro ingrediente importante, aunque controversial. En efecto, por medio de la sentencia de 24 de febrero de 2011 dictada en el caso *Gelman vs. Uruguay*, la Corte IDH ha expandido fuertemente las fronteras de operatividad del control de convencio-

¹⁵ Corte IDH, caso *Boyce y otros vs. Barbados*, Sentencia sobre Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, 20 de noviembre de 2007, Serie C, núm. 169.

¹⁶ Corte IDH, caso *Cabrera García y Montiel Flores vs. México*, Sentencia de Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, 26 de noviembre de 2010, Serie C, núm. 220.

nalidad y entronizado la tutela de los derechos fundamentales como límite a las mayorías en el despliegue de la vida democrática.

Sostuvo en esa ocasión que:

[...] particularmente en casos de graves violaciones a las normas del Derecho Internacional de los Derechos, la protección de los derechos humanos constituye un límite infranqueable a la regla de mayorías, es decir, a la esfera de lo “susceptible de ser decidido” por parte de las mayorías en instancias democráticas, *en las cuales también debe primar un “control de convencionalidad” [...], que es función y tarea de cualquier autoridad pública y no solo del poder judicial* (párr. 239).¹⁷

En breves palabras, la Corte IDH ha involucrado *expressis verbis* en la obligación de realizar control de convencionalidad a *cualquier autoridad pública*, lo que representa un mandato con un tenor tal de generalidad que, de no ser debidamente delimitado por aquella en futuros pronunciamientos, es posible intuir que provocará diversas dificultades operativas en el plano interno.

- d) A su tiempo, en un nuevo movimiento en la dirección indicada, el Tribunal Interamericano expresó en los casos *López Mendoza vs. Venezuela*¹⁸ y *Atala Riffo y Niñas vs. Chile*¹⁹ que, *con base en el control de convencionalidad, es necesario que las interpretaciones judiciales y administrativas y las garantías judiciales se apliquen adecuándose a los principios establecidos en su jurisprudencia.*
- e) De su lado, en los casos *Masacre de Santo Domingo vs. Colombia* y *Gelman vs. Uruguay*, resolución esta última de 20 de marzo de 2013 en el marco del proceso de supervisión de cumplimiento de la sentencia antes referenciada, la Corte puntualizó que es “*obligación propia de todo poder, órgano o autoridad del Estado parte en la Convención*, los cuales deben, en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes, controlar que los derechos humanos de las personas sometidas a su jurisdicción sean respetados y garantizados”, adquiriendo, así,

[...] sentido el mecanismo convencional, *el cual obliga a todos los jueces y órganos judiciales a prevenir potenciales violaciones de derechos humanos*, las cuales deben solucionarse a nivel interno teniendo en cuenta las interpretaciones de la Corte Interamericana y, solo en caso contrario, pueden ser considerados por es-

¹⁷ Corte IDH, caso *Gelman vs. Uruguay*, Sentencia de Fondo y Reparaciones, 24 de febrero de 2011, Serie C, núm. 221.

¹⁸ Corte IDH, caso *López Mendoza vs. Venezuela*, Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas, 1 de septiembre de 2011, Serie C, núm. 233, párr. 228.

¹⁹ Corte IDH, caso *Atala Riffo y Niñas vs. Chile*, Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas, 24 de febrero de 2012, Serie C, núm. 239, párr. 284.

ta, en cuyo supuesto ejercerá un control complementario de convencionalidad.²⁰ (Énfasis agregado)

- f) Para cerrar este segmento y procurar compendiar la secuencia creciente de destinatarios involucrados en el deber de desplegar el control de convencionalidad en el ámbito interno y la ampliación del alcance material de tal test de compatibilidad convencional, se observan hasta el momento los siguientes eslabones:
- i) *el poder judicial* debe realizar una “*especie*” de control de convencionalidad (caso *Almonacid Arellano y otros vs. Chile*);
 - ii) *los órganos del poder judicial* deben desarrollar no solo un control de constitucionalidad sino también de convencionalidad, incluso de oficio (caso *Trabajadores Cesados del Congreso vs. Perú*);
 - iii) el test de convencionalidad involucra a *jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles* (caso *Cabrera García y Montiel Flores vs. México*);
 - iv) *cualquier autoridad pública y no solo el poder judicial* deben llevar adelante la fiscalización convencional (caso *Gelman vs. Uruguay*);
 - v) se impone la *adecuación de las interpretaciones judiciales y administrativas y de las garantías judiciales a los principios establecidos en la jurisprudencia de la Corte IDH* (casos *López Mendoza vs. Venezuela* y *Atala Riffo y Niñas vs. Chile*);
 - vi) existe la *obligación de las autoridades internas (y fundamentalmente de todos los jueces y órganos judiciales)* de realizar lo que figurativamente nos permitimos llamar un control de convencionalidad preventivo teniendo en cuenta las interpretaciones de la Corte Interamericana y, en caso de que no se logre adecuada solución a la cuestión en el plano doméstico, esta última llevará a cabo un control *complementario* de convencionalidad (casos *Masacre de Santo Domingo vs. Colombia* y *Gelman vs. Uruguay*, tratándose en este último asunto de una resolución de 20 de marzo de 2013, en el contexto del proceso de supervisión del cumplimiento de la sentencia de fondo).

3.3. Fundamentos y finalidad

Uno de los aspectos que procuramos resaltar es la importancia de que la *dimensión objetiva* de las sentencias de la Corte IDH tenga eco en los órganos nacionales competentes al efecto.

²⁰ Corte IDH, caso de la Masacre de Santo Domingo vs. Colombia, Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones, 30 de noviembre de 2012, Serie C, núm. 259, párr. 144; y caso *Gelman vs. Uruguay*, Supervisión de cumplimiento de sentencia, Resolución de 20 de marzo de 2013, párr. 72.

Dicho de otro modo, debe hacerse foco en el impacto jurisdiccional que esos fallos proyectan con carácter general en el contexto interno, impregnando toda la labor de la jurisprudencia en la aplicación y la interpretación de las normas internas sobre derechos fundamentales.²¹

Aunque en definitiva, como sucede con diversas cuestiones inherentes al derecho internacional, las posibilidades de éxito de la tesis del control de convencionalidad están cifradas en el grado de receptividad en los ámbitos domésticos de la labor de los respectivos operadores jurídicos involucrados y en la voluntad política de los Estados.

La lógica de funcionamiento del nombrado mecanismo sería la siguiente: la Corte IDH fija un criterio o estándar (que es un umbral cuyo alcance puede ser ampliado por las jurisdicciones internas, tomando al principio *pro persona* como fuente nutricia) y –control de convencionalidad mediante– los órganos competentes locales lo aplican (en la medida de lo aplicable) en los casos concretos que se les presenten.

Así se aligera prospectivamente la carga de trabajo del Tribunal Interamericano, relevándolo de un conjunto de casos que pueden y deben ser asumidos por magistrados y demás autoridades en los órdenes nacionales, siempre dentro del marco de sus respectivas atribuciones.

De tal manera, la exigencia del control de convencionalidad intraestatal obedece a la dinámica de *irradiación* de la jurisprudencia de la Corte IDH hacia los Estados que han aprobado y ratificado la CADH y reconocido la jurisdicción contenciosa de ese Tribunal.

Al respecto, no puede soslayarse como material de análisis, para ponderar debidamente la cuestión, el deber de honrar los compromisos asumidos internacionalmente y el debido respeto que demandan los principios generales del derecho internacional. En particular, las exigencias de las pautas *pacta sunt servanda* (premisa fundamental, de raigambre metajurídica,²² del derecho de los tratados); cumplimiento de buena fe (que recorre transversalmente a todo el derecho internacional) e improcedencia de alegar disposiciones (u omisiones –según nuestro criterio–) de derecho interno para justificar el incumplimiento de los convenios internacionales.²³ Todo ello de acuerdo, en lo res-

²¹ Cf., mutatis mutandis, Luis Jimena Quesada, “La vinculación del juez a la jurisprudencia internacional”, en Miguel Revenga Sánchez (coord.), *El poder judicial*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2009, pp. 501-502 y nota 13 a pie de página.

²² Sobre el particular, y en su voto disidente en el caso Caballero Delgado y Santana vs. Colombia (Sentencia de Reparaciones y Costas, 29 de enero de 1997, Serie C, núm. 31), el expresidente del Tribunal Antônio A. Cançado Trindade dejó en claro que el principio general *pacta sunt servanda* tiene fuente *metajurídica*, “al buscar basarse, más allá del consentimiento individual de cada Estado, en consideraciones acerca del carácter obligatorio de los deberes derivados de los tratados internacionales” (párr. 8).

²³ Solo por traer aquí un ejemplo, evocamos que la Corte IDH ha sostenido: “Según el derecho internacional las obligaciones que este impone deben ser cumplidas de buena fe y no puede invocarse para su incumplimiento el derecho interno. Estas reglas pueden ser consideradas como principios generales del derecho y han sido aplicadas, aun tratándose de disposiciones de carácter constitucional, por la Corte Permanente de Justicia Internacional y la Corte Internacional de Justicia [...]. Asimismo estas reglas han sido codificadas en los artículos 26 y 27 de la Convención de

pectivamente correspondiente, con los artículos 26, 31.1 y 27 (este sin omitir la hipótesis excepcional contemplada en el art. 46) de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (CVDT), de 23 de mayo de 1969,²⁴ conjunto de reglas medulares en materia de observancia de los instrumentos internacionales convencionales.²⁵

Desde otro perfil, tampoco sería válido eludir la premisa de vinculatoriedad de las sentencias de la Corte IDH por parte de los Estados que, al haberse sometido voluntaria y soberanamente al radio de alcance competencial que aquella ostenta, se encuentran integrados en el modelo de justicia internacional que dicho tribunal encabeza y, por tanto, deben obrar en consecuencia y de buena fe.²⁶

El expresidente de dicho tribunal, Diego García-Sayán,²⁷ en su voto concurrente emitido en el caso *Cepeda Vargas vs. Colombia*, ha precisado que:

[...] *los tribunales nacionales están llamados a cumplir un papel crucial por ser uno de los vehículos principales para que el Estado pueda traducir en el orden interno las obligaciones contenidas en los tratados internacionales sobre derechos humanos, aplicándolos en su jurisprudencia y accionar cotidianos*. Ciertamente no solo deben garantizar los derechos asegurando la efectividad de los recursos judiciales internos sino que, además, deben poner en práctica las decisiones vinculantes de la Corte Interamericana que interpretan y definen las normas y estándares internacionales de protección de los derechos humanos (párr. 30).²⁸ (Énfasis agregado)

Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969”; Opinión Consultiva OC-14/94, “Responsabilidad internacional por expedición y aplicación de leyes violatorias de la Convención (arts. 1 y 2)”, 9 de diciembre de 1994, solicitada por la CIDH, Serie A, núm. 14, párr. 35.

²⁴ UN Doc A/CONF.39/27 (1969), 1155 UNTS 331, que entró en vigor el 27 de enero de 1980.

²⁵ Cabe resaltar, en lo tocante al artículo 26 de la CVDT y su reflejo en el artículo 31.1, que al enunciado tradicional en punto a que “los pactos deben ser cumplidos”, la disposición añade “de buena fe”, que naturalmente –y como se anticipó– es un principio general del derecho.

Pero más allá de encontrarse en el cuerpo normativo de la Convención, tales premisas adquieren un refuerzo axiológico, también jurídico, al haber quedado igualmente literalizadas en el Preámbulo de la misma, que en su párrafo 3° reza: “Advirtiendo que los principios del libre consentimiento y de la buena fe y la norma *acta sunt servanda* están universalmente reconocidos”.

A su tiempo, entre los principios de la Organización de las Naciones Unidas, su Carta establece en el artículo 2.2. lo siguiente: “Los Miembros de la Organización, a fin de asegurarse los derechos y beneficios inherentes a su condición de tales, *cumplirán de buena fe las obligaciones contraídas por ellos de conformidad con esta Carta*” (énfasis agregado).

Sobre tales tópicos, ver para ampliar Ernesto de la Guardia, *Derecho de los tratados internacionales*, Buenos Aires, Ábaco, 1997, pp. 94-95.

²⁶ Ver artículos 33, 62.3, 67, parte inicial, 68.1 y ccdd. de la CADH.

²⁷ El doctor Diego García-Sayán fue presidente de la Corte IDH desde enero de 2010. Durante el 93° período ordinario de sesiones de dicho Tribunal, finalizado el 1 de diciembre de 2011, fue reelegido para un nuevo período de dos años. Ya el 28 de noviembre de 2013 fue designado nuevo presidente del Tribunal Humberto Sierra Porto con un mandato de dos años.

²⁸ Corte IDH, caso *Cepeda Vargas vs. Colombia*, Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones, 26 de mayo de 2010, Serie C, núm. 213; voto concurrente del juez Diego García Sayán, párr. 30.

Es que, justamente, el desiderátum indica que los Estados deben constituirse en el primer recinto de tutela cabal de tales derechos, pues como afirma Pérez Tremps, “[...] no es bueno que la protección internacional actúe como sustitutivo de la interna; su función es completar esta y fomentar su mayor eficacia”.²⁹

Convergente y acertadamente, García Ramírez resalta que *la gran batalla por los derechos humanos se ganará en el ámbito interno, del que es coadyuvante o complemento, no sustituto, el internacional*.³⁰

3.4. Vinculación con el principio de adecuación normativa. El efecto útil de los tratados internacionales

A partir de la correlación de los artículos 1.1. y 2 de la CADH surge que sus Estados parte se comprometen a *respetar* los derechos y las libertades reconocidos en ella, y a *garantizar* su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna; y si ese ejercicio no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, aquellos se obligan a *adoptar las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades*.³¹

En ese contexto, la palabra “garantizar” supone el deber del Estado de tomar todas las medidas conducentes, incluso a través de decisiones jurisdiccionales que quedan subsumidas en la categoría de *medidas de otro carácter*, en orden a remover los obstáculos que pudieran existir para que sus habitantes estén en condiciones de disfrutar de los derechos que la Convención consagra.

Es doctrina consolidada del citado Tribunal Interamericano que aquella adecuación implica la adopción de medidas en dos vertientes: “(i) la supresión de las normas y prácticas de cualquier naturaleza que entrañen violación a las garantías previstas en la Convención o que desconozcan los derechos allí reconocidos u obstaculicen su ejercicio, y (ii) la expedición de normas y el desarrollo de prácticas conducentes a la efectiva observancia de dichas garantías”.³²

Lo que pretendemos resaltar aquí es que innegablemente la CADH impone a cada Estado parte la obligación de adecuar su derecho interno a las disposiciones de tal compromiso convencional, para garantizar los derechos allí consagrados.

²⁹ Pablo Pérez Tremps, “Las garantías constitucionales y la jurisdicción internacional en la protección de los derechos fundamentales”, *Anuario de la Facultad de Derecho*, núm. 10, Universidad de Extremadura, 1992, p. 81.

³⁰ Corte IDH, caso *Trabajadores Cesados del Congreso vs. Perú*, cit., voto razonado del juez Sergio García Ramírez, párr. 11.

³¹ Algunas referencias a este y otros temas pueden verse en Víctor Bazán, “En torno al control sobre las inconstitucionalidades e inconvencionalidades omisivas”, *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, Montevideo, Programa Estado de Derecho para Latinoamérica, Fundación Konrad Adenauer, 2010, pp. 151-177.

³² Cf., *inter alia*, caso *Castillo Petruzzi y otros vs. Perú*, Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas, 30 de mayo de 1999, Serie C, núm. 52, párr. 207; y caso *Salvador Chiriboga vs. Ecuador*, Sentencia de Excepción Preliminar y Fondo, 6 de mayo de 2008, Serie C, núm. 179, párr. 122.

Se trata de una norma consuetudinaria de reconocimiento universal, un *principe allant de soi* (un principio evidente), en palabras que hace ya casi nueve décadas profiriera la hoy desaparecida Corte Permanente de Justicia Internacional.³³

Debe añadirse que el Estado parte de la CADH no solo tiene el aludido deber de adoptar las medidas de derecho interno, sino que además está obligado a asegurarse que estas sean *efectivas*, es decir, cumplidas en el orden jurídico interno. En otras palabras, la eficacia de ellas se mide en términos de acatamiento por parte de la comunidad, o sea, de adaptación de su conducta a la normativa de la Convención.³⁴

Semejante eficacia de las normas *es de fundamental importancia en un orden jurídico y puede ocurrir que la falta de efectividad de una disposición afecte su existencia como norma jurídica*.³⁵

Así, las medidas de derecho doméstico han de ser efectivas con arreglo a la premisa de *effet utile*, siendo obligación de los magistrados locales (y otras autoridades públicas) asegurar el cumplimiento de aquel deber de adecuación por medio del control de convencionalidad, mecanismo que, por lo demás, ha sido pensado como instrumento para lograr una aplicación armoniosa de las reglas, los principios y valores atinentes a los derechos esenciales.

Presentada la idea en palabras de la Corte IDH, quien lleve adelante el control de convencionalidad en el marco local “debe velar por el efecto útil de los instrumentos internacionales, de manera que no quede mermado o anulado por la aplicación de normas o prácticas internas contrarias al objeto y fin del instrumento internacional o del estándar internacional de protección de los derechos humanos”.³⁶

3.5. Protección multinivel de los derechos humanos

Como insistentemente ha expuesto la Corte IDH, los tratados modernos sobre derechos humanos tienen un carácter especial, cuyos objeto y fin confluyen en un punto común: *la protección de los derechos fundamentales de los seres humanos*, con independencia de su nacionalidad, tanto frente a su propio Estado cuanto a los restantes Estados contratantes. Es decir, *no son tratados multilaterales del tipo tradicional, concluidos en función de un intercambio recíproco de derechos, para el beneficio mutuo de los Estados contratantes*; por el contrario, cuando los Estados aprueban un tratado

³³ CPJI, Avis consultatif, “Echange des populations grecques et turques”, 1925, Serie B, núm. 10, p. 20.

³⁴ Cf., entre otros, caso Garrido y Baigorria vs. Argentina, Sentencia de Reparaciones y Costas, 27 de agosto de 1998, Serie C, núm. 39, párr. 69.

³⁵ *Ibid.*, párr. 70.

³⁶ Ver, por ejemplo, Corte IDH, caso Heliodoro Portugal vs. Panamá, Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, 12 de agosto de 2008, Serie C, núm. 186, párr. 180. También, lo puntualizado al respecto en los casos Almonacid Arellano y otros vs. Chile, cit., párr. 124; Trabajadores Cesados del Congreso vs. Perú, cit., párr. 128, y Boyce y otros vs. Barbados, cit., párr. 113.

sobre derechos humanos quedan sometidos a un ordenamiento legal dentro del cual asumen diversas obligaciones en relación con los individuos bajo su jurisdicción y no frente a otros Estados.³⁷

En esa línea, desde antiguo, la Corte viene puntualizando que la CADH,

así como los demás tratados de derechos humanos, se inspiran en valores comunes superiores (centrados en la protección del ser humano), están dotados de mecanismos específicos de supervisión, *se aplican de conformidad con la noción de garantía colectiva, consagran obligaciones de carácter esencialmente objetivo, y tienen una naturaleza especial, que los diferencian de los demás tratados, los cuales reglamentan intereses recíprocos entre los Estados parte.*³⁸ (Énfasis agregado)

Como puede suponerse, el esquema de razonamiento de la Corte Europea de Derechos Humanos ha sido muy similar en el sentido apuntado. De hecho, hace ya bastante tiempo (v. g., *in re Irlanda vs. Reino Unido*, 1978) dejó en claro que la Convención Europea para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales comprende más que simples compromisos recíprocos entre los Estados parte, creando por encima de un conjunto de compromisos bilaterales, mutuos, *obligaciones objetivas que, en los términos del Preámbulo, cuentan con una garantía colectiva.*³⁹ Asimismo, por ejemplo, en *Soering vs. Reino Unido*, 1989, señaló que tal Convención debe ser interpretada “*en función de su carácter específico de tratado de garantía colectiva de derechos humanos y libertades fundamentales. [...] De este modo, el objeto y fin de la Convención como instrumento de protección de seres humanos exigen interpretar y aplicar sus disposiciones de manera que dicha protección sea práctica y efectiva*”⁴⁰ (énfasis agregado).

Puede entonces concluirse que sería una prédica discursiva baldía e infecunda referirse a un modelo *multinivel* de protección de los derechos humanos (emergente de la supuesta combinación “tuitiva” de las dimensiones nacionales e internacional), si no se

³⁷ Cf. por ejemplo, Corte IDH, Opinión Consultiva OC-2/82, “El efecto de las reservas sobre la entrada en vigencia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (arts. 74 y 75)”, 24 de septiembre de 1982, solicitada por la CIDH, Serie A, núm. 2, párr. 29.

Un acercamiento a tal opinión consultiva puede compulsarse en Víctor Bazán, “La Convención Americana sobre Derechos Humanos y el efecto de las reservas respecto de su entrada en vigencia: a propósito de la OC-2/82 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en AA.VV., *Derechos humanos. Corte Interamericana*, t. I, Mendoza, Ediciones Jurídicas Cuyo, 2000, pp. 91-165.

³⁸ Ver, por ejemplo, Corte IDH, caso Ivcher Bronstein, Sentencia de Competencia, 24 de septiembre de 1999, Serie C, núm. 54, párr. 42; caso del Tribunal Constitucional, Sentencia de Competencia, 24 de septiembre de 1999, Serie C, núm. 55, párr. 41, y caso Baena Ricardo y otros vs. Panamá, Sentencia de Competencia, 28 de noviembre de 2003, Serie C, núm. 104, párr. 96.

³⁹ *Ireland v. the United Kingdom*, Merits and just satisfaction, judgment of 18 January 1978, ECHR, Series A, núm. 25, p. 90, para. 239; referido por la Corte IDH, caso Baena, Ricardo y otros vs. Panamá, Sentencia de Competencia, cit., párr. 98.

⁴⁰ *Soering v. the United Kingdom*, Merits and just satisfaction, judgment of 7 July 1989, ECHR, Series A, núm. 161, para. 87; mencionado por la Corte IDH, *loc. cit.* en nota anterior, *idem*.

contara con genuinos y eficaces recursos judiciales que operan como llaves de ingreso a la jurisdicción, abriendo el camino para que adquieran anclaje efectivo criterios hermenéuticos cardinales del derecho internacional de los derechos humanos, tales como las pautas *pro persona* y *pro actione*, que puedan ser trasvasados –interpretación conforme o control de convencionalidad mediante– al ámbito interno.

Es que, como afirma Cançado Trindade, el derecho de acceso a la justicia *lato sensu* en los planos nacional e internacional corresponde al “derecho a la realización de la justicia material”.⁴¹

En el escenario descrito, el diálogo jurisdiccional puede visualizarse como ruta de interacción entre las diversas instancias de protección de los derechos humanos (internas e internacionales), para que absorban influencias y condicionamientos mutuos, como intentaremos demostrar más adelante.

4. El control de convencionalidad en la visión de ciertos órganos máximos de justicia constitucional de Latinoamérica

Despojados de cualquier desmedido propósito de exhaustividad, recorreremos la praxis de algunos tribunales de clausura de la justicia constitucional en Latinoamérica para observar el grado de desarrollo que exhiben en cuanto a la recepción del control de convencionalidad, las fórmulas que utilizan al respecto y el impacto que este ha ocasionado en los ordenamientos internos.

En esa línea, enfocaremos los casos de la Corte Suprema de Justicia argentina, la Corte Constitucional de Colombia y la Suprema Corte de Justicia de México.

4.1. Corte Suprema de Justicia argentina

Para ponderar el tenor de permeabilidad del máximo tribunal argentino acerca del control de convencionalidad diseñado por la Corte IDH, vale traer a colación lo que resolviera en las relevantes causas Mazzeo, Julio Lilo y otros s/ Recurso de casación e inconstitucionalidad,⁴² de 13 de julio de 2007; Videla, Jorge Rafael y Massera, Emilio Eduardo s/ Recurso de casación,⁴³ de 31 de agosto de 2010, y Rodríguez Pereyra, Jorge Luis y otra c/ Ejército Argentino s/ Daños y perjuicios,⁴⁴ de 27 de noviembre de 2012.

⁴¹ Antônio A. Cançado Trindade, “Reminiscencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en cuanto a su jurisprudencia en materia de reparaciones”, en Armin von Bogdandy, Eduardo Ferrer Mac-Gregor y Mariela Morales Antoniazzi (coords.), *La justicia constitucional y su internacionalización. ¿Hacia un ‘Ius Constitutionale Commune’ en América Latina?*, t. II, México, D.F., IJ de la UNAM, Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht e Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, 2010, p. 214.

⁴² Fallos 330:3248.

⁴³ Fallos 333:1657.

⁴⁴ Fallos 335:2333.

4.1.1. “Mazzeo” y el seguimiento de los primeros trazos conceptuales de la Corte IDH en materia de control de convencionalidad

Por mayoría,⁴⁵ y para moldear su plataforma argumental en un *hard case*, aportó un relevante enfoque institucional en torno a la invalidez constitucional (*anche* convencional) de la atribución presidencial de emitir indultos que beneficien a sujetos acusados de cometer delitos de lesa humanidad (cf., por ejemplo, el consid. 31 de la moción triunfante).

A efectos de dar cuerpo a tal razonamiento, recibió expresamente la pauta adoptada por la Corte IDH en el citado párrafo 124 de la sentencia recaída en el caso *Almonacid Arellano y otros vs. Chile*, donde esta sostuvo que:

[...] *el poder judicial debe ejercer una especie de control de convencionalidad entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el poder judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana.*⁴⁶ (Énfasis agregado)

Dicho en otros términos, en el particularmente relevante considerando 21 de la posición triunfante en “Mazzeo”, el máximo tribunal nacional extrapoló a su recorrido argumental las pinceladas caracterizadoras del control de convencionalidad que la Corte IDH había bosquejado hasta ese momento.

4.1.2. “Videla” y la recepción del control de convencionalidad de oficio

Es importante destacar que en este fallo la Corte Suprema⁴⁷ se apoyó en la doctrina sentada por la Corte IDH en el nombrado caso *Trabajadores Cesados del Congreso vs. Perú*, en cuanto al deber de los *órganos del poder judicial de ejercer no solo un control de constitucionalidad, sino también de convencionalidad ex officio* (consids. 8° y 10).

⁴⁵ Los alineamientos fueron: por la mayoría, los ministros Lorenzetti, Highton de Nolasco, Maqueda y Zaffaroni; en disidencia se expidió el juez Fayt y en disidencia parcial lo hizo la ministra Argibay (fallecida el 10 de mayo de 2014).

⁴⁶ Corte IDH, caso *Almonacid Arellano y otros vs. Chile*, cit.

⁴⁷ Votaron de modo coincidente los jueces Lorenzetti, Highton de Nolasco, Maqueda y Zaffaroni.

Desde hace bastante tiempo venimos defendiendo la viabilidad del control de constitucionalidad de oficio.⁴⁸ Y, obviamente desde fecha más reciente, hemos hecho lo propio respecto del control de convencionalidad *ex officio*.⁴⁹

La aplicación oficiosa del control de convencionalidad, que representa una manifestación de la observancia por los jueces locales (y demás autoridades competentes) de la jurisprudencia internacional, puede *inter alia* explicarse –empleando mutatis mutandis las palabras de Jimena Quesada– por

[...] una correcta puesta en práctica del principio *jura novit curia*, esto es, cuando el juez interno aplique la jurisprudencia internacional para resolver los casos sobre los que se vea llamado a pronunciarse pese a que las partes procesales no hayan invocado dicha jurisprudencia internacional, que a la postre sea determinante para la resolución de dichos casos [, ya que] la aplicación de las normas internacionales por los jueces nacionales y los demás operadores jurídicos se considera la “piedra de toque” del cumplimiento efectivo del derecho internacional como tal.⁵⁰

De hecho, la Corte IDH abre el espacio para una interpretación extensiva en ese sentido, pues –basándose en el citado principio *jura novit curia*–, al desarrollar su actividad jurisdiccional en casos contenciosos no se autolimita a las alegaciones que expresamente hubieran realizado la CIDH en el escrito de demanda o la víctima o sus representantes en las presentaciones que articulan. Por el contrario, ha reivindicado con firmeza su competencia, a la luz de la CADH y sobre la plataforma del mencionado principio (el que, según afirma, se encuentra sólidamente respaldado en la jurisprudencia internacional) “para estudiar la posible violación de las normas de la Convención que no han sido alegadas en los escritos presentados ante ella”.⁵¹

⁴⁸ Sobre el punto puede verse, de Víctor Bazán, por ejemplo, “La Corte, la declaración de inconstitucionalidad de oficio y el sendero hacia la superación de una doctrina judicial inconsistente”, *El Derecho*, 1 de octubre de 1998, Buenos Aires, pp. 1-6; “El control judicial de constitucionalidad de oficio frente a la alegada violación del principio de separación de poderes”, en Mario H. Resnik (coord.), *Teoría del Estado. Colección de análisis jurisprudencial*, Buenos Aires, La Ley, 2005, pp. 381-403; y “Recurso extraordinario federal y control de constitucionalidad de oficio”, *Jurisprudencia Argentina*, Número Especial sobre ‘Recurso Extraordinario Federal’, Buenos Aires, LexisNexis, 26 de marzo de 2003, pp. 2-19.

⁴⁹ Sin perjuicio de algunos trabajos anteriores, ver Víctor Bazán, “Corte Interamericana de Derechos Humanos y Cortes Supremas o Tribunales Constitucionales latinoamericanos: el control de convencionalidad y la necesidad de un diálogo interjurisdiccional crítico”, *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, núm. 16, 2011, pp. 15-44; y “Principios del recurso extraordinario federal, acceso a la Corte Suprema de Justicia y protección de los derechos fundamentales” (3ª. parte), *El Derecho*. Serie Constitucional, 13 de junio de 2011, Buenos Aires, en esp. pp. 9 y 11.

⁵⁰ Jimena Quesada, *op. cit.*, pp. 542-543 y nota 96 a pie de página.

⁵¹ Cf., entre numerosos precedentes, Corte IDH, caso Godínez Cruz vs. Honduras, Sentencia de Fondo, 20 de enero de 1989, Serie C, núm. 5, párr. 172; caso de la Masacre de Pueblo Bello vs. Colombia, Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas, 31 de enero de 2006, Serie C, núm. 140, párr. 54; caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay, Sentencia de Fondo, Reparaciones

Siendo así, y si los jueces nacionales tienen el *deber* de realizar el control de convencionalidad al aplicar la normativa interna a los casos concretos que resuelvan, pocas alternativas quedan para obturar discursivamente la posibilidad de que aquellos lo hagan *ex officio*, esto es, aun cuando las partes no lo hubiesen planteado.

La declaración de anticonvencionalidad *es una cuestión de derecho y no de hecho*, por lo que su resolución de oficio no quiebra la igualdad de las partes en el proceso ni afecta la garantía de defensa en juicio, la que no podría ser argüida frente al *derecho aplicable* para dirimir la contienda.

Tampoco implica que el juez falle *extra petita* ni soslaye el principio de congruencia, en tanto el sentenciante se atiene a los puntos introducidos y a las circunstancias fácticas invocadas en el proceso y, para dilucidar la *litis*, solo sujeta la selección del derecho aplicable a su concordancia con la CADH (y otros instrumentos internacionales acerca de los cuales la Corte IDH ejerza competencia *ratione materiae*), quehacer en el que válidamente podría moverse con independencia de las pretensiones de las partes.⁵²

4.1.3. “Rodríguez Pereyra”

Entre otros puntos de interés que ofrece esta sentencia, en ella se zanja definitivamente la viabilidad del control de constitucionalidad de oficio, para lo cual se sustenta en la obligación de llevar adelante el control de convencionalidad *ex officio*.

Es que, tal como la mayoría⁵³ del tribunal razonó en el considerando 12, párrafo 3º, la jurisprudencia de la Corte IDH no deja lugar a dudas en cuanto a que los órganos judiciales de los países que han ratificado la CADH están obligados a ejercer, de oficio, el control de convencionalidad, descalificando las normas internas que se opongan a dicho tratado.⁵⁴ De tal manera, resultaría

[...] un contrasentido aceptar que la Constitución Nacional que, por un lado, confiere rango constitucional a la mencionada Convención (art. 75, inc. 22), incorpora sus disposiciones al derecho interno y, por consiguiente, habilita la aplicación de la regla interpretativa –formulada por su intérprete auténtico, es decir, la Corte Interamericana de Derechos Humanos– que obliga a los tribunales nacionales a

y Costas, 29 de marzo de 2006, Serie C, núm. 146, párr. 186; y caso *Kimel vs. Argentina*, Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas, 2 de mayo de 2008, Serie C, núm. 177, párr. 61.

⁵² Para redactar este párrafo nos hemos servido –mutatis mutandis– de parte de lo expresado respecto del control de constitucionalidad de oficio por Germán J. Bidart Campos, *La interpretación y el control constitucionales en la jurisdicción constitucional*, Buenos Aires, Ediar, 1987, p. 155.

⁵³ La mayoría estuvo integrada por los ministros Lorenzetti, Highton de Nolasco, Maqueda y Zaffaroni; por su voto se pronunció el juez Fayt y en disidencia lo hizo el ministro Petracchi.

⁵⁴ La Corte Suprema se encarga de recordar que la exigencia del control de convencionalidad *ex officio*, además de otros casos anteriores, fue reiterada por el tribunal interamericano en un asunto contra nuestro país (considerando 12, párr. 2º, de la mayoría).

Se refiere al caso *Fontevicchia y D'Amico vs. Argentina*, Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas, 29 de noviembre de 2011, Serie C, núm. 238, párr. 93.

ejercer de oficio el control de convencionalidad, impida, por otro lado, que esos mismos tribunales ejerzan similar examen con el fin de salvaguardar su supremacía frente a normas locales de menor rango.

4.1.4. Síntesis del criterio moldeado hasta el presente

En resumen, las sentencias reseñadas testimonian cómo la Corte Suprema argentina ha sido pionera en Latinoamérica al acoger ya desde 2007 el deber paulatinamente cimentado por la Corte IDH (sobre todo a partir de septiembre de 2006) en torno al control de convencionalidad.

Así, en “Mazzeo” denota el acatamiento de los primeros rasgos bosquejados por el tribunal interamericano en la materia; mientras que en “Videla” patentiza la absorción e internalización de instrucciones más definidas y demandantes de aquel, como la referida al ejercicio incluso *ex officio* de tal fiscalización convencional, ratificando tal temperamento en “Rodríguez Pereyra”.

4.2. Corte Constitucional de Colombia

4.2.1. La Sentencia C-442/2011 y otros precedentes a los que remite

Nos concentraremos en un pronunciamiento relativamente reciente, sin perjuicio de efectuar alusiones a otros decisorios de importancia en cuanto a la magnitud que la Corte Constitucional (CC) asigna a los fallos de la Corte IDH.

En la Sentencia C-442⁵⁵ de 25 de mayo de 2011, la Sala Plena de la CC aludió expresamente al control de convencionalidad.

En el caso se había planteado una acción pública (Constitución Política, art. 241) denunciando en definitiva la inconstitucionalidad de los artículos 220 a 228 (tipificación penal de los delitos de injurias y de calumnias) de la Ley 599 de 2000 –por la cual se expide el Código Penal–, por vulnerar los artículos 20, 29 y 93 constitucionales y los artículos 9 y 13 de la CADH.

Para conformar su argumentación, la CC evocó su posición –forjada en decisiones anteriores– en torno a que la jurisprudencia de la Corte IDH

[...] es un criterio relevante para fijar el parámetro de control de las normas que hacen parte del ordenamiento interno colombiano, precisamente porque establece el alcance de distintos instrumentos internacionales de derechos humanos los cuales a su vez resultan relevantes al examinar la constitucionalidad de disposiciones de rango legal al hacer parte del bloque de constitucionalidad (cfr. ap. II. “Consideraciones”, pto. 7. “El precedente sentado en el caso *Kimel vs. Argentina*”).⁵⁶

⁵⁵ Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2011/C-442-11.htm>. Fue magistrado ponente el doctor Humberto Antonio Sierra Porto (hoy presidente de la Corte IDH).

⁵⁶ Caso identificado en nota 51, *in fine*.

En esa línea, y en idéntico subapartado II.7, apuntó que “la jurisprudencia de la Corte IDH contiene la *interpretación auténtica* de los derechos contenidos en la CADH, instrumento internacional que integra el parámetro de control de constitucionalidad”⁵⁷ (énfasis agregado).

Convergentemente, ya en la Sentencia C-228 de 3 de abril de 2002⁵⁸ la Sala Plena de la CC había destacado la importancia de valorar la doctrina sentada por la Corte IDH, en punto a que las medidas legislativas que impidieran a las víctimas de violaciones de derechos humanos conocer la verdad de los hechos resultaban contrarias a la CADH, para efectos de estudiar la constitucionalidad del artículo 137 de la Ley 600 de 2000,⁵⁹ demandado en aquella ocasión (id. subap.).

Asimismo, en la Sentencia C-370 de 18 de mayo de 2006,⁶⁰ al analizar distintas disposiciones de la Ley 975 de 2005⁶¹ relacionadas con los derechos de las víctimas de graves violaciones de derechos humanos, la Sala Plena de la CC reconoció el carácter vinculante de la jurisprudencia de la Corte IDH, “por tratarse de decisiones que expresan la interpretación auténtica de los derechos protegidos por la Convención Americana sobre Derechos Humanos” (id. subap.).

En la nota 54 de la Sentencia C-442/11, la CC señaló que en definitiva la línea argumentativa adoptada “resulta concordante con la postura de la Corte IDH, la cual en distintas sentencias ha señalado el carácter vinculante de su jurisprudencia como interpretación auténtica de la CADH”; lo que el tribunal interamericano ha realizado en el caso *Almonacid Arellano y otros vs. Chile* (párr. 124) y en el caso *Trabajadores Cesados del Congreso vs. Perú* (párr. 128).

Ya refiriéndose al caso *Kimel vs. Argentina*⁶² de la Corte IDH, la CC indicó que,

[...] aunque constituye un precedente significativo en torno al alcance de la libertad de expresión y del principio de legalidad en la tipificación de los delitos de injuria y calumnia, esta decisión no puede ser trasplantada automáticamente al caso colombiano en ejercicio de un *control de convencionalidad* que no tenga en cuenta las particularidades del ordenamiento jurídico interno, especialmente la jurisprudencia constitucional y de la Corte Suprema de Justicia que han precisado notablemente el alcance de los elementos normativos de estos tipos penales (id. subap.). (Énfasis agregado)

⁵⁷ En este punto, la CC cita las sentencias C-360 de 2005 y C-936 de 2010 (ver nota 53 del fallo analizado).

⁵⁸ MM. PP. Manuel José Cepeda Espinosa y Eduardo Montealegre Lynett.

⁵⁹ Ley por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal.

⁶⁰ MM. PP. Manuel José Cepeda Espinosa, Jaime Córdoba Triviño, Rodrigo Escobar Gil, Marco Gerardo Monroy Cabra, Álvaro Tafur Galvis y Clara Inés Vargas Hernández.

⁶¹ Ley por cuyo intermedio “se dictan disposiciones para la reincorporación de miembros de grupos armados organizados al margen de la ley, que contribuyan de manera efectiva a la consecución de la paz nacional y se dictan otras disposiciones para acuerdos humanitarios”. Es comúnmente conocida como Ley de Justicia y Paz.

⁶² Corte IDH, caso *Kimel vs. Argentina*, cit. en nota 51, *in fine*.

En definitiva, y con salvamento de voto del entonces presidente de la corporación Juan Carlos Henao Pérez y de la magistrada María Victoria Calle Correa, la CC declaró exequibles los citados artículos 220 a 228 de la nombrada Ley 599 de 2000.

4.2.2. *Recapitulación*

Más allá de la decisión puntual adoptada por la CC en la sentencia centralmente enfocada, consideramos que la misma exhibe algunos perfiles dignos de destacar: (i) pone de relieve su visión y convicción en cuanto a que la jurisprudencia de la Corte IDH contiene la interpretación auténtica de los derechos contenidos en la CADH, y en punto a que dicha jurisprudencia ostenta “carácter vinculante”; (ii) utiliza explícitamente la expresión “control de convencionalidad”; (iii) cita, aunque en nota, los fallos de la Corte IDH recaídos en el caso *Almonacid Arellano y otros vs. Chile* (párr. 124) y en el caso *Trabajadores Cesados del Congreso vs. Perú* (párr. 128), lo que –luego de anudar tal referencia a los otros puntos aquí colacionados– permite inferir que acepta las emanaciones de vinculatoriedad y pertinencia del ejercicio de semejante modalidad de fiscalización convencional, incluso *ex officio*.

4.3. Suprema Corte de Justicia de México

4.3.1. *El caso Radilla Pacheco y su impacto “sísmico” en la Suprema Corte*

Básicamente a partir del caso *Radilla Pacheco*,⁶³ el asunto del control de convencionalidad ha convulsionado a la Suprema Corte de Justicia de México (SCJM), desencadenando fuertes movimientos y debates internos en orden a encauzar la búsqueda de los medios adecuados e idóneos para dar cumplimiento al aludido pronunciamiento internacional.

Completan el cuarteto de sentencias del período 2009/2010 de la Corte IDH referidas a la obligatoriedad del contralor de convencionalidad, las condenas pronunciadas en el caso *Fernández Ortega y otros*,⁶⁴ el caso *Rosendo Cantú y otra*⁶⁵ y el nombrado caso *Cabrera García y Montiel Flores*.⁶⁶

Volviendo al caso *Radilla Pacheco* y sus implicancias, durante 2010 el entonces ministro presidente de la SCJM Guillermo I. Ortiz Mayagoitia, presentó una consulta a trámite para determinar cuáles eran las obligaciones para el Poder Judicial de la Federación de-

⁶³ Corte IDH, caso *Radilla Pacheco vs. Estados Unidos Mexicanos*, Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, 23 de noviembre de 2009, Serie C, núm. 209.

⁶⁴ Corte IDH, caso *Fernández Ortega y otros vs. México*, Sentencia de Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, 30 de agosto de 2010, Serie C, núm. 215.

⁶⁵ Corte IDH, caso *Rosendo Cantú y otra vs. México*, Sentencia de Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, 31 de agosto de 2010, Serie C, núm. 216.

⁶⁶ Caso *Cabrera García y Montiel Flores vs. México*, cit. en nota 16.

rivadas de aquella sentencia de condena de la Corte IDH, cuyo proyecto fue confeccionado por el ministro José Ramón Cossío Díaz, aunque luego del debate (llevado a cabo los días 31 de agosto y 2, 6 y 7 de septiembre de aquel año) fue rechazado por exceder los términos de la consulta planteada.

Tal desestimación generó el Exp. “Varios” 489/2010, del que fue ponente la ministra Margarita Beatriz Luna Ramos, cuyo proyecto fue debatido en el Tribunal Pleno en diversas sesiones de julio de 2011 y resuelto el 14 de julio de dicho año. Vale recordar que el encargado del “engrose” de la decisión fue el ministro José Ramón Cossío Díaz.

En el Exp. “Varios” 912/2010, dentro del Exp. “Varios” 489/2010, entre otras cosas, se fijaron las siguientes pautas:

- i) Las sentencias condenatorias de la Corte IDH en las que el Estado mexicano sea parte son obligatorias *en sus términos* para el Poder Judicial de la Federación.
- ii) Los jueces deberán llevar a cabo un control de convencionalidad *ex officio* en un modelo de control difuso de constitucionalidad.
- iii) Existe un modelo de control concentrado en los órganos del Poder Judicial de la Federación con vías directas de control: acciones de inconstitucionalidad, controversias constitucionales y amparo directo e indirecto, y, en segundo término, el control por parte del resto de los jueces del país en forma incidental durante los procesos ordinarios en los que son competentes, esto es, sin necesidad de abrir un expediente por cuerda separada.
- iv) Todas las autoridades del país en el ámbito de sus competencias tienen la obligación de aplicar las normas correspondientes haciendo la interpretación más favorable a la persona para lograr su protección más amplia, sin tener la posibilidad de inaplicar o declarar la incompatibilidad de las mismas.

Es igualmente preciso advertir que se procedió a una reinterpretación del artículo 133 de la Constitución Política⁶⁷ a la luz del vigente artículo 1, *ibid.*, esto es, conforme la versión reformada publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 10 de junio de 2011.⁶⁸

La SCJM ha determinado también que el control de convencionalidad *ex officio* en materia de derechos humanos debe ser acorde con el modelo general de control establecido constitucionalmente, pues no puede entenderse un control como el que se ordena en aquella sentencia, si no se parte de un control de constitucionalidad general que se desprende del análisis sistemático de los artículos 1 y 133 de la Constitución Federal y que es parte de la esencia de la función judicial.

⁶⁷ Dicho artículo 133 de la Constitución mexicana está inspirado en el artículo VI de la Constitución de Estados Unidos, tal como sucede con el artículo 31 de la Ley Fundamental argentina.

⁶⁸ Una somera referencia a tan relevante reforma constitucional puede verse en Víctor Bazán, “Estado Constitucional y derechos humanos en Latinoamérica: algunos problemas y desafíos”, en Juan Manuel López Ulla (dir.), *Derechos humanos y orden constitucional en Iberoamérica*, Navarra, Civitas - Thomson Reuters, 2011, pp. 95-96.

A ese fin se estableció que tal tipo de interpretación por parte de los jueces supone cumplir los siguientes pasos:

- i) *Interpretación conforme en sentido amplio*, que significa que se debe interpretar el orden jurídico a la luz y conforme a los derechos humanos establecidos en la Constitución y en los tratados internacionales, favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia.
- ii) *Interpretación conforme en sentido estricto*, para casos en los que existen varias interpretaciones jurídicamente válidas de un determinado precepto, supuesto en el que los jueces deben, a partir de la presunción de constitucionalidad de las leyes, preferir aquella que hace a la ley acorde con los derechos humanos establecidos en la Constitución y en los tratados internacionales.
- iii) *Inaplicación de la ley cuando las alternativas anteriores no son posibles*.

De cualquier modo, lo dispuesto en el aludido Exp. “Varios” 912/2010 debe ser puesto en contexto para ponderar su verdadero nivel de vigencia. Es que posteriormente a su resolución, la SCJN dirimió la muy importante Contradicción de Tesis 293/2011, de 3 de septiembre de 2013, en la que efectuó algunas aclaraciones y matizaciones importantes en torno a ciertos temas abordados en aquel expediente.

4.3.2. Control “difuso” de convencionalidad y otras innovaciones sustanciales en el sistema jurídico mexicano

La cuestión suscitada como consecuencia de la búsqueda de bases firmes y sustentables para encaminar el cumplimiento de las imposiciones establecidas en el caso Radilla Pacheco en particular (aunque en realidad con valencia que desborda los específicos contornos del mismo), es una de las más trascendentes y complejas en la historia jurisdiccional e institucional reciente de la SCJM.

Entre otros asuntos ha traído consigo replanteos y modificaciones de gran calado que han llevado a *aggiornar* el sistema de control de constitucionalidad y, por supuesto, el de convencionalidad, para liberar la marcha hacia una modalidad difusa.⁶⁹ Todo ello en un contexto impactado por la modificación constitucional (arriba citada) que ha instilado una clara impronta, originando –*inter alia*– la mutación del paradigma de los derechos humanos y un demandante y reciclado paisaje jurídico para los jueces y magistrados mexicanos y el resto de los operadores del sistema jurisdiccional.

⁶⁹ En particular, sobre el tema del “control difuso de convencionalidad” sugerimos revisar el voto razonado del entonces juez *ad hoc* Eduardo Ferrer Mac-Gregor, pronunciado en el multicitado caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México.

5. Una cuestión discutida: el valor de los informes de la CIDH. La jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia argentina como caso testigo

5.1. Prolegómeno

A diferencia del significativo nivel de seguimiento por la Corte Suprema argentina de los estándares fijados por la Corte IDH y su temprana recepción del control de convencionalidad, no ha sucedido lo mismo respecto de los informes de la CIDH.

5.2. Oscilaciones jurisprudenciales

5.2.1. La percepción de la Corte Suprema acerca de la obligatoriedad de las recomendaciones contenidas en los informes de la CIDH, adoptados en el marco del artículo 51 de la CADH, no ha sido precisamente lineal. Basta recordar su pendular secuencia jurisprudencial en la materia para comprobar sus *corsi e ricorsi*, con precedentes que en el particular se muestran *laudables*: v. g., Bramajo, Hernán, J.⁷⁰ (de 12 de septiembre de 1996) y Simón, Julio Héctor y otros s/ Privación ilegítima de la libertad, etc. –Causa 17.768–⁷¹ (de 14 de junio de 2005), y otros *cuestionables*: por ejemplo, Acosta, Claudia B.⁷² (de 22 de diciembre de 1998) y Felicetti, Roberto y otros⁷³ (de 21 de diciembre de 2000).

5.2.2. En alguna medida la situación se recomplejizó a partir de la óptica que el procurador general de la nación vertiera en su dictamen de 1 de septiembre de 2009, correspondiente a la causa Carranza Latrubesse, Gustavo c/ Estado Nacional - Ministerio de Relaciones Exteriores - y Provincia del Chubut (C. 594, XLIV), en el que se muestra refractario a conceder que semejantes recomendaciones posean carácter vinculante.

Disentimos de esta posición. Desde hace tiempo venimos argumentando en sentido inverso a ella,⁷⁴ paralelamente a criticar la trayectoria jurisprudencial ondulante que el

⁷⁰ Fallos 319:1840. La mayoría quedó integrada con los ministros Nazareno, Moliné O'Connor, Boggiano, López y Vázquez. En disidencia conjunta votaron los jueces Fayt, Belluscio y Bossert.

⁷¹ Fallos 328:2056. El esquema de votación fue el siguiente: la moción que encabeza el fallo fue firmada por el juez Petracchi. Por su parte, en sendas concurrencias se pronunciaron los ministros Maqueda, Zaffaroni, Highton de Nolasco, Lorenzetti (los cuatro coinciden con los considerandos 1 a 11 del voto del doctor Petracchi), Argibay (quien concuerda con los considerandos 1 a 6 del mencionado voto del ministro Petracchi) y Boggiano. Finalmente, el juez Fayt se expidió en disidencia.

⁷² Fallos 321:3555. La mayoría estuvo compuesta por los ministros Nazareno, Moliné O'Connor, Fayt, Belluscio, López y Vázquez. Por su voto se expidieron, conjunta y concurrentemente, los jueces Bossert y Boggiano. Por su parte, el ministro Petracchi lo hizo en disidencia.

⁷³ Fallos 323:4130. El sentido de los votos emitidos fue el siguiente: por la mayoría se expidieron los ministros Nazareno, Moliné O'Connor, Belluscio, López y Vázquez; además, hubo sendas disidencias de parte de los jueces Fayt, Petracchi, Boggiano y Bossert.

⁷⁴ Más allá de algunos trabajos anteriores, ver Víctor Bazán, "La interacción del derecho internacional de los derechos humanos y el derecho interno en Argentina", *Estudios Constitucionales*,

Alto Tribunal argentino muestra sobre el particular y la ausencia de un pronunciamiento firme y claro que despeje dudas respecto de los ribetes mandatorios de dichas recomendaciones de la CIDH. Veamos:

- a) Sobre el valor obligatorio de los informes de esta, se ha señalado que la “recomendación” *no obligatoria* (en los términos de la interpretación que la Corte IDH proporcionara en el caso *Caballero Delgado y Santana vs. Colombia*)⁷⁵ es aquella emitida en función del artículo 51.2 de la CADH, con posterioridad a la presentación del caso ante la Corte IDH; al tiempo que las restantes recomendaciones son *obligatorias*, concluyéndose que una interpretación de buena fe, de acuerdo con el objeto y el fin de la Convención, debe afirmar tal obligatoriedad y la percepción acerca de que su incumplimiento genera responsabilidad internacional, puesto que si se desjerarquiza el valor de aquellas no se estaría coadyuvando a la búsqueda de la perfección del sistema de protección internacional.⁷⁶

La propia redacción del citado artículo 51.2 de la CADH pareciera refutar la tacha de no vinculatoriedad. En efecto, este tramo de la cláusula convencional dispone: “La Comisión hará las recomendaciones pertinentes y fijará un plazo dentro del cual el Estado *debe* tomar las medidas que le competen para remediar la situación examinada” (énfasis agregado). Todo indica que la selección del vocablo “debe” trasunta la intención de dotar a la redacción de un tono prescriptivo antes que meramente facultativo u optativo.

Al referirse al tema de la interpretación de la CADH, la Corte IDH ha determinado que la misma debe ser efectuada de modo tal que no conduzca “de manera alguna a debilitar el sistema de protección consagrado en la Convención” y siempre teniendo en cuenta que el objeto y el fin de la misma “son la protección de los derechos fundamentales de los seres humanos”⁷⁷

- b) Tampoco es desdeñable el tenor literal con que el artículo 33 de la CADH ha sido elaborado. En efecto, identifica a la Comisión y a la Corte interamericanas como “competentes para conocer de los asuntos relacionados con *el cumplimiento de los compromisos contraídos por los Estados parte*” en la Convención (énfasis agregado). Se trata de un elemento relevante y que también lleva a pre-

año 5, núm. 2, 2007, pp. 137-183.

⁷⁵ Corte IDH, caso *Caballero Delgado y Santana vs. Colombia*, Sentencia de Fondo, 8 de diciembre de 1995, Serie C, núm. 22.

⁷⁶ Cf. Susana Albanese y Germán J. Bidart Campos, *Derecho internacional, derechos humanos y derecho comunitario*, Buenos Aires, Ediar, 1998, pp. 148 y 154.

⁷⁷ Entre otros ejemplos, ver Corte IDH, Opinión Consultiva OC-2/82, cit., párr. 29; Opinión Consultiva OC-3/83, de 8 de septiembre de 1983, “Restricciones a la pena de muerte (arts. 4.2 y 4.4 Convención Americana sobre Derechos Humanos)”, solicitada por la CIDH, Serie A, núm. 3, párr. 47; Opinión Consultiva OC-4/84, de 19 de enero de 1984, “Propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la Naturalización”, solicitada por el Gobierno de Costa Rica, Serie A, núm. 4, párr. 24.

dicar que los pronunciamientos de uno de los dos órganos que tienen a su cargo la trascendente misión de verificar el cumplimiento de las obligaciones asumidas por los Estados en el marco de dicho instrumento internacional exudan una dosis de imperatividad.

Al respecto, la Corte IDH ha especificado que en función del citado artículo 33 de la Convención, al ratificar esta, “los Estados parte *se comprometen a atender las recomendaciones que la Comisión aprueba en sus informes*”⁷⁸ (énfasis agregado).

Es también relevante que, de modo correlativo a la obligación *individual* que adoptan los Estados parte de la CADH en el sentido apuntado, afrontan una garantía de carácter *colectivo* consistente en velar por la preservación de dicho instrumento internacional, uno de cuyos reflejos radica precisamente en procurar que la obligatoriedad de la observancia de las recomendaciones de la Comisión Interamericana sea acatada.

En esa línea analítica, no cabe soslayar que tales directivas emanan de un *órgano principal* de la Organización de los Estados Americanos (OEA), cuya función consiste en promover la observancia y la defensa de los derechos humanos en el hemisferio (art. 106 de la Carta de dicha Organización), sin olvidar, ya desde otra vertiente argumental, que no sería sencillo defender válidamente la sustentabilidad jurídica del razonamiento estatal por medio del cual asegure no tener el deber de cumplir las recomendaciones de la CIDH, pues en tal caso los efectos, el alcance y la suerte final de ellas quedarían totalmente a merced y criterio de la propia parte remisa.

De su lado, con agudeza se ha afirmado que conferir obligatoriedad a las recomendaciones de la CIDH

[...] no vacía de sentido a la jurisdicción contenciosa de la Corte IDH. La exigibilidad de un fallo de la Corte IDH se sustenta en dispositivos convencionales más rígidos y precisos, pero ello no quita toda virtualidad a las recomendaciones de la CIDH. Ni las cláusulas del sistema interamericano pierden sentido ante dicho reconocimiento. La CADH tiene un sistema de doble vía de culminación de los procedimientos de denuncia. Eso es todo. Un caso puede terminar por un arreglo amistoso entre las partes, con un informe ante la CIDH, o por una sentencia de la Corte IDH. Afirmar la obligatoriedad, en general, de cualquiera de esas decisiones no hace que el sistema se desestabilice, por la sencilla razón de que el sistema fue concebido y aceptado por los Estados del modo en que luce, esto es, con dos órganos con competencia final para juzgar el desempeño estatal. Las sentencias de la Corte IDH, ciertamente, están avaladas por un sistema de exigibilidad más firme

⁷⁸ Corte IDH, caso Loayza Tamayo, Sentencia de Fondo, 17 de septiembre de 1997, Serie C, núm. 33, párr. 81.

y preciso pero ello no implica que sus fallos pierdan fuerza, si se otorga también algún grado de exigibilidad a las recomendaciones de la CIDH.⁷⁹

- c) En resumen, desde nuestro punto de vista, debería consolidarse y luego evolucionar la posición que la Corte Suprema asumiera en “Simón”, en el que retomó –aunque con mayor precisión terminológica y densidad jurídica– la huella dejada en “Bramajo”. En este, asentándose en la señera sentencia dictada en Giroldi, Horacio D. y otro s/ Recurso de casación⁸⁰ (de 7 de abril de 1995), le adjudicó la calidad de “*guía para la interpretación de los preceptos convencionales a la opinión de la Comisión Interamericana*” (énfasis agregado), en la medida en que el Estado argentino reconoció la competencia de esta para conocer en todos los casos relativos a la interpretación y la aplicación de la CADH (consid. 8° del voto de la mayoría).

De hecho, existe un reciente y auspicioso fallo en el sentido que exponemos en la citada causa: Carranza Latrubesse, Gustavo c/ Estado Nacional - Ministerio de Relaciones Exteriores - Provincia del Chubut, de 6 de agosto de 2013, donde el Tribunal –por mayoría–⁸¹ no adhirió al dictamen del procurador general, al que hicieramos referencia párrafos arriba.

La Corte Suprema entendió que las recomendaciones del artículo 51.2 de la CADH, formuladas en el Informe 30/97 respecto de la necesidad de indemnizar a un magistrado por la destitución de su cargo, *son de carácter obligatorio para el Estado nacional*, pues ello impone el *sentido* que debe atribuirse a los términos del precepto tanto en el *contexto* específico cuanto en el general en el que están insertos, atendiendo al *objeto* y el *fin* del régimen de peticiones y de la CADH en su integralidad, y a la par, es lo que mejor responde al principio de *buena fe* y al *efecto útil* del régimen, evitando así el *debilitamiento* del sistema, cuando no del propio ser humano al cual está destinado a servir.

⁷⁹ Leonardo Filippini, Tatiana Gos y Agustín Cavana, *El valor de los informes finales de la Comisión Interamericana y el dictamen del procurador general en el caso ‘Carranza Latrubesse’*, disponible en: http://www.palermo.edu/derecho/centros/pdf-ictj/caso_Carranza_Latrubesse.pdf.

⁸⁰ Fallos 318:514. Votaron coincidentemente los ministros Nazareno, Moliné O’Connor, Fayt, Belluscio, Petracchi y Boggiano. En el considerando 11, la Corte puntualizó que la jerarquía constitucional de la CADH “ha sido establecida por voluntad expresa del constituyente, ‘en las condiciones de su vigencia’ (art. 75, inc. 22, párr. 2°), esto es, tal como la Convención citada efectivamente rige en el ámbito internacional y considerando particularmente su efectiva aplicación jurisprudencial por los tribunales internacionales competentes para su interpretación y aplicación. *De ahí que la aludida jurisprudencia deba servir de guía para la interpretación de los preceptos convencionales en la medida en que el Estado Argentino reconoció la competencia de la Corte Interamericana para conocer en todos los casos relativos a la interpretación y aplicación de la Convención Americana*” (énfasis agregado).

⁸¹ El voto matriz fue firmado por los ministros Fayt y Zaffaroni; en sendos votos concurrentes se pronunciaron los jueces Petracchi y Maqueda, mientras que en disidencia individual lo hizo la ministra Argibay, y conjunta, los jueces Lorenzetti y Highton de Nolasco.

Añadió que un resultado definitivo adverso para el Estado demandado ante la CIDH implicará para aquel hacerse cargo de su responsabilidad internacional y del deber de remediar la situación examinada por el organismo, lo que sería consecuencia del *ejercicio de su soberanía* al haber asumido el carácter de parte de la CADH y, por ende, haber aceptado la competencia de la Comisión.

El criterio de la mayoría es tan laudable como ajustado el resultado de la votación de los ministros de la Corte, lo que no permite obtener certezas absolutas acerca del problema aquí examinado. ¿Será este el último capítulo de la saga?

6. Aperturas dialógicas e influencias jurisdiccionales recíprocas⁸²

6.1. Encuadre del problema

A modo de breve preludeo teórico, entre las distintas variantes taxonómicas de “diálogo” pueden aquí mencionarse la *vertical*, o sea, entre un tribunal internacional y los tribunales nacionales que integran dicho sistema, y la *horizontal*, entre los tribunales que pertenecen a distintos Estados que se encuentran en una relación de parificación ordinamental.⁸³

Si bien esta segunda modalidad es muy importante, pues permite una suerte de intercambio de ideas y razonamientos en torno a temas comunes de tribunales o cortes constitucionales y cortes supremas (o salas constitucionales en el marco de estas) entre sí, aquí nos centraremos particularmente en las posibilidades de interlocución entre estos órganos y la Corte IDH, sin perjuicio de plantear tangencialmente que esta modalidad de diálogo también debería involucrar a otros órganos cuasi jurisdiccionales, como por ejemplo el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas.

En definitiva, y aun cuando para algunos tal vez sea difícil aceptar un enfoque planteado en términos de “diálogo” (pues para ellos no podría haberlo si existe una relación de disímil jerarquía entre los pretendidos *dialogantes*), nos concentraremos en aquella faceta vertical de interlocución, para lo cual entendemos que debe intensificarse un *‘rapport’ jurisprudencial crítico, tangible y efectivo*.

Ello con la finalidad de que no solo los órganos de cierre de la justicia constitucional (y demás autoridades involucradas) acaten los patrones exegéticos labrados por el Tribunal Interamericano, sino que a su vez este tenga en cuenta las observaciones y sugerencias que puedan partir de aquellos, en aras del fortalecimiento progresivo del sistema tutelar de derechos fundamentales en nuestra área regional.

⁸² Hemos anticipado algunas consideraciones sobre este tema, por ejemplo, en Víctor Bazán, “El control de convencionalidad y la necesidad de intensificar un adecuado diálogo jurisprudencial”, *La Ley. Actualidad*, año LXXV, núm. 22, 2011, pp. 1-4.

⁸³ Empleamos *mutatis mutandis* la presentación de Giuseppe de Vergottini, *Oltre il dialogo tra le Corti. Giudici, diritto straniero, comparazione*, Bologna, Il Mulino, 2010, p. 10.

Aplicando *mutatis mutandis* a este marco de discusión las palabras de Jimena Quesada, podría concluirse que el diálogo interjurisdiccional que planteamos constituye un desafío que:

[...] se ve impregnado por una idea básica: la coexistencia coordinada de un sólido filtro de control de constitucionalidad y de un depurado filtro de control de convencionalidad, [que] puede y debe contribuir a paliar o, cuando menos, aminorar, las disfunciones susceptibles de aflorar en el sistema de fuentes del derecho y, por tanto, los problemas de articulación en el seno del ordenamiento jurídico, con objeto de que no se resientan principios esenciales del Estado social y democrático de derecho como, entre otros, la seguridad jurídica o la igualdad.⁸⁴

A su tiempo, recurriendo a un ejercicio extremo de síntesis y convergentemente con lo anunciado, la cuestión ya no puede enfocarse de manera exclusiva a partir de una matriz unidireccional desde la Corte IDH hacia los tribunales o cortes constitucionales y cortes supremas (o salas constitucionales en el marco de estas), sino que corresponde hacer foco en una “construcción transnacional y cooperativa de estándares de derechos humanos, con efectos tanto a nivel nacional como regional”⁸⁵

Corresponde, por tanto, propiciar una suerte de “fertilización cruzada” (*crossfertilization*)⁸⁶ de ambas instancias en la línea de su retroalimentación y plausible reciprocidad de influjos, para enriquecer cuantitativa y cualitativamente la tutela y la realización de los derechos humanos por medio del intercambio y el aprendizaje mutuos.

6.2. Sobre el “margen de apreciación nacional”

6.2.1. Estimamos conveniente realizar una somera incursión en el tema que indica el título de este apartado para intentar dilucidar si recurrir a dicha doctrina en nuestro espacio regional puede o no operar como un elemento útil para aportar a la búsqueda de un equilibrio sustentable entre las dimensiones jurisdiccionales internacional e interna.

6.2.2. En primer lugar, vale advertir que la citada tesis ha mostrado (y sigue exhibiendo) una extendida aunque proteica utilización en la jurisprudencia del Tribunal Europeo

⁸⁴ Luis Jimena Quesada, “El diálogo entre el Tribunal Constitucional y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: a propósito del control de convencionalidad”, *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, núm. 15, 2010, pp. 41-74.

⁸⁵ Manuel E. Góngora Mera, “Diálogos jurisprudenciales entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Constitucional de Colombia: una visión coevolutiva de la convergencia de estándares sobre derechos de las víctimas”, en von Bogdandy, Ferrer Mac-Gregor y Morales Antoniazzi (coords.), *op. cit.*, t. II, p. 429.

⁸⁶ Utilizamos tal término a modo ilustrativo y tomándolo *mutatis mutandis* de lo explicado por De Vergottini, *op. cit.*, p. 20 y notas a pie de página 10, 11 y 12.

de Derechos Humanos (TEDH) asentado en Estrasburgo; sin embargo, su receptividad en la praxis interamericana ha sido muy discreta.⁸⁷

Desde la perspectiva que al respecto ofrece García Roca, la citada zona apreciativa responde a “una actitud judicial de deferencia hacia las autoridades internas, al estar ubicadas en una mejor sede para el enjuiciamiento de ciertos conflictos de intereses y responder democráticamente ante sus electorados. Pero no puede ocultarse su débil construcción jurisprudencial y las inseguridades que ocasiona”⁸⁸

Por su parte, Sáiz-Arnáiz ha sintetizado su percepción sobre el tópico en cuestión en el contexto del TEDH, sosteniendo que tal doctrina es *necesaria* ante la gran diversidad cultural de los 47 Estados parte de la Convención Europea para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales, que empieza en las Islas Azores y termina en Vladivostok. Sin embargo, sostiene que *es un criterio muy difícil de objetivar* y que ha recibido diversas críticas pues el Tribunal estrasburguense en ocasiones lo ha aplicado de manera *caprichosa*. Alega, además, que el TEDH debería buscar un equilibrio por medio de la configuración de un *estándar común mínimo*.⁸⁹

Bustos Gisbert ha indicado que la *doctrina del margen de apreciación nacional* es típica de los escenarios de pluralismo constitucional y una de las fórmulas para permitir soluciones no incompatibles en lo referente a la garantía de los derechos. Desde su punto de vista,

[...] consiste no en el reconocimiento de la existencia de una protección equivalente, sino más bien el de una protección *suficiente*. En estos casos lo que el tribunal realiza es una labor de *supervisión* de la protección otorgada al derecho marcando solo algunos mínimos y dejando un amplio campo de libertad para la actuación del otro ordenamiento. En ocasiones el margen de apreciación puede combinarse con el criterio de deferencia dando lugar a una suerte de deferencia *impura* en el que un tribunal no supervisa, sino que establece algunos criterios básicos para la solución del conflicto, dejando un amplio margen de interpretación de los mismos en el caso por parte de las autoridades judiciales que resuelven definitivamente el asunto de fondo.⁹⁰ (Énfasis agregado)

⁸⁷ Fue empleada por la Corte IDH en la Opinión Consultiva OC-4/84, cit., por ejemplo, en los párrs. 58 y 62.

⁸⁸ Javier García Roca, “La muy discrecional doctrina del margen de apreciación nacional según el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: soberanía e integración”, en Víctor Bazán (coord.), *Derecho Procesal Constitucional Americano y Europeo*, t. II, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2010, p. 1517.

⁸⁹ Alejandro Sáiz-Arnáiz, en su disertación de 18 de noviembre de 2011 en el panel “Experiencias del control de convencionalidad y retos procesales”, en el marco del XVIII Encuentro Anual de Presidentes y Magistrados de Cortes y Salas Constitucionales de América Latina, Programa Estado de Derecho para Latinoamérica, Fundación Konrad Adenauer, San José de Costa Rica, 16 a 19 de noviembre de 2011.

⁹⁰ Rafael Bustos Gisbert, “XV proposiciones generales para una teoría de los diálogos judiciales”, en Eduardo Ferrer Mac-Gregor y Alfonso Herrera García (coords.), *Diálogo jurisprudencial en*

6.2.3. Si por nuestra parte tuviéramos que describir en breves notas el instituto aludido, podríamos decir que se trata de una doctrina compleja, con contornos imprecisos (¿impredecibles?), cuya utilización ha sido voluble, pero que está destinada a no desaparecer nunca del todo, pues al TEDH le resulta funcional y útil acudir a ella para trazar las líneas argumentales de sus decisiones en casos con perfiles jurídica, política, institucional o socialmente dilemáticos o “inhóspitos”.

Ciertamente, un eventual empleo más intenso de semejante “margen de apreciación nacional” en el ámbito interamericano habría de ser prudente para evitar que se volatilice la esencia tutelar de los derechos humanos.

El tema no está exento de dificultades operativas por los riesgos latentes de inseguridad jurídica e inestabilidad que aquella doctrina podría traer consigo. Además, y en su caso, debería exigirse un empleo cauteloso para sortear el peligro de desnaturalización de las obligaciones asumidas por los Estados en materia de derechos fundamentales, desvaneciéndose las posibilidades de protección real y concreta de estos.

En ese sentido, dejar librado al “margen de apreciación nacional” conceptos tan complejamente difusos como los de “orden público”, “bien común” y “seguridad nacional” (solo por citar un puñado de ellos), que operan en áreas de suma sensibilidad como las de la defensa de los derechos humanos y la consolidación de la democracia y el Estado constitucional, podría resultar altamente riesgoso, fundamentalmente en sitios donde los tribunales que deben definirlos se muestren claudicantes y permeables a las presiones del poder político.

Lo ideal sería que ese espacio de análisis en función de las particularidades jurídicas del Estado en cuestión sea un *margen de apreciación* y no un *reservorio de arbitrariedad*, aunque en cualquier caso deberemos rendirnos ante la evidencia de que se trata de una noción “resbaladiza”.

Dicho de otra manera, en abstracto (y no sin reservas) acaso podría ser una herramienta apta –como actitud deferente hacia el Estado– solo en la medida que sea empleada mesurada y razonablemente. Al hilo de esto último, no puede ya discutirse que la pauta de “razonabilidad” *ha pasado de ser requisito subjetivo del jurista a requisito objetivo del derecho* –Zagrebel'sky⁹¹ dixit–.

Conectando el tema del margen de apreciación con el del control de convencionalidad, García Ramírez ha sostenido que:

[...] *el control interno de convencionalidad supone cierto margen nacional de apreciación. Sería imposible excluirlo en la hipótesis [...] de que no existen definiciones del tribunal supranacional o de que haya decisiones nacionales que brinden mejor protección al ser humano.* Ahora bien, es preciso reconocer que en la generalidad

derechos humanos entre tribunales constitucionales y cortes internacionales, México, D.F., Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, Corte Interamericana de Derechos Humanos y UNAM, Tirant lo Blanch, 2013, p. 207.

⁹¹ Gustavo Zagrebelsky, *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, 3ª. ed., trad. de Marina Gascón, Madrid, Trotta, 1999, p. 147.

de los casos este margen de apreciación –nacional y circunstancial: al amparo de las circunstancias del caso *sub judice*– se halla acotado por las definiciones del órgano supranacional de interpretación vinculante. Cuando el tribunal nacional despliega el control de convencionalidad, en ausencia de definiciones supranacionales, las decisiones de aquel no tienen alcance *erga omnes*. Es decir, puede fijar criterios provisionales, *inter partes*, sujetos a control nacional inmediato (a través de un régimen de “cuestiones de inconventionalidad” [...] que constituye una alternativa atendible, entre otras) e invariablemente condicionados a definiciones supranacionales.⁹² (Énfasis agregado)

6.3. Ciertas señales aperturistas de la Corte IDH hacia los órganos de cierre de la justicia constitucional de algunos Estados del sistema interamericano

6.3.1. Itinerancia del Tribunal Interamericano

Dentro del marco meramente ejemplificativo de este acercamiento, consideramos como un elemento positivo y de apertura hacia la sociedad civil la descentralización de las sesiones extraordinarias que la Corte IDH realiza en distintos países del arco americano.

Tal temperamento suma al proceso de *tangibilización y humanización* de la existencia del Tribunal, que puede ser conocido un poco más de “cerca” por operadores jurídicos y políticos, ONG, académicos, estudiantes y demás habitantes de distintos Estados, quienes pueden presenciar a la “Corte en acción”.

Esta aproximación del Tribunal Interamericano a los actores nacionales ha sido fecunda, por medio de la itinerancia en el desarrollo de dichas sesiones extraordinarias y audiencias públicas, lo que ha permitido difundir el sistema de protección de los derechos humanos en el plano interamericano, su funcionamiento y alcance, y la faena que aquel lleva adelante.

Asimismo, y como lo mencionan Saavedra Alessandri y Pacheco, las sesiones itinerantes “otorgan una posibilidad única de asistir y participar en diversos seminarios organizados por la Corte en coordinación con universidades o instituciones estatales e impartidos por los propios jueces y abogados de la Corte Interamericana”.⁹³ Esa constatación les lleva a asegurar que “[l]a posibilidad de complementar todas esas acciones fue esencial para lograr un mayor acercamiento con los miembros de la sociedad civil y empoderarlos en el conocimiento y reclamo de sus derechos”.⁹⁴

⁹² Sergio García Ramírez, “El control judicial interno de convencionalidad”, en Ferrer MacGregor y Herrera García (coords.), *op. cit.*, p. 772.

⁹³ Pablo Saavedra Alessandri y Gabriela Pacheco Arias, *Las sesiones ‘itinerantes’ de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: un largo y fecundo caminar por América*, Biblioteca Jurídica Virtual, IJ - UNAM, p. 72. Disponible en www.bibliojuridica.org/libros/6/2740/8.pdf.

⁹⁴ *Idem*.

Pero además de la provechosa tarea de difusión desplegada, y en lo que nos parece un dato no menor, tales sesiones descentralizadas acuerdan a los magistrados de la Corte IDH la posibilidad de interiorizarse *in situ* y de primera mano sobre distintos aspectos de la situación institucional, política, social y cultural de los países visitados, y mejorar las condiciones en que se encuentran al momento de dictar sentencias que involucren a esos Estados.

En algún punto, la actitud *ambulatoria* de la Corte IDH le permite a esta matizar la insularidad que podría predicarse de un encapsulamiento exclusivo de su actividad jurisdiccional desde su sede costarricense.

6.3.2. Referencia a precedentes de tribunales o cortes constitucionales y cortes supremas de justicia (o sus salas constitucionales) latinoamericanos

Otro elemento que puede aportar al diálogo interjurisdiccional y dotar de una mayor dosis de legitimidad a las sentencias de la Corte IDH⁹⁵ es la referencia no meramente “simbólica” a precedentes de los órganos de clausura del sistema de justicia constitucional de los Estados parte del esquema interamericano.

Así, en el citado fallo recaído en el caso *Cabrera García y Montiel Flores vs. México*, se preocupó por puntualizar expresamente que “tribunales de la más alta jerarquía en la región se han referido y han aplicado el control de convencionalidad teniendo en cuenta interpretaciones efectuadas por la Corte Interamericana” (párr. 226).

En tal sentido, citó a:

- La *Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica*, que sostuvo: “Debe advertirse que si la Corte Interamericana de Derechos Humanos es el órgano natural para interpretar la Convención Americana sobre Derechos Humanos [...], la fuerza de su decisión al interpretar la convención y enjuiciar leyes nacionales a la luz de esta normativa, ya sea en caso contencioso o en una mera consulta, tendrá –de principio– el mismo valor de la norma interpretada” (sic, id. párr.).⁹⁶
- El *Tribunal Constitucional de Bolivia*, que aseveró: “El Pacto de San José de Costa Rica, como norma componente del bloque de constitucionalidad, está constituido por tres partes esenciales, estrictamente vinculadas entre sí: la primera, conformada por el preámbulo, la segunda denominada dogmática y la tercera referente a la parte orgánica. Precisamente, el Capítulo VIII de este instrumen-

⁹⁵ Ello, de acuerdo con la visión del expresidente de la Corte IDH Diego García-Sayán, expuesta en su disertación de 18 de noviembre de 2011 en la mesa “Tareas compartidas”, en el XVIII Encuentro Anual de Presidentes y Magistrados de Cortes y Salas Constitucionales de América Latina, Programa Estado de Derecho para Latinoamérica, Fundación Konrad Adenauer, San José de Costa Rica, 16 a 19 de noviembre de 2011, específicamente en el panel a cargo de aquel y del autor de este trabajo.

⁹⁶ Sentencia de 9 de mayo de 1995, Acción de Inconstitucionalidad, voto 2.313-95 (Exp. 0421-S-90), considerando VII.

to regula a la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en consecuencia, siguiendo un criterio de interpretación constitucional ‘sistémico’, debe establecerse que este órgano y por ende las decisiones que de él emanan, forman parte también de este bloque de constitucionalidad”. Añadió: “Esto es así por dos razones jurídicas concretas a saber: 1) el objeto de la competencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos; y, 2) la aplicación de la doctrina del efecto útil de las sentencias que versan sobre derechos humanos” (párr. 227).⁹⁷

- La *Suprema Corte de Justicia de República Dominicana*, que estableció: “Es de carácter vinculante para el Estado dominicano, y, por ende, para el poder judicial, no solo la normativa de la Convención Americana sobre Derechos Humanos sino sus interpretaciones dadas por los órganos jurisdiccionales, creados como medios de protección, conforme el artículo 33 de esta, que le atribuye competencia para conocer de los asuntos relacionados con el cumplimiento de los compromisos contraídos por los Estados parte” (párr. 228).⁹⁸
- El *Tribunal Constitucional del Perú*, cuando afirmó: “La vinculatoriedad de las sentencias de la Corte Interamericana no se agota en su parte resolutoria (la cual, ciertamente, alcanza solo al Estado que es parte en el proceso), sino que se extiende a su fundamentación o *ratio decidendi*, con el agregado de que, por imperio de la [Cuarta Disposición Final y Transitoria (CDFT)] de la Constitución y el artículo V del Título Preliminar del [Código Procesal Constitucional], en dicho ámbito la sentencia resulta vinculante para todo poder público nacional, incluso en aquellos casos en los que el Estado peruano no haya sido parte en el proceso. En efecto, la capacidad interpretativa y aplicativa de la Convención que tiene la Corte Interamericana, reconocida en el artículo 62.3 de dicho tratado, aunada al mandato de la CDFT de la Constitución, hace que la interpretación de las disposiciones de la Convención que se realiza en todo proceso, sea vinculante para todos los poderes públicos internos, incluyendo, desde luego, a este Tribunal” (párr. 229).⁹⁹ Asimismo, cuando el órgano de cierre de la justicia constitucional peruana puntualizó que se desprende su vinculación directa con la Corte IDH, “vinculación que tiene una doble vertiente: por un lado, *reparadora*, pues interpretado el derecho fundamental vulnerado a la luz de las decisiones de la Corte, queda optimizada la posibilidad de dispensársele una adecuada y eficaz protección; y, por otro, *preventiva*, pues mediante su observancia se evitan las nefastas consecuencias institucionales que acarrearán las sentencias con-

⁹⁷ Sentencia de 10 de mayo de 2010, Exp. 2006-13381-27-RAC, ap. III.3 sobre “El Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Fundamentos y efectos de las Sentencias emanadas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”.

⁹⁸ Resolución 1920-2003, de 13 de noviembre de 2003.

⁹⁹ Sentencia de 21 de julio de 2006, Exp. 2730-2006-PA/TC, fundamento 12.

denatorias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos para la seguridad jurídica del Estado peruano” (párr. 230).¹⁰⁰

- La *Corte Suprema de Justicia de Argentina*, cuando señala que las decisiones de la Corte IDH “resulta[n] de cumplimiento obligatorio para el Estado Argentino (art. 68.1, CADH)”, por lo cual ha determinado que “en principio, debe subordinar el contenido de sus decisiones a las de dicho tribunal internacional” (párr. 231).¹⁰¹ Igualmente, al puntualizar “que la interpretación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos debe guiarse por la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos” ya que se “trata de una insoslayable pauta de interpretación para los poderes constituidos argentinos en el ámbito de su competencia y, en consecuencia, también para la Corte Suprema de Justicia de la Nación, a los efectos de resguardar las obligaciones asumidas por el Estado argentino en el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos”¹⁰² (id. párr.).¹⁰³

¹⁰⁰ Sentencia 00007-2007-PI/TC, de 19 de junio de 2007, Pleno del Tribunal Constitucional (Colegio de Abogados del Callao c. Congreso de la República), fundamento 26.

¹⁰¹ Sentencia de 23 de diciembre de 2004, Exp. 224, Espósito, Miguel Ángel s/ Incidente de prescripción de la acción penal promovido por su defensa, considerando 6° [de la mayoría]; registrado en Fallos 327:5668.

¹⁰² Sentencia de 13 de julio de 2007, Exp. M. 2333.XLII, Mazzeo, Julio Lilo y otros s/ Recurso de casación e inconstitucionalidad, cit., considerando 20 de la mayoría.

¹⁰³ Pese a que la Corte Suprema de Justicia argentina se ha mostrado en general permeable a receptar los estándares de la Corte IDH y ha evidenciado una actitud de plausible apertura hacia el derecho internacional de los derechos humanos (incluso antes de la reforma constitucional de 1994), su jurisprudencia muestra algunos *puntos oscuros* en la materia. Por ejemplo, los casos Acosta, Claudia B. y Felicetti, Roberto y otros, referidos *supra* (ver notas 72 y 73), donde concluyó que si bien el Estado argentino debe realizar los mejores esfuerzos para dar respuesta favorable a las recomendaciones efectuadas por la CIDH, *ello no equivale a consagrar como deber para los jueces el de dar cumplimiento a su contenido, al no tratarse aquellas de decisiones vinculantes para el Poder Judicial*.

A ellos se agrega, en lo tocante a un asunto discurrido en sede interamericana (caso Cantos vs. Argentina, Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas, 28 de noviembre de 2002, Serie C, núm. 97), la causa Procurador del Tesoro de la Nación –en autos Cantos, José M., Exp. 1.307/2003– (Fallos 326:2968, de 21 de agosto de 2003). En la ocasión, la Corte Suprema desestimó por mayoría una presentación del procurador general que pretendía que el tribunal diera cumplimiento a la citada sentencia de la Corte IDH que declaró que el Estado argentino había violado normas de la CADH y que debía abstenerse de perseguir el cobro de la tasa de justicia y de una multa impuesta, reducir razonablemente los honorarios regulados y asumir el pago de costas en una causa donde fue parte. El Máximo Tribunal nacional declinó la intervención requerida aduciendo que un temperamento contrario importaría infringir cláusulas de raigambre constitucional cuya titularidad corresponde a diversos profesionales que actuaron en la causa C.1099.XX. Cantos, José María c/ Santiago del Estero, Provincia de o Estado Nacional s/ Cobro de pesos, con patente y deliberada renuncia de su más alta y trascendente atribución, para cuyo ejercicio ha sido instituida como titular del Poder Judicial de la nación, que es ser el custodio e intérprete final de la Constitución Nacional (consid. 3° de la mayoría). Además, y entre otros argumentos, sostuvo que “bajo el ropaje de dar cumplimiento con una obligación emanada de un tratado con jerarquía constitucional (art. 63.1, de la Convención), llevaría a la inicua –cuanto paradójica– situación de hacer incurrir al Estado argentino en responsabilidad

- La *Corte Constitucional de Colombia*, que ha expresado que en virtud de que la Constitución colombiana señala que los derechos y deberes constitucionales deben interpretarse “de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia”, se deriva “que la jurisprudencia de las instancias internacionales, encargadas de interpretar esos tratados, constituye un criterio hermenéutico relevante para establecer el sentido de las normas constitucionales sobre derechos fundamentales” (párr. 232).¹⁰⁴

Previo a pasar a las apreciaciones de cierre del presente trabajo, vale advertir que lo apuntado en este apartado –siempre que haya sido pensado como algo más que un mero “convencionalismo” de ocasión y “políticamente correcto”–, implica un gesto de apertura y deferencia de la Corte IDH hacia las jurisdicciones constitucionales domésticas, aun cuando indudablemente falta todavía recorrer un largo camino para construir lazos dialógicos más sólidos y profundos en la línea de la deseada protección multinivel de los derechos fundamentales.

internacional por afectar garantías y derechos reconocidos a los profesionales, precisamente, en el instrumento cuyo acatamiento se invoca” (consid. 4° del voto mayoritario). Cabe precisar que el texto que encabeza la decisión corresponde a los ministros Fayt y Moliné O’Connor; por su voto se pronunciaron los jueces Petracchi y López (de modo conjunto) y Vázquez (individualmente); por último, los ministros Boggiano y Maqueda plantearon sendas disidencias, siendo relevante remarcar que este último fue el único que postuló el cumplimiento directo del pronunciamiento de la Corte Interamericana.

Por su parte, y no obstante que en la causa Espósito (resuelta en 2004, citada *supra* en nota 101 y vinculada al caso Bulacio vs. Argentina, Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas, 18 de septiembre de 2003, Serie C, núm. 100, de la Corte IDH), la Corte Suprema retomó –al menos por parte de varios de sus componentes– un discurso demostrativo de su permeabilidad a acatar los pronunciamientos de la Corte IDH (la moción que encabeza el fallo pertenece a los ministros Petracchi y Zaffaroni; por su voto lo hicieron los jueces Belluscio y Maqueda –conjuntamente–, y Fayt, Boggiano y Highton de Nolasco, de modo individual), y el 11 de julio de 2007 dictó otro decisorio cuestionable. Esta vez *in re* Derecho, René J. (fallos 330:3074), donde (con votos de los ministros Lorenzetti, Highton de Nolasco, Petracchi, Maqueda y Zaffaroni y la solitaria disidencia de la jueza Argibay) consideró prescrita la acción penal, distinguiendo los delitos de lesa humanidad de aquellos sometidos a los plazos procesales, sobre la base de la configuración o no de un cuadro generalizado o sistemático de violación de los derechos humanos. Con ello se dejó de cumplir cabalmente lo dispuesto por la Corte IDH en el caso Bueno Alves vs. Argentina, Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas, 11 de mayo de 2007, Serie C, núm. 164, concretamente en el punto resolutivo 8°, por el cual el Estado argentino fue condenado a “realizar inmediatamente las debidas investigaciones para determinar las correspondientes responsabilidades por los hechos” del caso y aplicar las consecuencias que la ley preveía. Como plataforma fáctica de la causa cabe recordar que el señor Bueno Alves fue víctima de tortura durante su detención (fue golpeado y privado de sus medicamentos), hecho que según la Corte IDH reunía las siguientes pautas: se trató de un acto intencional, que causó severos sufrimientos físicos o mentales y fue cometido con determinado fin o propósito. Además, el damnificado había identificado a René Jesús Derecho como el policía que lo detuvo y maltrató. En síntesis, y dejando a un lado la discusión acerca de si dicha tortura constituía o no un delito de lesa humanidad, no cabe duda de que resultaba desatinado e injustificado dejar de investigar tan grave hecho aduciendo la prescripción de la acción penal.

¹⁰⁴ Sentencia C-010/00, de 19 de enero de 2000, párr. 6.

7. Consideraciones finales y de conjunto

1. La creciente intensidad con que se desenvuelve la dinámica interactiva del derecho interno y el derecho internacional de los derechos humanos acentúa la exigencia de lograr una pacífica articulación de tales fuentes en aras de solidificar el sistema general de derechos y pugnar por el cumplimiento por el Estado de los compromisos internacionalmente asumidos en la materia.

Con ello, este sortearía el riesgo de incurrir en responsabilidad internacional por acción u omisión y, lo que es más importante, se prevendrían o remediarían en sede interna las violaciones de los derechos fundamentales.

2. La Constitución, con la fuerza normativa que le es ingénita, y los instrumentos internacionales sobre derechos humanos, como las disposiciones contenidas –*inter alia*– en la CADH y las pautas interpretativas que a su respecto traza la Corte IDH, dan forma a un bloque jurídico que direcciona su vigencia hacia una misma sustancia axiológica: *el resguardo y el desarrollo de los derechos fundamentales*.
3. Uno de los pliegues de la trama interactiva entre tribunales locales y Corte IDH corresponde al *control de convencionalidad*. Al recoger los datos que proporciona la praxis del sistema interamericano pueden reconstruirse ciertos perfiles de dicho contralor, teniendo en cuenta que este transita por dos vertientes:
 - Una se desarrolla en sede *internacional* y se deposita en dicho tribunal interamericano, que la ha venido desplegando desde hace bastante tiempo, aunque solo en época reciente se la ha bautizado como “control de convencionalidad”. Consiste básicamente en analizar en casos concretos si una práctica o una normativa de derecho interno resultan congruentes, *inter alia*, con la CADH, disponiendo en caso de ser incompatibles su modificación o abrogación. Paralelamente, procede en hipótesis en que los Estados no hayan cumplido con el deber de adoptar disposiciones de derecho interno con arreglo al artículo 2 de la Convención. En resumen, se concreta una interpretación de las prácticas internas a la luz o al amparo de este instrumento internacional, o de otros respecto de los cuales la Corte IDH ejerce competencia material.
 - La restante se desenvuelve en el contexto *nacional*, está a cargo de los magistrados locales (vinculados por la jurisprudencia interamericana) y enraíza en el deber de estos de constatar la compatibilidad de las reglas jurídicas internas que aplican en casos concretos con la CADH (y otros instrumentos internacionales esenciales en materia de derechos humanos) y los patrones hermenéuticos que la Corte IDH ha elaborado en su trajinar jurisprudencial.
4. De la conjugación de los artículos 1.1. y 2 de la CADH surge que los Estados parte se comprometen a *respetar* los derechos y las libertades reconocidos en ella y a *garantizar* su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna; y si tal ejercicio no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, aquellos se obligan a *adoptar las*

medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades.

En tal contexto, la palabra “garantizar” supone el deber del Estado de tomar todas las medidas necesarias, incluso a través de decisiones jurisdiccionales, en orden a remover los obstáculos que pudieran existir para que sus habitantes estén en condiciones de disfrutar de los derechos que la Convención consagra.

5. El citado principio de adecuación normativa supone la obligación general de cada Estado parte de adaptar su derecho interno a las disposiciones de la CADH, en aras de garantizar los derechos en ella reconocidos, lo que significa que las medidas de derecho doméstico han de ser efectivas con arreglo a la premisa de *effet utile*, siendo obligación de los magistrados locales asegurar el cumplimiento de aquel deber por medio del *control de convencionalidad*, mecanismo que, por lo demás, ha sido pensado como instrumento para lograr una aplicación armoniosa de las reglas, los principios y valores atinentes a los derechos fundamentales.
6. Según reiterada jurisprudencia de la Corte IDH, los tratados modernos sobre derechos humanos tienen un *carácter especial*, cuyos objeto y fin convergen en un punto común: la protección de los derechos fundamentales de los seres humanos. No son tratados multilaterales del tipo tradicional, celebrados en función de un intercambio recíproco de derechos para el beneficio mutuo de los Estados contratantes.
7. No está de más insistir en que los principios, los valores y las reglas sobre derechos humanos se mueven en el plano del *ius cogens*; que lo ideal es siempre bregar por la formación de una sólida cultura de respeto, protección y realización de tales derechos, y que es preciso asimilar –en paráfrasis de Higgins–¹⁰⁵ que el derecho internacional general no son solo reglas, *sino un sistema normativo que tiene como objetivo valores comunes*, y que los derechos fundamentales constituyen un sistema integrado tendente a *salvaguardar la dignidad del ser humano*.
8. Solo sería una prédica fraseológica vacua hablar de una matriz *multinivel* de tutela de los derechos humanos (surgida de la pretendida combinación “protectoria” de las órbitas internas e internacional), si no existieran instrumentos judiciales efectivos que actuaran como vías de ingreso a la jurisdicción y, así, operativizar premisas interpretativas nucleares del derecho internacional del ser humano, como los principios *pro persona* y *pro actione*.
9. En un contexto donde crece la circulación de reglas iusinternacionales y se profundiza la interrelación del derecho internacional de los derechos humanos y el derecho interno, adquiere realce cualitativo la realización *ad intra* por la magistratura jurisdiccional (y otras autoridades públicas) del control de compatibilidad convencional de la normativa doméstica subconstitucional y constitucional *vis-à-vis* el conjunto de reglas y principios que conforman la estructura literal

¹⁰⁵ Rosalyn Higgins, *Problems & Process. International Law and how we use it*, Oxford, Oxford University Press, 2003, *passim*.

de la CADH (y de los demás instrumentos integrantes del *corpus juris* interamericano) y los patrones valorativos que viene forjando la Corte IDH en su labor interpretativa.

Pero ello no debe darse en el marco de una estricta y exclusiva lógica unidireccional desde la Corte IDH hacia las jurisdicciones nacionales, sino que es preciso generar las condiciones para profundizar un *diálogo jurisprudencial* entre ambos órdenes de tribunales concernidos: interamericano e internos.

10. Aunque parezca ingenuo de nuestra parte, ese ambicioso esquema de respeto e influencias recíproco debería constituirse en el paradigma jurisdiccional que cobre definitivo impulso en la presente centuria, para contribuir a despejar algunas de las dificultades sistémicas que conspiran contra la cabal efectividad de los derechos fundamentales.

Ello, en el ámbito de la aludida defensa multinivel de los derechos esenciales, a partir de una relación bidireccional en la que se respete el importante emplazamiento institucional de la Corte IDH y la trascendencia de sus estándares, pero que simultáneamente esta no se desentienda de las particularidades configurativas de las realidades sociales, políticas, jurídicas y culturales de los Estados que integran el sistema regional.

11. La anhelable *sinapsis* entre aquellas instancias, incluso en una atmósfera tensa, se plantea desde la convicción (y la esperanza) de que es necesario y conveniente que convivan en conexión axiológica y jurídicamente cooperativa en la sintonía de una hermenéutica *pro persona*, en tanto ambas son copartícipes necesarias de un objetivo convergente: *fortalecer cualitativamente la tutela y la realización de los derechos básicos*.
12. En prospectiva, aspiramos a que entre las jurisdicciones internas y la interamericana se acentúe un proceso de sinergia y fertilización cruzada sustentable, equilibrado y movido por una verdadera voluntad política.

Ojalá germine entre aquellas un diálogo crítico y tangible que convierta en realidad sus potencialidades evolutivas y las vuelque en la lucha por la protección de los derechos humanos que, con su naturaleza transversal, se convierten en elemento fundamental para la consolidación de la democracia, el Estado constitucional (y su inserción internacional) y la salvaguarda de la dignidad humana.

Bibliografía

- ALBANESE, Susana y Germán J. BIDART CAMPOS, *Derecho internacional, derechos humanos y derecho comunitario*, Buenos Aires, Ediar, 1998.
- BAZÁN, Víctor, “La Convención Americana sobre Derechos Humanos y el efecto de las reservas respecto de su entrada en vigencia: a propósito de la OC-2/82 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en AA.VV., *Derechos humanos. Corte Interamericana*, t. I, Mendoza, Ediciones Jurídicas Cuyo, 2000, pp. 91-165.

- _____ (coord.), *Defensa de la Constitución. Garantismo y controles. Libro en reconocimiento al Doctor Germán J. Bidart Campos*, Buenos Aires, Ediar, 2003.
- _____, *Jurisdicción constitucional y control de constitucionalidad de los tratados internacionales. Una visión de derecho comparado*, México, D.F., Porrúa, 2003.
- _____, “La interacción del derecho internacional de los derechos humanos y el derecho interno en Argentina”, *Estudios Constitucionales*, año 5, núm. 2, 2007, pp. 137-183.
- _____ (dir.), *La judicialización de los derechos humanos*, Lima, Asociación Argentina de Derecho Internacional (Sección Derechos Humanos) - Ediciones Legales, 2009.
- _____ (coord.), *Derecho Procesal Constitucional Americano y Europeo*, ts. I y II, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2010.
- _____, “Las reparaciones en el derecho internacional de los derechos humanos, con particular referencia al sistema interamericano”, *Anuario Argentino de Derecho Internacional*, núm. XVIII, 2010, pp. 267-302.
- _____, “En torno al control sobre las inconstitucionalidades e inconveniencias omisivas”, *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, Montevideo, Fundación Konrad Adenauer, 2010, pp. 151-177.
- _____, “Estado Constitucional y derechos humanos en Latinoamérica: algunos problemas y desafíos”, en Juan Manuel LÓPEZ ULLA (dir.), *Derechos humanos y orden constitucional en Iberoamérica*, Navarra, Civitas - Thomson Reuters, 2011.
- _____, “Vías de exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales en los ámbitos interno e interamericano”, *Contextos*, núm. 2, 2011, pp. 82-129.
- _____, “Corte Interamericana de Derechos Humanos y cortes supremas o tribunales constitucionales latinoamericanos: el control de convencionalidad y la necesidad de un diálogo interjurisdiccional crítico”, *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, núm. 16, 2º semestre 2010, 2011, pp. 15-44.
- _____, “Control de convencionalidad, aperturas dialógicas e influencias jurisdiccionales recíprocas”, *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, núm. 18, 2º semestre 2011, 2012, pp. 63-104.
- _____, “La Corte Suprema de Justicia de la Nación y algunas líneas jurisprudenciales salientes en materia de derechos fundamentales”, *La Ley*, t. 2012-B, 2012.
- _____, “Dificultades operativas e institucionales y retos de la justicia constitucional en América Latina”, *Opus Magna. Constitucional guatemalteco*, t. VI, 2012, Ciudad de Guatemala, Instituto de Justicia Constitucional, Corte de Constitucionalidad, 2012.
- _____, “La justicia constitucional en América Latina y algunos desafíos temáticos que afronta”, *Rivista dell'Associazione Italiana dei Costituzionalisti*, núm. 1, 2014. Disponible en: http://www.rivistaaic.it/sites/default/files/rivista/articoli/allegati/1_2014_Bazan.pdf.
- _____, *Control de las omisiones inconstitucionales e inconvenientes. Recorrido por el derecho y la jurisprudencia americanos y europeos*, Bogotá, Programa Estado de Derecho para Latinoamérica, Fundación Konrad Adenauer, 2014 (en prensa).
- BAZÁN Víctor y Claudio NASH (eds.), *Justicia constitucional y derechos fundamentales. Control de convencionalidad*, Bogotá, Programa Estado de Derecho de la Fundación

- Konrad Adenauer y Centro de Derechos Humanos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, 2012.
- BIDART CAMPOS, Germán J., *La interpretación y el control constitucionales en la jurisdicción constitucional*, Buenos Aires, Ediar, 1987.
- BUSTOS GISBERT, Rafael, “XV proposiciones generales para una teoría de los diálogos judiciales”, en Eduardo FERRER MAC-GREGOR, y Alfonso HERRERA GARCÍA (coords.), *Diálogo jurisprudencial en derechos humanos entre tribunales constitucionales y cortes internacionales*, México, D.F., Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, Corte Interamericana de Derechos Humanos y UNAM, Tirant lo Blanch, 2013.
- CANÇADO TRINDADE, Antônio A., *Anexo 21: Presentación del presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos ante el Consejo Permanente de la Organización de los Estados Americanos (OEA)*, de 16 de octubre de 2002.
- _____, “Reminiscencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en cuanto a su jurisprudencia en materia de reparaciones”, en Armin VON BOGDANDY, Eduardo FERRER MAC-GREGOR y Mariela MORALES ANTONIAZZI (coords.), *La justicia constitucional y su internacionalización. ¿Hacia un ‘Ius Constitutionale Commune’ en América Latina?*, t. II, México D.F., IJ, UNAM, Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht e Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, 2010, pp. 189-214.
- DE LA GUARDIA, Ernesto, *Derecho de los tratados internacionales*, Buenos Aires, Ábaco, 1997.
- DE VERGOTTINI, Giuseppe, *Oltre il dialogo tra le Corti. Giudici, diritto straniero, comparazione*, Bologna, Il Mulino, 2010.
- FILIPPINI, Leonardo, Tatiana GOS y Agustín CAVANA, *El valor de los informes finales de la Comisión Interamericana y el dictamen del Procurador General en el caso ‘Carranza Latrubesse’*. Disponible en: http://www.palermo.edu/derecho/centros/pdf-ictj/caso_Carranza_Latrubesse.pdf.
- GARCÍA RAMÍREZ, Sergio, *Los derechos humanos y la jurisdicción interamericana*, México, D.F., IJ, UNAM, 2002.
- _____, “El control judicial interno de convencionalidad”, en Eduardo FERRER MAC-GREGOR y Alfonso HERRERA GARCÍA (coords.), *Diálogo jurisprudencial en derechos humanos entre tribunales constitucionales y cortes internacionales*, México, D.F., Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, Corte Interamericana de Derechos Humanos y UNAM, Tirant lo Blanch.
- GARCÍA ROCA, Javier, “La muy discrecional doctrina del margen de apreciación nacional según el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: soberanía e integración”, en Víctor BAZÁN (coord.), *Derecho procesal constitucional americano y europeo*, t. II, Buenos Aires, Abeledo-Perrot.
- GÓNGORA MERA, Manuel E., “Diálogos jurisprudenciales entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Constitucional de Colombia: una visión coevolutiva de la convergencia de estándares sobre derechos de las víctimas”, en Armin VON BOGDANDY, Eduardo FERRER MAC-GREGOR y Mariela MORALES ANTONIAZZI (coords.),

- La justicia constitucional y su internacionalización. ¿Hacia un 'Ius Constitutionale Commune' en América Latina?*, t. II, México D.F., IJ, UNAM, Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht e Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, 2010.
- HIGGINS, Rosalyn, *Problems & Process. International Law And How We Use It*, Oxford, Oxford University Press, 2003.
- O'DONNELL, Daniel, *Derecho internacional de los derechos humanos. Normativa, jurisprudencia y doctrina de los sistemas universal e interamericano*, 2ª. ed., Santiago de Chile, Oficina Regional para América Latina y el Caribe del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, 2007.
- JIMENA QUESADA, Luis, "La vinculación del juez a la jurisprudencia internacional", en Miguel REVENGA SÁNCHEZ (coord.), *El poder judicial*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2009.
- _____, "El diálogo entre el Tribunal Constitucional y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: a propósito del control de convencionalidad", *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, núm. 15, 2010, pp. 41-74.
- PASTOR RIDRUEJO, José A., *Curso de derecho internacional público y organizaciones internacionales*, 10ª. ed., Madrid, Tecnos, 2006.
- PÉREZ TREMPES, Pablo, "Las garantías constitucionales y la jurisdicción internacional en la protección de los derechos fundamentales", *Anuario de la Facultad de Derecho*, núm. 10, Universidad de Extremadura, 1992.
- SAAVEDRA ALESSANDRI, Pablo y Gabriela PACHECO ARIAS, *Las sesiones 'itinerantes' de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: un largo y fecundo caminar por América*, Biblioteca Jurídica Virtual, IJ – UNAM. Disponible en: www.bibliojuridica.org/libros/6/2740/8.pdf.
- SÁIZ-ARNÁIZ, Alejandro, "Experiencias del control de convencionalidad y retos procesales", en el XVIII Encuentro Anual de Presidentes y Magistrados de Cortes y Salas Constitucionales de América Latina, Programa Estado de Derecho para Latinoamérica, Fundación Konrad Adenauer, San José de Costa Rica, 16 a 19 de noviembre de 2011.
- ZAGREBELSKY, Gustavo, *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, 3ª. ed., trad. de Marina Gascón, Madrid, Trotta, 1999.

Elena I. Highton de Nolasco* (Argentina)

El diálogo jurisprudencial entre la justicia nacional y las cortes internacionales: reflexiones desde la experiencia argentina

RESUMEN

En el contexto interamericano, y a partir de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, los poderes judiciales nacionales de la región, al cumplir con su deber de garantía constitucional, no solo ejercen un control de constitucionalidad sino también de convencionalidad, de derechos humanos, y viceversa. Por ello, resulta necesario un diálogo entre cortes, desde las nacionales hacia la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Este artículo explora dicha realidad a a partir de la experiencia argentina, haciendo hincapié en el tipo de control que tiene lugar en la justicia nacional y en cuatro principales fallos ilustrativos dentro de la jurisprudencia de la Corte Suprema: Arancibia Clavel, Simón, Mazzeo y Espósito.

Palabras clave: derechos humanos, diálogo jurisprudencial, derecho internacional, derecho interno, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Corte Suprema de Justicia de Argentina.

ZUSAMMENFASSUNG

Im interamerikanischen Kontext übt die nationale Gerichtsgewalt in der Region auf der Grundlage der Amerikanischen Menschenrechtskonvention bei der Ausübung ihrer Rolle als Garantin der Verfassung nicht nur eine Kontrolle der Verfassungsmäßigkeit aus, sondern auch eine Kontrolle der Vertragskonformität in Menschenrechtsfragen. Dies macht einen Dialog zwischen den Gerichtshöfen erforderlich, angefangen bei den nationalen Gerichten bis hin zum Interamerikanischen Gerichtshof für Menschenrechte. Ausgehend von der

* Doctora en Derecho y Ciencias Sociales, en Derecho Civil y en Relaciones Internacionales. Vicepresidenta de la Corte Suprema de Justicia de Argentina. ehighton@csjn.gov.ar, anolasco@intramed.net.

argentinisches Erfahrung befasst sich der Artikel mit dieser Realität und geht dabei auf die Art der Kontrolle, die in der nationalen Gerichtsbarkeit stattfindet, sowie auf vier Urteile ein, die die Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofs veranschaulichen: Arancibia Clavel, Simón, Mazzeo und Espósito.

Schlagwörter: Menschenrechte, Dialog zwischen den Rechtsprechungen, Völkerrecht, innerstaatliches Recht, Interamerikanischer Gerichtshof für Menschenrechte, Oberster Gerichtshof von Argentinien.

ABSTRACT

In the Inter-American context and since the adoption of the American Convention on Human rights, the Judicial branches of the region, which act as a guarantee of the constitutions, have the role of exercising not only constitutionality control but also conventionality and human rights control. This implies the need for a dialogue among courts, both at the national level and with the Inter-American Court of Human Rights. This study explores the Argentine experience and underscores the type of controls which take place at the national level, based on four important Supreme Court decisions, in the cases of Arancibia Clavel, Simón, Mazzeo and Espósito.

Keywords: Human rights, jurisprudential dialogue, international law, domestic law, Inter-American Court of Human Rights, Supreme Court of Argentina.

1. Relaciones del derecho nacional con el sistema internacional

Hasta la Segunda Guerra, la *guerra y la autotutela*¹ como medios de solución de controversias jurídicas y políticas eran partes *inherentes al orden político y jurídico* internacional conocido y dominante.

En la actualidad, tras el nuevo orden posbélico, los países:

- asumieron que el *mantenimiento de la paz internacional* entre los Estados no podía ser ajeno a la seguridad ni a la estabilidad del mismo ordenamiento mundial;
- procuraron eliminar las tendencias hacia la disgregación y el autoaniquilamiento jurídicos, propias del cruce de los intereses antagónicos de *soberanías estatales en yuxtaposición*.

Así fue como con la Carta de San Francisco nació un *orden público mínimo* y necesario, que en lo sucesivo sería garantizado por la comunidad internacional de los Estados en su conjunto.

En el plano de lo normativo, tiene lugar el nacimiento de las llamadas *obligaciones de ius cogens*, cuya tuición asumiría originariamente la Organización de las Naciones

¹ Las palabras o frases resaltadas en el texto son propias de la autora para destacar elementos y para hacer más fácil la lectura.

Unidas. El *ius cogens* hace referencia a *normas imperativas* de derecho que, de acuerdo con la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, son *aceptadas y reconocidas por la comunidad internacional* como norma que no admite acuerdo en contrario.

Los *valores protegidos* por criterios de *ius cogens* merecen un miramiento especial: el *ius cogens* integra valores esenciales a la comunidad internacional, valores tan significativos que se aplican *por encima del consentimiento de los Estados*, que en el derecho internacional condiciona la validez de las reglas. El concepto de *ius cogens* ostenta *contenido decisivo* desde que algunas *jurisdicciones* internacionales y nacionales lo esgrimieron y aun hoy siguen valiéndose de él para *fundamentar sus decisiones*. Es que la noción parece coincidir con la aparición del derecho internacional, y la idea de un cuerpo de normas jurídicas que se imponen a todos los Estados, independientemente de la existencia de un acto de voluntad, es absolutamente nueva y tiene la fuerza de algo incomparable. Aparece así la *comunidad internacional* que es indisoluble del *ius cogens*.

No por azar pues, la Carta de 1945, separándose de los principios dominantes durante la sociedad internacional relacional de los Estados e incluso en línea *contraria a las reglas clásicas* del consentimiento mutuo y de la reciprocidad –fuentes legitimadoras del derecho internacional clásico–, hizo valer la emergente heteronomía jurídico-institucional no solo frente a los Estados *parte* sino también ante Estados no miembros de la ONU (oportunidad *erga omnes*).

Son *tres los paradigmas* que se integran, a partir de 1945, en el núcleo original del orden público internacional de la posguerra y alrededor de los cuales tiene lugar *la primacía del derecho internacional sobre el derecho interno* de cada Estado:

1. La *prohibición del uso de la fuerza* como medio de solución de controversias internacionales, que no sea la colectiva e institucional o la que se explique en el ejercicio de la legítima defensa.
2. La *obligación* de los Estados de *acudir a los medios pacíficos* –diplomáticos o adjudicativos– para solución de las controversias internacionales.
3. El *respeto a los derechos humanos* y las libertades fundamentales.

1.1. Derecho supranacional e internacional

Justamente, como lo prueba el nacimiento del sistema europeo y la actividad de las cortes y tribunales con su respectiva competencia, lo más relevante es el cambio sobreenvenido por la destacada importancia de la defensa de los derechos humanos en el control constitucional de las leyes.

Por ello, la situación se ha entrelazado también con el diverso reconocimiento que se otorga en los países al derecho internacional. El derecho *internacional* parte de un principio fundamental: la *supremacía del derecho internacional sobre el derecho interno*.

Pero todo depende del modo en que *los órganos del Estado* hayan establecido la integración y absorción de las normas internacionales *por su derecho interno*.

Las diferencias *estructurales* entre la organización *supranacional de integración* y la *internacional de cooperación* determinan una diversa naturaleza jurídica de las funciones, competencias y alcances de las atribuciones.

Y en América, a los fines del control de constitucionalidad, adquieren particular relevancia la Convención Americana sobre Derechos Humanos y la *jurisprudencia* de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), y, mucho más aún, en esta especialísima materia de los derechos humanos, el mantenimiento de la cúspide de la facultad interpretativa en el orden interno o el reconocimiento de este tribunal supranacional como intérprete último y final de la Convención.

En este sentido, se habla del *control de convencionalidad*, pues todas las autoridades públicas y todos sus órganos, jueces y demás vinculados a la administración de justicia en todos los niveles están obligados por el tratado, por lo cual deben ejercer, en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes, un control de convencionalidad tanto en la emisión y aplicación de normas, en cuanto a su validez y compatibilidad con la Convención, como en la determinación, juzgamiento y resolución de situaciones particulares y casos concretos, teniendo en cuenta el propio tratado y, según corresponda, los precedentes o lineamientos jurisprudenciales de la Corte Interamericana. Es decir que los tribunales locales no deben limitarse a analizar si una ley es o no inconstitucional, sino que el poder judicial debe ejercer un control de convencionalidad entre las normas jurídicas internas y la Convención Americana.

1.2. Derecho nacional e internacional

Los Estados se manifiestan, en cuanto a la *creación del derecho*, tanto en la esfera interna como en la internacional, dada la existencia de *dos sistemas* jurídicos distintos, que no se confunden. Es inevitable, entonces, que se establezcan relaciones entre uno y otro.

El *derecho internacional* se nutre de un principio fundamental: *la superioridad o supremacía del derecho internacional* sobre el derecho interno. A tal efecto, el derecho internacional público tiene bien establecido:

- Los Estados están obligados a *introducir en su legislación interna* las modificaciones que fueren necesarias para asegurar la ejecución de los compromisos internacionales válidamente contraídos.
- Los Estados *no pueden invocar su legislación interna* para hacerla prevalecer y así descartar la aplicación de una norma jurídica internacional; ni siquiera invocando su derecho interno fundamental: la constitución.
- Los Estados *no pueden modificar* por su derecho interno *el derecho internacional*, porque están sometidos a él.

Pero todo depende del modo en que los órganos del Estado hayan establecido la integración de las normas internacionales por su derecho interno.

Al respecto, se plantean, fundamentalmente, *tres problemas: recepción, jerarquía y aplicación*.

1.2.1. La recepción de los tratados internacionales en el orden interno

Los sistemas jurídicos internos, en cuanto a la recepción de los tratados y el resto del derecho internacional, en su momento se clasificaron en dos grupos:

- Por la teoría dualista, el derecho internacional y el derecho interno son ordenamientos jurídicos distintos, con fuentes distintas y con destinatarios también distintos. No hay, por tanto, posibilidad de conflicto entre ellos. Los sistemas *dualistas* no permiten la aplicación de los tratados internacionales por los órganos del Estado mientras que por un acto de recepción formal no hayan sido *transformados* en normativa interna.
- Las teorías monistas rechazan la existencia de dos órdenes jurídicos distintos. Los sistemas *monistas* practican la *recepción automática* de los tratados internacionales, pues los consideran parte del ordenamiento jurídico interno una vez obligatorios en el plano internacional y vinculantes para el Estado en cuestión. Así, la repercusión en el orden jurídico interno de normas convencionales se hace a título de vigencia plena y no a título de transformación material en derecho interno.

Pero los países con sus criterios de soberanía fueron enriqueciendo las ideas, y las situaciones fueron cambiando. Ya la distinción no refleja de manera fidedigna cómo los Estados incorporan en la actualidad el derecho internacional en su derecho interno.

Si bien la efectividad y eficacia del derecho internacional depende, en gran medida, de la forma en que los ordenamientos jurídicos internos se conformen a las normas internacionales y les den efecto, el concepto de *globalización* sintetiza el actual estado de cosas y determina una transnacionalización e integración mundial que constituyen un telón de fondo contra el cual se comprueba el acomodamiento y la efectividad del derecho internacional y de sus instituciones.

El nuevo derecho internacional presenta un lineamiento o plan de acción para la vida en sociedad. Se ha convertido en un *cuerpo multifacético de normas* que permea todos los campos de la vida, donde sea que actúen los Gobiernos para promover un propósito común y constituye ahora un ordenamiento común para la humanidad toda. El entendimiento tradicional en cuanto a que el derecho internacional y el derecho interno tratan mayormente de asuntos diferentes se reemplaza por uno en el cual ambos se dirigen fundamentalmente hacia las mismas cuestiones. No hay esferas separadas, sino más bien integradas, un sistema con múltiples capas. Es así como el derecho internacional ya no se dirige a las formas sino al fondo; es, en sustancia, un derecho internacional de los derechos humanos que afecta la estructura profunda del sistema jurídico. La comunidad internacional se mueve desde un mundo centrado en la soberanía hacia uno orientado a los valores o al individuo. El Estado debe aceptar convivir en una relación simbiótica e interdependiente con instituciones de la comunidad internacional a nivel regional y universal.

El derecho internacional contemporáneo ya no tiene solamente la función de regular relaciones entre los Estados, sino que se ocupa de materias cuya regulación correspondía en el pasado al derecho interno. Por ejemplo, en materia de derechos humanos, los Estados no poseen una esfera de competencia absoluta porque la comunidad internacional reconoce hoy en día la existencia de valores o bienes jurídicos universales cuya promoción y protección trascienden la competencia propia de un Estado particular. En otros términos, la violación de los derechos y las libertades fundamentales de la persona humana interesa a toda la comunidad internacional y, de acuerdo con el derecho internacional contemporáneo, tales violaciones están sujetas a la acción colectiva de los Estados.

Esto se debe a que el derecho internacional se ha visto enriquecido con la irrupción del individuo en el plano internacional, a tal punto que es posible afirmar que de un derecho internacional centrado en los Estados, hoy contamos con un derecho centrado en los individuos, dado que los derechos humanos constituyen valores universales.

1.2.2. La jerarquía de los tratados internacionales en el orden interno

Para el *derecho internacional público*, las *normas internacionales priman* sobre cualquier ley. Pese a que, en general, los Estados han reconocido, en un plano internacional, la superioridad del derecho internacional público, no todos ubican las normas internacionales en la cima del sistema jurídico interno.

- Existen ordenamientos jurídicos que colocan al derecho internacional público en la *cúspide* de la jerarquía normativa, asignándole un rango incluso *supraconstitucional*;
- otros, sin embargo, si bien le atribuyen un valor *superior* al de su legislación ordinaria, lo clasifican por debajo de la constitución;
- y existen los que asignan al derecho internacional público un rango *equivalente* al de su legislación nacional.

1.2.3. La aplicación o ejecución de los tratados en el orden interno

La aplicación de los tratados en el orden interno plantea, fundamentalmente, un *problema* relacionado con la *aplicabilidad directa o no* del tratado, ya que los tratados internacionales pueden clasificarse en tratados *self-executing* y *non self-executing*. Los primeros son aquellos “cuyas cláusulas son lo *suficientemente precisas* como para *permitir su aplicación* directa por el juez y otros operadores jurídicos de derecho interno”; los segundos *necesitan de leyes* o actos reglamentarios internos para ser operativos.

Por ejemplo, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966 establece expresamente su carácter *programático*, obligando a los Estados a actuar para lograr *progresivamente* la adopción de medidas tendientes a la plena efectividad de los derechos reconocidos.

1.2.4. La recepción de la costumbre internacional en el orden interno

De las constituciones que explícitamente incorporan las normas de *derecho internacional general* en el ordenamiento jurídico interno (hay mayoría en Estados occidentales), muchas consagran específicamente su recepción automática.

Según los derechos internos que siguen este modelo, una vez conformada en el plano internacional una costumbre oponible al Estado, esta pasa automáticamente a formar parte del derecho interno.

1.2.5. La jerarquía de la costumbre internacional en el orden interno

Algunos Estados se inclinan por asignar a la costumbre *rango de ley*; mientras que otros la consideran *supralegal*.

Para el derecho internacional, el *incumplimiento* de una norma consuetudinaria es un *hecho ilícito internacional*, sin que quepa justificarlo con argumentos de derecho interno.

1.2.6. La aplicación o ejecución de la costumbre internacional en el orden interno

La *ejecución* de costumbres por los órganos internos del Estado no es frecuente ni fácil, pues implica dejar *inaplicadas las leyes internas* que contradigan una costumbre internacional. Además, su naturaleza no escrita dificulta un grado de concreción y precisión suficientes para su aplicación directa e inmediata.

2. La relación entre el derecho internacional y el derecho interno en el ordenamiento jurídico interamericano

En principio, correspondería a los jueces una doble tarea de control de constitucionalidad y de convencionalidad, pero todo depende del propio sistema jurídico.

2.1. La función de los jueces en el control de constitucionalidad

El control de constitucionalidad constituye la principal herramienta del control del poder estatal, un presupuesto básico del equilibrio de poderes y una garantía de la supremacía constitucional. De ahí la importancia de determinar los límites con que debe ser ejercido, dado que un exceso o defecto alteraría aquellas características.

Un *tribunal* o *corte constitucional* –cualquiera sea su denominación– es aquel órgano que tiene a su cargo, principalmente, hacer efectiva la primacía de la constitución. Tiene la atribución de revisar la adecuación de las leyes a la constitución, realizando un examen de constitucionalidad de tales actos.

La interpretación de la constitución y su inevitable correlato, la interpretación constitucional de la ley, es realizada por *todos los órganos jurisdiccionales*. Es así siempre, pues al tener que aplicar la ley, los jueces necesariamente hacen un primer examen: si

la ponderan constitucional, la aplican; de lo contrario, ingresan en el procedimiento propio de la declaración de constitucionalidad/inconstitucionalidad, sea su declaración (sistema *difuso*) o el planteo o elevación del tema al tribunal constitucional (sistema *concentrado*). Además, de las varias interpretaciones posibles, si es admisible, los jueces atribuyen a la norma una interpretación constitucionalmente adecuada o conforme. Lo único que les está vedado es –en el sistema *concentrado*– anular o inaplicar la ley por razón de su inconstitucionalidad, puesto que ello le está reservado exclusivamente al tribunal constitucional.

2.2. El juez en el ámbito internacional, especialmente en un sistema de control difuso

De acuerdo con el voto razonado del juez *ad hoc* Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot en relación con la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México (26-11-10), la doctrina del “control de convencionalidad” surge en el año 2006, en el caso Almonacid Arellano vs. Chile. Dice este juez que la obligación legislativa del artículo 2 de la Convención tiene la finalidad de facilitar la función del poder judicial de tal forma que el aplicador de la ley tenga una opción clara de cómo resolver un caso particular. Sin embargo, cuando el *poder legislativo falla* en su tarea, el *poder judicial* permanece *vinculado al deber de garantía* establecido en el artículo 1.1 de la Convención y, consecuentemente, debe abstenerse de aplicar cualquier normativa contraria a ella. El *cumplimiento* por parte de agentes o funcionarios del Estado *de una ley violatoria de la Convención* produce *responsabilidad internacional del Estado*, porque todo Estado es internacionalmente responsable por actos u omisiones de cualquiera de sus poderes u órganos en violación de los derechos internacionalmente consagrados en la Convención Americana.

La Corte Interamericana es consciente de que los *jueces* y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, *están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento* jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el *poder judicial debe ejercer una especie de “control de convencionalidad”* entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el poder judicial debe tener en cuenta *no solamente el tratado, sino también la interpretación* que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, *intérprete última* de la Convención Americana.

Se trata de un “*control difuso de convencionalidad*”, debido a que *debe ser ejercido por todos los jueces nacionales*. Se advierte claramente una “*internacionalización del derecho constitucional*”, particularmente al trasladar las “*garantías constitucionales*” como instrumentos procesales para la tutela de los derechos fundamentales y *salvaguarda de la*

“supremacía constitucional”, a las “garantías convencionales” como mecanismos para la tutela de los derechos humanos previstos en los pactos internacionales cuando aquellos no han sido suficientes, por lo que de alguna manera se configura también una “supremacía convencional”.

Una de las manifestaciones de este proceso de “internacionalización” de categorías constitucionales es, precisamente, la *concepción difusa de convencionalidad*, ya que parte de la arraigada connotación del “control difuso de constitucionalidad”. El “control concentrado de convencionalidad” venía siendo realizado por la Corte IDH desde sus primeras sentencias, sometiendo a un examen de convencionalidad los actos y las normas de los Estados en un caso particular. Ahora se ha transformado en un “control difuso de convencionalidad” al extender dicho “control” a todos los jueces nacionales como un deber de actuación en el ámbito interno, si bien *conserva la Corte IDH su calidad de “intérprete última de la Convención Americana”*, cuando no se logre la eficaz tutela de los derechos humanos en el ámbito interno.

El “control difuso de convencionalidad” *convierte al juez nacional en juez interamericano*: en un primer y auténtico *guardián* de la Convención Americana y de la jurisprudencia de la Corte IDH que interpreta dicha normatividad. Tienen los jueces y órganos *nacionales* la importante misión de salvaguardar *no solo los derechos fundamentales* previstos en el ámbito interno, sino *también* el conjunto de valores, principios y derechos humanos que el Estado ha reconocido en los *instrumentos internacionales* y cuyo compromiso internacional asumió. *Los jueces nacionales se convierten en los primeros intérpretes de la normatividad internacional*, si se considera el carácter *subsidiario, complementario y coadyuvante* de los órganos interamericanos con respecto a los previstos en el ámbito interno de los Estados americanos y la *nueva “misión”* que ahora tienen para salvaguardar el *corpus juris* interamericano a través de este nuevo “control”.

Este proceso evolutivo de recepción nacional del derecho internacional de los derechos humanos se manifiesta claramente en *reformas legislativas* trascendentales en los Estados nacionales, al incorporar diversas *cláusulas constitucionales* para recibir el influjo del derecho internacional. Así sucede con el reconocimiento de la *jerarquía constitucional* de los tratados internacionales de derechos humanos, o incluso aceptando su carácter de *supraconstitucionalidad* cuando resulten más favorables; o en cláusulas constitucionales para *interpretar* los derechos y las libertades “*conforme*” a los instrumentos internacionales en materia de derechos humanos, entre otros supuestos. De esta forma, *las normas convencionales adquieren carácter constitucional*.

El desarrollo descrito de *incorporación del derecho internacional de los derechos humanos en sede nacional* también se debe a las propias jurisdicciones domésticas, especialmente a las *altas jurisdicciones constitucionales*, que progresivamente han *privilegiado interpretaciones* dinámicas que favorecen y posibilitan la recepción de los derechos humanos previstos en los tratados internacionales. Se forma un *auténtico “bloque de constitucionalidad”*, que si bien *varía* de país a país, la tendencia es a *considerar* dentro del mismo no solo a los derechos humanos previstos en los *pactos internacionales*, sino también a la *jurisprudencia de la Corte IDH*. Así, en algunas ocasiones, el “bloque de

convencionalidad” queda subsumido en el “bloque de constitucionalidad”, por lo que al realizar el “control de constitucionalidad” también se efectúa “control de convencionalidad”.

Tribunales de la “más alta jerarquía” han aplicado y aceptado el “control de convencionalidad” considerando la jurisprudencia interamericana. Representa una manifestación clara de este interesante *proceso de “recepción nacional* del derecho internacional de los derechos humanos” y sin lugar a dudas “constituye uno de los *rasgos positivos sobresalientes* en la hora actual, que conviene reconocer, sostener y acrecentar”.

Al respecto, en la sentencia que motiva el presente voto razonado se transcriben pasajes de diversos fallos de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de *Costa Rica*, del Tribunal Constitucional de *Bolivia*, de la Corte Suprema de Justicia de *República Dominicana*, del Tribunal Constitucional del *Perú*, de la Corte Suprema de Justicia de la Nación de *Argentina* y de la Corte Constitucional de *Colombia*.

Algunos de los criterios fueron adoptados *con anterioridad a la creación pretoriana del “control de convencionalidad”* en el caso *Almonacid Arellano vs. Chile* de 2006, como sucedió con los precedentes de Argentina (2004), Costa Rica (1995), Colombia (2000), República Dominicana (2003) o Perú (2006). Resulta evidente que *la Corte IDH crea la doctrina del “control difuso de convencionalidad”* advirtiendo la *tendencia de la “constitucionalización”* o, si se prefiere, “*nacionalización*” del “derecho internacional de los derechos humanos” y particularmente la aceptación de su *jurisprudencia* convencional como *elemento “hermenéutico”* y de “control” de la normatividad interna por parte de los propios tribunales internos; es decir, *la Corte IDH recibió el influjo* de la práctica jurisprudencial de los jueces nacionales para crear la nueva doctrina sobre el “control difuso de convencionalidad”.

A su vez, se advierte que varias altas jurisdicciones nacionales incorporaron los parámetros del “control difuso de convencionalidad” debido al reconocimiento de la jurisprudencia de la Corte IDH a partir de la creación de dicha doctrina en el año 2006. *Especial mención* es el trascendental precedente de la Corte Suprema de Justicia de Argentina del año 2007 (caso *Mazzeo*), donde expresa el *deber del poder judicial local de ejercer el “control de convencionalidad”*.

Se produce un interesante *influjo entre la Corte IDH y las jurisdicciones nacionales* que propicia el “*diálogo jurisprudencial*”. Diálogo que incide en la debida articulación y *creación de estándares* en materia de protección de los derechos humanos en el continente americano o, por lo pronto, en América Latina. El *derecho internacional de los derechos humanos se conjuga con el derecho constitucional* o, si se prefiere, se *enlazan* el derecho constitucional internacional y el derecho internacional de los derechos humanos; lo anterior implica, necesariamente, una *capacitación y actualización permanente de los jueces nacionales* sobre la dinámica de la jurisprudencia convencional.

En efecto, la precisión de la doctrina relativa a que los jueces deben realizar “de oficio” el control de convencionalidad “*evidentemente en el marco de sus respectivas competencias* y de las regulaciones procesales correspondientes”, no puede interpretarse como limitante para ejercer el “control difuso de convencionalidad”, sino como una manera

de “graduar” la intensidad del mismo. Así, en los llamados *sistemas “difusos”* de control de constitucionalidad, donde todos los jueces tienen competencia para dejar de aplicar una ley al caso concreto por contravenir la constitución nacional, el *grado de “control de convencionalidad”* resulta de *mayor alcance*, al tener todos los jueces nacionales la *atribución de inaplicar* la norma inconvencional. Este supuesto es un grado intermedio de “control”, que operará *solo si no existe una posible “interpretación conforme”* de la normatividad nacional con el Pacto de San José (o de algunos otros tratados internacionales) y de la jurisprudencia convencional. A través de esta *“interpretación conforme” se salva la “convencionalidad”* de la norma interna. El *grado máximo de intensidad* del “control de convencionalidad” se puede realizar por las *altas jurisdicciones* constitucionales (normalmente, los últimos intérpretes constitucionales en un determinado sistema jurídico).

En cambio, el grado de intensidad del “control difuso de convencionalidad” *disminuirá* en aquellos sistemas donde *no se permite el “control difuso de constitucionalidad”* y, por consiguiente, no todos los jueces tienen la facultad de dejar de aplicar una ley al caso concreto. En estos supuestos es evidente que los jueces que carecen de tal competencia ejercerán el “control difuso de convencionalidad” con menor intensidad, *sin que ello signifique que no puedan realizarlo “en el marco de sus respectivas competencias”*. Lo anterior implica que *no podrán dejar de aplicar* la norma (al no tener esa *potestad*), debiendo, en todo caso, realizar una *“interpretación convencional”* de la misma, es decir, efectuar una *“interpretación conforme”*, no solo a la *constitución nacional*, sino también a la Convención Americana y a la *jurisprudencia convencional*. Esta interpretación requiere una *actividad creativa para lograr la compatibilidad* de la norma nacional conforme al parámetro convencional y así lograr la efectividad del derecho o libertad de que se trate.

En caso de *incompatibilidad absoluta*, donde no exista “interpretación convencional” posible, si el juez *carece de facultades* para desaplicar la norma, se limitará a *señalar la inconvencionalidad* de la misma o, en su caso, *“plantear la duda de inconvencionalidad”* ante otros órganos jurisdiccionales competentes dentro del mismo sistema jurídico nacional.

La doctrina del *“control difuso de convencionalidad”* pareciera que fue adoptada por la Corte IDH en un *proceso evolutivo* de la referida “internacionalización”. Por otra parte, el influjo que *a partir de 2006* imprime el Tribunal Interamericano para *“irradiar” su jurisprudencia* y, por tanto, lograr la recepción nacional de los estándares internacionales en los Estados parte de la Convención Americana, produce una intensidad y profundidad de la “nacionalización” o “constitucionalización” del derecho internacional de los derechos humanos, como lo demuestra la recepción de dicha doctrina por las altas jurisdicciones nacionales.

En definitiva, la *trascendencia de la nueva doctrina* sobre el “control difuso de convencionalidad” es de tal *magnitud*, que probablemente en ella descansa el *futuro del Sistema Interamericano de protección de los derechos humanos* y, a su vez, contribuirá al *desarrollo constitucional y democrático* de los Estados nacionales de la región. La construcción de un *auténtico “diálogo jurisprudencial”* –entre los *jueces nacionales y los interamericanos*–, seguramente, se convertirá en el *nuevo referente jurisdiccional* para la efectividad de los derechos humanos en el siglo XXI. Ahí descansa el porvenir: en un punto de conver-

gencia en materia de *derechos humanos para establecer un auténtico ius constitutionale commune* en las Américas.

3. La relación entre el derecho internacional y el derecho interno en el ordenamiento jurídico argentino

En el ordenamiento jurídico argentino, tanto la *Constitución* nacional como la *jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia* brindan la solución a los problemas de *recepción* de las normas generadas en el ámbito internacional, de *jerarquía* entre las normas del derecho internacional y las del derecho interno y de *aplicación* o *ejecución* de la normativa.

3.1. Contexto de la Constitución argentina

Las disposiciones que obligan al Estado argentino se incorporan al ordenamiento interno, sean tratados (*art. 31*) o costumbre (*art. 118*, referente al *derecho de gentes*), en estos términos:

Art. 31: Esta constitución, las leyes de la nación que en su consecuencia se dicten por el Congreso y *los tratados con las potencias extranjeras son la ley suprema* de la nación; y las autoridades de cada provincia están obligadas a conformarse a ella, no obstante cualquiera disposición en contrario que contengan las leyes o constituciones provinciales [...].

Art. 118: *Todos los juicios criminales ordinarios*, [...] se terminarán por jurados, luego que se establezca en la República esta institución. La actuación de estos juicios se hará en la misma provincia donde se hubiere cometido el delito; pero *cuando éste se cometa fuera de los límites de la nación, contra el derecho de gentes*, el Congreso determinará por una ley especial el lugar en que haya de seguirse el juicio.

Por otra parte, de acuerdo con el artículo 27 de la norma fundamental, los *principios de derecho público* establecidos en la Constitución nacional tienen una *jerarquía superior a los tratados* internacionales desde el momento en que todo acuerdo del que sea parte la Argentina debe estar en “*conformidad*” con ellos. En forma implícita, esta jerarquía superior *también* es aplicable a las *normas consuetudinarias*, a los *principios generales* de derecho y al derecho surgido en la *integración*.

En este sentido, con la reforma constitucional de 1994, se incorporó una *distinción* según sea la *materia de las reglas internacionales*. Así, se dispuso como principio general la *superioridad de todos los tratados internacionales* en vigor para la Argentina *respecto de las leyes* nacionales y de los ordenamientos provinciales (art. 75.22, segundo párrafo). Sin embargo, se distinguen *diferentes supuestos* de prelación entre instrumentos llamados a integrar el derecho interno según se refieran al *derecho internacional de los derechos humanos*, a los *demás* acuerdos internacionales y al derecho de la integración.

El art. 75 inciso 22, de la Carta Magna le otorga *jerarquía constitucional* a una serie de instrumentos internacionales nombrados explícitamente, cuyo ámbito de validez material son los *derechos humanos*. Así, entre las atribuciones del Congreso, establece lo siguiente:

Aprobar o desechar los tratados concluidos con las demás naciones, y con las organizaciones internacionales y los concordatos con la Santa Sede. Los tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes.

La Declaración *Americana* de los Derechos y Deberes del Hombre; la Declaración *Universal* de Derechos Humanos; la Convención *Americana* sobre Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos *Económicos, Sociales y Culturales*; el Pacto Internacional de Derechos *Civiles y Políticos* 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; la Convención sobre los Derechos del *Niño*; *en las condiciones de su vigencia, tienen jerarquía constitucional, no derogan artículo alguno de la primera parte de esta constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos. Sólo podrán ser denunciados, en su caso, por el poder ejecutivo nacional, previa aprobación de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara.*

Los demás tratados y convenciones *sobre derechos humanos*, luego de ser aprobados por el Congreso, requerirán del voto de las *dos terceras partes* de la totalidad de los miembros de cada Cámara para gozar de la *jerarquía constitucional*.

Con posterioridad, se incorporaron mediante este procedimiento otras convenciones al texto constitucional: la Convención Interamericana sobre la *Desaparición Forzada* de Personas (1997) y la Convención sobre la *Imprescriptibilidad* de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad (2003).

Además, y específicamente referido a la integración, el *inciso 24* del mismo artículo 75 agrega otra precisión referida a la jerarquía de la normativa internacional y supranacional, al establecer la *superioridad del derecho de la integración respecto de las leyes nacionales y de los ordenamientos provinciales*, al indicar que asimismo corresponde al Congreso de la Nación:

Aprobar tratados de integración que deleguen competencias y jurisdicción a organizaciones supraestatales en condiciones de reciprocidad e igualdad, y que respeten el orden democrático y los derechos humanos. Las normas dictadas en su consecuencia tienen jerarquía superior a las leyes.

La aprobación de estos tratados con Estados de Latinoamérica requerirá la *mayoría absoluta* de la totalidad de los miembros de cada Cámara. En el caso de *tratados con otros*

Estados, el Congreso de la Nación, con la mayoría absoluta de los miembros presentes de cada Cámara, declarará la *conveniencia* de la aprobación del tratado y solo podrá ser aprobado con el voto de la *mayoría absoluta* de la totalidad de los miembros de cada Cámara, después de ciento veinte días del acto declarativo.

La *denuncia* de los tratados referidos a este inciso, exigirá la previa aprobación de la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cada Cámara.

Es decir que, en este caso, esa superioridad está *condicionada a la existencia de reciprocidad* en las relaciones entre los Estados parte del proceso de integración, y de *igualdad* entre las personas físicas y jurídicas que tienen la sede de sus negocios en estos Estados, así como también de régimen democrático interno.

Este inciso prevé no solo la *delegación* de poderes normativos y ejecutivos a *órganos supraestatales*, sino que habilita la cesión de atribuciones jurisdiccionales.

En definitiva, los tratados en vigor para la Argentina:

- integran el derecho interno;
- en *derechos humanos*, gozan de jerarquía *equivalente* a la Carta fundamental;
- los restantes tienen *jerarquía inferior a los principios de derecho público contenidos en la Constitución nacional* y superior a las demás normas del ordenamiento nacional o de los ordenamientos provinciales;
- ha de tenerse en cuenta que los tratados pueden contener normas que sean *operativas* y normas que sean *programáticas*.

En suma, de acuerdo con los mencionados incisos del artículo 75, cabe diferenciar *tres tipos de normativa*:

- los acuerdos de *derechos humanos*
- los convenios *internacionales en general* y
- los que nacen en el marco de la *integración*

3.1.1. Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina

En Argentina, la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina es el tribunal constitucional y el principal y supremo tribunal de la república. Del conjunto de decisiones de la Corte Suprema (CS) sobre la materia se puede extraer la interpretación dada en el país a las relaciones entre estos diversos órdenes de derecho.

3.1.1.1. La costumbre

Los casos más antiguos de la *jurisprudencia* de la Corte Suprema, en tendencia que ha *continuado* a lo largo del tiempo, se refirieron a la aceptación inmediata, directa y *sin necesidad de una aprobación específica, de todo lo relativo al derecho internacional*

consuetudinario (la Constitución nacional –aunque con reformas cruciales– en este aspecto es de 1853, la cuarta más antigua entre las que se hallan en vigencia).

- 1865. *Marín c/ Matienzo* (Fallos 2:46). La Corte Suprema no tiene competencia para conocer de causas civiles contra los ministros diplomáticos, sino en los casos autorizados por el *derecho de gentes*.
- 1869. *Gómez, Avelino* (Fallos 7:282). Los tribunales nacionales deben aplicar a los casos en que conocen, no solo la Constitución y las leyes, sino también los *principios del derecho de gentes*.

3.1.1.2. *Los tratados*

Debido a la incorporación que acaba de verse, cabe considerar el tema antes y después de la relevante reforma constitucional de 1994.

3.1.1.2.1. *Antes de la reforma constitucional de 1994*

Ya se les daba carácter operativo o *self-executing*.

- 1984. *Ponzetti de Balbín* (Fallos: 306:1892). Ante la publicación por la prensa y en portada de una revista de la fotografía de un hombre público tomada subrepticamente la víspera de su muerte en la sala de terapia intensiva, la cuestión a decidir era si la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica) sobre *privacidad* –aun enfrentada con la libertad de prensa– podría ser aplicada judicialmente, no obstante la *ausencia de normas internas* que la regularan, y la CS decidió a favor de su aplicación directa o inmediatamente operativa.
- 1992. *Ekmekdjian c/Sofovich* (Fallos: 315:1492). En el caso, el demandante se sentía lesionado en sus *sentimientos religiosos por expresiones vertidas en un programa televisivo* y por ende solicitaba, con sustento en el artículo 14 del Pacto de San José de Costa Rica, que se condenara *a leer una carta en respuesta*. La CS consideró el *derecho de rectificación o respuesta*, y posibilitó la *operatividad de una cláusula* contenida en un tratado internacional, de *jerarquía superior* al derecho interno. Aclaró la Corte que la *violación de un tratado* internacional puede acaecer tanto por el *establecimiento* de normas internas que prescriban una conducta manifestamente *contraria*, cuanto por la *omisión* de establecer disposiciones que hagan posible su *cumplimiento*.

Además de la supremacía de los tratados internacionales por sobre las normas del derecho interno, se consagró que “la *interpretación* del Pacto de San José de Costa Rica debe guiarse por la *jurisprudencia de la Corte Interamericana* de Derechos Humanos”.

3.1.1.2.2. Después de la reforma constitucional de 1994

El criterio jurisprudencial formulado respecto a la *superioridad* de los tratados fue *recibido en la reforma constitucional de 1994*. Es decir que hubo una alimentación recíproca entre la jurisprudencia y la Constitución. La aplicación de los tratados de derechos humanos, especialmente la *Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica)*, siguió con tales precedentes y se reforzó por el carácter de integrante del *bloque constitucional de garantías*, superior a los demás tratados.

Así se dictaron los siguientes fallos relevantes:

3.1.1.2.2.1. Arancibia Clavel (24-08-2004)

Se trata de un homicidio calificado y asociación ilícita cometidos en Argentina por un chileno miembro de la Dirección de Inteligencia Nacional (DINA) dependiente del gobierno militar *de facto* de Chile. En el caso, se hallaba controvertida la *prescriptibilidad de los crímenes de lesa humanidad*. El imputado estaba acusado como partícipe necesario del homicidio –agravado por el uso de explosivos y por el concurso de dos o más personas– del matrimonio Prats Cuthbert y como autor de la conducta consistente en pertenecer a una asociación ilícita integrada por diez o más individuos con organización de tipo militar y compuesta por oficiales o suboficiales de las fuerzas armadas.

El tribunal más alto de la Argentina tuvo oportunidad de *reafirmar* principios anteriores a la reforma de la Carta Magna, ante la *posterior incorporación internacional* de los tratados con *rango constitucional*. Así, entendió que en la causa se hallaba demostrada una conducta que importaba un *crimen de lesa humanidad*, dado que el imputado formaba parte de una agrupación destinada a perseguir a los opositores políticos de un gobierno de facto por medio de *homicidios, desaparición forzada de personas y tormentos, con aquiescencia de funcionarios estatales*. Tales conductas constituyen violación de los derechos reconocidos por la Convención sobre la *Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra* y de los Crímenes de *Lesá Humanidad*, que los Estados parte están obligados a proteger y garantizar. La Corte dijo que los delitos como el *genocidio*, la *tortura*, la *desaparición forzada* de personas, el *homicidio* y cualquier otro tipo de actos dirigidos a *perseguir y exterminar a opositores políticos*, entre los que se debe contar el formar parte de un grupo destinado a llevar adelante esta persecución, pueden ser considerados crímenes contra la humanidad, porque atentan contra el *derecho de gentes*, tal como lo dispone el artículo 118 de la Constitución nacional y que, por lo tanto, resultan imprescriptibles.

Agregó que, así como es posible afirmar que *la costumbre internacional ya consideraba imprescriptibles los crímenes contra la humanidad con anterioridad a la Convención*, también esta *costumbre era materia común del derecho internacional con anterioridad a la incorporación (formal) al derecho interno*. De otro lado –añadió–, las cláusulas de los tratados modernos gozan de la *presunción de su operatividad* por ser, en su mayoría, claras y completas para su directa aplicación por los Estados parte, sin necesidad de una implementación directa. Este caso presenta, de tal modo, la particularidad de haber tornado

operativo un acuerdo internacional que fue incorporado con *jerarquía constitucional*, con posterioridad no solo a la reforma de 1994 –ya que dicha Convención adquirió tal carácter por ley del Congreso del año 2003–, sino, además, por estar referido a hechos acaecidos con anterioridad a tal incorporación.

3.1.1.2.2.2. Simón (14-6-2005)

La Corte Suprema declaró la *inconstitucionalidad de las leyes de obediencia debida y punto final* (denominación específica de ciertas leyes de amnistía o impunidad), así como de cualquier otro acto fundado en ellas que pudiera oponerse al avance de los procesos que se instruyeran o al juzgamiento y eventual condena de los responsables, u obstaculizar en forma alguna las investigaciones llevadas a cabo por los canales procedentes y en el ámbito de sus respectivas competencias, por crímenes de lesa humanidad cometidos en el territorio de la nación argentina.

En su calidad de miembro de la *Policía Federal Argentina* e integrante de un grupo de tareas que dependía del Primer Cuerpo del *Ejército Argentino* y que formaba parte del sistema clandestino de represión (1976-1983), el imputado *secuestró*, junto a otros funcionarios de las fuerzas de seguridad fuertemente armados, a José Liborio Poblete, quien era *lisiado de ambas piernas* y se movilizaba en *silla de ruedas*, luego *secuestró a la esposa* (junto con la pequeña *hija* de ambos), quien fue *capturada en su domicilio*. Los secuestrados eran *adherentes al grupo político "Cristianos para la Liberación"*. Los *condujeron a un centro ilegal de detención* donde fueron *torturados* por Julio Héctor Simón e interrogados. Entre los métodos de tortura utilizados contra ambos se encontraba la *"picana eléctrica"*, la aplicación de *golpes* con elementos contundentes como palos o gomas. Durante el tiempo que duró su cautiverio fueron sometidos a *vejámenes y malos tratos*; por ejemplo, a la mujer la arrastraron tomada de los pelos y desnuda, y a Poblete, a quien le *decían "cortito"*, *lo levantaban y lo soltaban desde lo alto* sabiendo que la *falta de miembros inferiores* le impediría evitar que se golpeará *contra el suelo*. Todo ello era realizado por el grupo de tareas que integraba Simón, con la participación activa de este, quien daba órdenes, custodiaba a los detenidos y permanecía en el centro de detención en forma estable.

En el caso, la Corte estableció que queda claro que la incorporación al orden interno de los tratados de derechos humanos se hace, tal como señala la Constitución (al referirse a sus *condiciones de aplicación*) a cómo son *efectivamente interpretados y aplicados en el ordenamiento internacional*, incluyendo, en su caso, la *jurisprudencia internacional relativa a esos tratados y las normas de derecho internacional consuetudinario reconocidas como complementarias por la práctica internacional pertinente*. La referencia a los tratados en la Constitución incluye su *efectiva vigencia en el derecho internacional como un todo sistemático*.

La Corte dijo que los Estados, y entre ellos la Argentina, han *reducido* grandemente el ámbito de su respectiva *jurisdicción interna* por vía de acuerdo con muchos tratados y declaraciones sobre derechos humanos y participado en la formación de un delineado

cuerpo de derecho consuetudinario internacional sobre derechos humanos; y en el caso *Barrios Altos*, vinculado con la República de Perú en el punto sobre “*incompatibilidad de leyes de amnistía con la Convención*”, la Corte Interamericana de Derechos Humanos expresó:

[S]on *inadmisibles* las disposiciones de *amnistía*, las disposiciones de *prescripción* y el establecimiento de *excluyentes de responsabilidad* que pretendan *impedir la investigación y sanción* de los responsables de las violaciones graves de los derechos humanos tales como la *tortura*, las *ejecuciones* sumarias, extralegales o arbitrarias y las *desapariciones forzadas*, todas ellas por contravenir *derechos inderogables reconocidos por el derecho internacional de los derechos humanos* [...], [...] como consecuencia de la manifiesta incompatibilidad con la Convención Americana sobre Derechos Humanos, las leyes de “punto final” y “obediencia debida” carecen de efectos jurídicos y no pueden seguir representando un *obstáculo para la investigación* de los hechos que constituyen este caso ni para la identificación y el castigo de los responsables.

De la conjunción de los principios mencionados, se determinó que toda vez que las leyes en cuestión apuntaban a *procurar impunidad* de los hechos por ellas contemplados, tenían vicios originarios derivados de su grave infracción tanto respecto del *derecho internacional de los derechos humanos que forma parte de nuestra Constitución nacional*, cuanto de las normas de nuestro orden interno.

El precedente ha sido *seguido por todos los tribunales del país* y se están *desarrollando los juicios* por las graves violaciones de los derechos humanos producidas durante la dictadura militar.

3.1.1.2.2.3. Mazzeo (13-7-2007)

Se decidió la *inconstitucionalidad* de un decreto del Poder Ejecutivo que dispuso un *indulto* por el mismo tipo de delitos. Se llegó así a la conclusión de que la Corte Suprema debía declarar que existía la *imposibilidad constitucional de indultar* a autores y partícipes de tal clase de delitos. Se sostuvo, en síntesis, que *por receptación del ius cogens*, del contenido de todos aquellos *tratados* firmados por el Estado argentino y conforme a la doctrina acuñada por la *Corte Interamericana* de Derechos Humanos, *no pueden quedar impunes actos aberrantes* y tampoco resulta posible dictar *normas internas que consagren dicha impunidad* o que siquiera estorben o impidan el esclarecimiento de los hechos y el castigo de sus responsables. Todos los *jueces* siguieron pacíficamente este precedente.

3.1.1.2.2.4. Espósito (por el hecho cometido en perjuicio de Bulacio) (23-12-2004)

Bulacio era un joven de 17 años que resultó *muerto* tras haber sido *golpeado en una comisaría*. La Policía Federal Argentina realizó una detención masiva o “*razzia*” de más

de ochenta personas en la ciudad de Buenos Aires, en las inmediaciones de un estadio donde se realizaba un concierto de música rock. Entre los detenidos se encontraba Walter David Bulacio, quien luego de su detención fue trasladado a la Comisaría, específicamente a la sala de menores de la misma. En este lugar fue golpeado por agentes policiales. Los detenidos fueron liberados progresivamente sin que se abriera causa penal en su contra y sin que conocieran, tampoco, el motivo de su detención. No se notificó al juez de Menores de turno, tal como lo requería la ley y, en el caso particular de Bulacio, tampoco se notificó a sus familiares. Durante su detención, los menores estuvieron bajo condiciones inadecuadas. El joven fue trasladado a un sanatorio. El *médico de guardia denunció* ante otra seccional de Policía que había *ingresado* “*un menor de edad con lesiones*” y, en consecuencia, se inició una *investigación por el delito de lesiones*. Pocos días después, la víctima *murió*.

Independientemente de la *discrepancia* que los ministros de la Corte pudiéramos tener con la sentencia de la *Corte Interamericana de Derechos Humanos*, el tribunal valoró que el rechazo del recurso tendría como efecto inmediato y directo la confirmación de la declaración de *prescripción de la acción penal*; que ello justamente contravendría lo decidido por la Corte Interamericana en su Sentencia del 18 de septiembre de 2003 en el caso *Bulacio vs. Argentina*, donde se declarara la *responsabilidad internacional del Estado argentino* –entre otros puntos– debido a la *deficiente tramitación del expediente* que ocupaba resolver.

La decisión internacional se había producido en el marco de un acuerdo de solución amistosa donde el Estado argentino había *reconocido* su responsabilidad internacional por la violación de los derechos humanos de Bulacio, derivada de un inapropiado ejercicio del deber de custodia y de una *detención ilegítima por incumplimientos procedimentales* del personal policial actuante.

El tribunal internacional sostuvo también que “son *inadmisibles* las disposiciones de prescripción o cualquier obstáculo de derecho interno mediante el cual se *pretenda impedir la investigación y sanción* de los responsables de las violaciones de derechos humanos”, de manera tal que si se *declarara extinguida por prescripción* la acción penal resultaría *lesiva del derecho reconocido en este caso a las víctimas* a la protección judicial, y daría *origen, nuevamente, a la responsabilidad internacional del Estado argentino*.

Afirmé entonces que aun cuando en la decisión de la Corte Interamericana se hubieran considerado –entre otros elementos– hechos reconocidos por el Gobierno argentino en el marco de un procedimiento de derecho internacional del que no participó el acusado, resultaba un deber insoslayable de esta Corte, como parte del Estado argentino, y en el marco de su potestad jurisdiccional, *cumplir con los deberes impuestos al Estado por la jurisdicción internacional en materia de derechos humanos*.

La *Corte Interamericana*, en Bulacio, se refirió en concreto a otras formas de *reparación –de índole no pecuniaria–* que compete adoptar al Estado argentino frente al reconocimiento de responsabilidad efectuado; y la Corte Suprema de Justicia de la nación cumplió con el fallo.

En suma, en este caso, el más alto tribunal argentino consagró que la decisión de la Corte Interamericana en el concreto juicio resulta de *cumplimiento obligatorio para el Estado argentino* (art. 68.1, CADH), por lo cual también esta Corte, *en principio, debe subordinar* el contenido de sus decisiones a las de dicho tribunal internacional.

4. Conclusión

La Corte argentina hizo evidente la *supremacía del derecho internacional de los derechos humanos*, al que queda subordinado el derecho nacional o interno en el sistema jurídico argentino. Y ello, en el propio caso fallado en la Corte Interamericana a modo de cosa juzgada, debía hacerse preferentemente *en especie* y no por vía de la responsabilidad *reparatoria* de daños y perjuicios al modo de una indemnización civil.

En definitiva, los tratados en vigor para la Argentina

- integran el derecho interno,
- en *derechos humanos* gozan de jerarquía *equivalente* a la carta fundamental,
- los restantes tienen *jerarquía inferior a los principios de derecho público contenidos en la Constitución nacional*
- y superior a las demás normas del ordenamiento nacional o de los ordenamientos provinciales.

Esperamos contribuir así en la medida de un grano de arena al futuro del sistema interamericano y al diálogo jurisprudencial entre jueces a fin de poder establecer el *ius constitutionale commune* de las Américas en materia de derechos humanos.

Bibliografía

- CARTA DE LAS NACIONES UNIDAS Y ESTATUTO DE LA CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA, adoptada el 26 de julio de 1945, entrada en vigor el 24 de octubre de 1945, United Nations, Department of Public Information.
- CONSTITUCIÓN DE LA NACIÓN ARGENTINA, 22 de agosto de 1994.
- CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS (Pacto de San José), adoptada el 22 de noviembre de 1969, entrada en vigor el 18 de julio de 1978, Serie sobre Tratados, OEA, núm. 36.
- CONVENCIÓN DE VIENA SOBRE EL DERECHO DE LOS TRATADOS, adoptada el 23 de mayo de 1969, entrada en vigor el 27 de enero de 1980, U.N. Doc A/CONF.39/27 (1969), 1155 U.N.T.S. 331.
- CONVENCIÓN INTERAMERICANA SOBRE DESAPARICIÓN FORZADA DE PERSONAS, adoptada el 9 de junio de 1994, entrada en vigor el 28 de marzo de 1996, Serie sobre Tratados, OEA. Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad, adoptada el 26 de noviembre de 1968, entrada en vigor el 11

de noviembre de 1970, Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, Almonacid Arellano y otros vs. Chile, Sentencia de 26 de septiembre de 2006, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas.

_____, Cabrera García y Manuel Flores vs. México, Sentencia de 26 de noviembre de 2010, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE ARGENTINA, Ekmekdjian c/Sofovich, 1992, Fallos 315:1492.

_____, Ponzetti de Balbín, 1984, Fallos 306:1892.

_____, Espósito, 2004, Expediente E. 224. XXXIX. REX.

_____, Fallo Arancibia Clavel, Enrique L., 24 de agosto de 2004, Expediente A. 123. XLVI. RHE.

_____, Simón, 2005, Expediente S. 1767. XXXVIII. RHE.

_____, Gómez, Avelino, 1869, Fallos 7:282.

_____, Marín c/Matienzo, 1865, Fallos 2:46.

_____, Mazzeo, 2007, expediente M. 2333. XLII. REX.

OFICINA DEL ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS DERECHOS HUMANOS, Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, adoptado el 16 de diciembre de 1966, entrado en vigor el 3 de enero de 1976.

Jorge T. Larrieux* (Uruguay)

Diálogo jurisprudencial entre la justicia nacional y las cortes internacionales

RESUMEN

Este artículo refiere a la experiencia de Uruguay en materia de justicia transicional y es continuación del publicado en el *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano 2013*, motivado por la Resolución de la Corte IDH del 20 de marzo de 2013 sobre "Supervisión de cumplimiento" de la sentencia del caso Gelman vs. Uruguay, publicada también en el mismo *Anuario*.

Palabras clave: diálogo jurisprudencial, derecho constitucional, justicia transicional, Corte Interamericana de Derechos Humanos, supervisión de cumplimiento, prescripción.

ZUSAMMENFASSUNG

Der Artikel befasst sich mit den Erfahrungen Uruguays auf dem Gebiet der Übergangsgerechtigkeit und stellt eine Fortsetzung des Beitrags im *Jahrbuch des Lateinamerikanischen Verfassungsrechts 2013* dar. Auslöser ist der Beschluss des Interamerikanischen Gerichtshofs für Menschenrechte vom 20. März 2013 zur „Kontrolle der Umsetzung“ des Urteils im Fall Gelman gegen Uruguay, der ebenfalls im *Jahrbuch* veröffentlicht wurde.

Schlagwörter: Rechtsprechungsdialog, Verfassungsrecht, Übergangsgerechtigkeit, Interamerikanischer Gerichtshof für Menschenrechte, Kontrolle der Umsetzung, Verjährung.

ABSTRACT

This article paper analyzes the Uruguayan experience of transitional justice and is a continuation of an article which was published in the *Anuario de Derecho Constitucional*

* Doctor en Derecho y Ciencias Sociales. Magistrado de carrera con 34 años de antigüedad en el Poder Judicial de Uruguay, ministro de la Suprema Corte de Justicia desde abril de 2008. seclarrieux@poderjudicial.gub.uy.

Latinoamericano 2013 (Yearbook of Latin American Constitutional Law 2013) and was prompted by the IACHPR Resolution issued on March 20, 2013, regarding the “supervision of compliance” of the judgment in the Gelman vs. Uruguay case, a ruling which was also published in the same *Anuario* or Yearbook.

Keywords: Jurisprudential dialogue, constitutional law, transitional justice, Inter-American Court of Human Rights, supervision of compliance, statute of limitations.

1.

Desde mi participación en estos encuentros, allá por el año 2008 en Honduras, pude percibir el interés de la Fundación Konrad Adenauer en fomentar el diálogo entre tribunales y salas constitucionales. Ahora, desde el *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano 2013*, se introduce formalmente una sección sabiamente titulada para el caso como “Intentos de un diálogo jurisprudencial en el Uruguay a partir del caso Gelman”, que implica el análisis del derecho internacional de los derechos humanos en la óptica de la jurisprudencia nacional y de las cortes internacionales, en este caso, la Suprema Corte de Justicia de Uruguay y la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

2.

El diálogo es la forma oral o escrita en que se comunican dos o más personajes en un intercambio o relación de comunicación, ya sea de información o pensamiento.

Y el refranero popular nos advierte en un par de dichos: “No hay peor sordo que el que no quiere oír”, significando que resultan inútiles las razones con que se intenta persuadir al que con tenacidad y malicia no quiere atender las razones del otro. La otra expresión es “diálogo de sordos”, esto es, conversaciones en que ninguno de los interlocutores parece escuchar al otro. La única forma de encarar un diálogo jurisprudencial entre cortes nacionales e internacionales es el “dar y recibir” con buena fe y deferencia recíproca.

La globalización creciente, la interpenetración del derecho internacional en el derecho interno, el acceso inmediato a la información y a los problemas, si se quiere comunes o relacionados, permite el intercambio y la influencia entre los tribunales nacionales e internacionales, pero no se trata de persuadir ni de confrontar erísticamente, como antagonismo o conflicto personal, sino más bien de un diálogo institucional y constructivo, de investigar y comparar soluciones al problema jurídico, sin perder de vista las realidades nacionales en que pretende insertarse el tribunal internacional por lo general asépticamente.

Es preciso que el diálogo se desarrolle con alto grado de confianza y tolerancia, sin posiciones irreductibles de principio y, tal vez, con la coherencia a que obliga el interés común en un sistema global de defensa de los derechos humanos.

Tampoco puede ser un diálogo vertical, en todo caso horizontal, pues la integración a la Convención Americana sobre Derechos Humanos (por Ley 15.737 de Uruguay) y la aceptación de la competencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) sobre casos relativos a la interpretación o aplicación de la Convención, no implican que el Estado renuncie a la soberanía contenida en última instancia en la carta uruguaya.

No existe en esa Convención disposición alguna que faculte a la Corte IDH a tener mediante sus decisiones jurisprudenciales una injerencia directa en la administración de justicia de cada uno de los Estados adherentes, por cuanto violentaría la independencia técnica, y el principio de que la jurisprudencia no es vinculante para las decisiones de los magistrados.

3.

No es de extrañar que sea en el ámbito de los derechos humanos donde se manifiesta con mayor fuerza el diálogo entre los tribunales constitucionales, dado el común pasado reciente de violaciones graves de los derechos humanos en los Estados latinoamericanos, ni de extrañar que el diálogo envuelva episodios de rechazo y de conflicto, como manifestación de reflexiones al respecto.

Para Alejandro Saiz,¹ tres características definen el diálogo judicial: su proyección en escenarios de pluralismo constitucional, su condición deliberativa y su función amortiguadora del conflicto.

4.

No voy a reiterar algunos conceptos resumidos en mi trabajo “Caso Gelman vs. Uruguay. Justicia transicional. Corte Interamericana de Derechos Humanos y Control de convencionalidad”,² presentado a fines del año 2012 en la reunión de Chile, esto es, antes de que la Suprema Corte de Justicia que integro se pronunciara en mayoría en Sentencia 20 de 22 de febrero de 2013 declarando inconstitucionales los artículos 2 y 3 de la Ley 18.831 de octubre de 2011.

Por esa ley, retroactivamente, se declaraban de lesa humanidad aquellos delitos comprendidos en la ley de caducidad de la pretensión punitiva del Estado, esto es, los cometidos por funcionarios militares, policiales y equiparados en el período dictatorial de junio de 1973 a marzo de 1985, e imprescriptibles en tanto no se computaría plazo al-

¹ Alejandro Saiz, *Tribunal constitucional y diálogo entre tribunales*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2013, p. 135.

² Alejandro Saiz, “Caso Gelman vs. Uruguay. Justicia transicional. Corte Interamericana de Derechos Humanos y control de convencionalidad”, *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, año 19, 2012, pp. 589 y ss.

gundo de caducidad o prescripción en el período comprendido entre diciembre de 1986 (vigencia de la Ley 15.848, llamada de Caducidad de la pretensión punitiva del Estado) y la vigencia de esta misma Ley 18.831.

El artículo 1° de esa Ley 18.831, que restablecía el pleno ejercicio de la pretensión punitiva del Estado para los delitos cometidos en aplicación del terrorismo de Estado hasta el 1° de marzo de 1985, no fue declarado inconstitucional; más aún, la Suprema Corte de Justicia, por Sentencia 365 de octubre de 2009, ya había declarado inconstitucional la Ley de Caducidad, para el caso concreto (y obviamente para los siguientes que se presentaran), y en Sentencia 20 de 2013 entendió que el acto legislativo constituía una forma de dar cumplimiento a la sentencia de la Corte IDH en el caso Gelman.

Conviene aclarar que los delitos de lesa humanidad fueron introducidos en el orden jurídico uruguayo por Ley 18.026 de septiembre de 2006, en cumplimiento de la obligación internacional asumida al ratificar el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional por Ley 17.510 de junio de 2002, de manera que, en una posición posible, sintéticamente, no solo la impugnada Ley 18.831 estaría creando un nuevo tipo delictual de lesa humanidad acotado objetivamente a un período y subjetivamente a ciertos personajes, sino que alteraría plazos de prescripción ya cumplidos.

En tal sentido, Uruguay, como parte del Estatuto de Roma, reconoce la competencia de la Corte Penal Internacional como complementaria y, por tanto, está obligado internamente por la irretroactividad de la ley penal que el mismo consagra (arts. 11, 24 y conc.).

5.

Aunque la inmediata Resolución de la Corte IDH de marzo de 2013 sobre “Supervisión de cumplimiento”, que analiza las acciones llevadas a cabo por el Estado uruguayo para dar cumplimiento a la Sentencia “Gelman”, diga que la Ley 18.831 “allanaría la vía de las investigaciones al superar el tema de la supuesta aplicabilidad de la prescripción en causas abiertas” (párr. 46) y que “determinadas consideraciones contenidas en la decisión de 22 de febrero de 2013 de la Suprema Corte de Justicia uruguaya, por la forma en que están expuestas, pueden implicar un serio obstáculo para las investigaciones de las graves violaciones de derechos humanos cometidas” (párr. 54), y que “podría producir un quebrantamiento al acceso a la justicia de las víctimas” y “podría representar un instrumento de la perpetuación de la impunidad y el olvido de esos hechos” (párr. 103), no es así.

La posición de la Corte IDH lleva a desconocer los principios de legalidad, irretroactividad y prescriptibilidad que rigen en el derecho punitivo como garantías elementales del Estado constitucional de derecho y que son expresamente recogidos en el Pacto de San José de Costa Rica. De ahí que para la mayoría de la Suprema Corte de Justicia en la Sentencia 20 de 2013 se hiciera un control de convencionalidad ajustado al Pacto.

Pretender disminuir tales garantías en aras de la no impunidad, solo conduce a la pérdida de todas las garantías.

6.

Sin perjuicio de ello –que merecería un amplio diálogo–, es preciso afirmar que los procesos han seguido –con las dificultades de reconstruir hechos acaecidos 40 años atrás–, y que la decisión sobre si un hecho delictivo del tipo analizado se encuentra prescrito o no, es competencia de la jurisdicción penal ordinaria, no del tribunal constitucional. Tampoco es competencia de la Corte IDH, por cuanto la protección internacional de los derechos humanos no puede confundirse con la justicia penal.

En tal sentido, la jurisprudencia de los tribunales uruguayos se encuentra dividida; parte de ella rechaza defensas de prescripción, fundándose en el principio general de que al impedido con justa causa no le corre término pues, durante el período dictatorial (junio de 1973 a marzo de 1985), el plazo de prescripción no pudo correr y el subsiguiente tampoco es computable por la vigencia de la Ley 15.848 de Caducidad, al menos hasta la declaratoria de inconstitucionalidad en octubre de 2009 por la Suprema Corte de Justicia (sentencias 84 y 101/13 del TAP de 1er. T., sentencias 185/14 y 198/14 del TAP 4º T. y citadas de otros tribunales en las mismas).

Otros admiten la prescripción por inacción del titular de la acción pública o de la propia sede judicial (Sentencia 125/14 del TAP 2º T.). La propia Suprema Corte de Justicia ha rechazado reiteradamente defensas de prescripción en etapa presumarial (Sentencia 392/13), en tanto no puede impedir la investigación para conocer circunstancias y eventuales partícipes.

La justicia transicional, con sus etapas y vicisitudes, sigue viva en Uruguay. Por tanto, reiterando lo dicho al principio, un diálogo de buena fe, en ese dar y recibir, debería reconocer esta realidad, pues del desacuerdo puede también surgir una fuerza creativa.

Bibliografía

- LARRIEUX, Jorge, “Caso Gelman vs. Uruguay. Justicia transicional. Corte Interamericana de Derechos Humanos y control de convencionalidad”, *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, vol. 19, Bogotá, Universidad del Rosario, Konrad Adenauer Stiftung, 2013.
- SAIZ, Alejandro, *Tribunal constitucional y diálogo entre tribunales*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2013.

Gustavo Adolfo Sigüenza Sigüenza* (Guatemala)

Desafíos del control de convencionalidad y su aceptación por parte de la Corte de Constitucionalidad de Guatemala**

RESUMEN

El presente trabajo centra su contenido en determinar la aceptación que el control de convencionalidad ha recibido por parte de la Corte de Constitucionalidad de Guatemala. Se analizan diversos fallos de dicha Corte para estudiar la incidencia del control de convencionalidad al realizarse la adecuación de la normativa guatemalteca al *corpus juris* básico en materia de derechos humanos y la utilización de la exégesis que la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha realizado al respecto. El auténtico desafío es continuar con la interpretación de la Constitución en consonancia con los instrumentos internacionales en materia de derechos humanos, para lo cual todos los tribunales domésticos deben adecuar sus resoluciones y sentencias al pleno y efectivo respeto de los mismos.

Palabras clave: bloque de constitucionalidad, control de convencionalidad, Corte de Constitucionalidad, Corte Interamericana de Derechos Humanos.

ZUSAMMENFASSUNG

Der vorliegende Beitrag befasst sich mit der Frage, in welchem Umfang der Verfassungsgerichtshof von Guatemala die Kontrolle der Vertragskonformität berücksichtigt. Dazu werden mehrere Entscheidungen des Gerichtshofs analysiert, um den Einfluss der Kontrolle der Vertragskonformität bei der Anpassung des guatemaltekischen Rechts an das grundlegende *corpus iuris* der Menschenrechte und die Berücksichtigung der vom Interamerikanischen Gerichtshof für Menschenrechte auf diesem Gebiet vorgenommenen

* Abogado, magíster en Derecho Constitucional. Notario, docente de Derecho Civil de la Universidad Rafael Landívar (URL) y coordinador de área. Fue investigador de dedicación completa en el Instituto de Investigaciones Jurídicas/URL. gustavosiguenza@yahoo.com.

** Especial agradecimiento al Programa Estado de Derecho para Latinoamérica de la Fundación Konrad Adenauer por considerar el presente trabajo para su inclusión en el *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*.

Auslegung zu klären. Die wahre Herausforderung besteht heute in der Fortentwicklung der Verfassungsauslegung in Übereinstimmung mit den internationalen Instrumenten auf dem Gebiet der Menschenrechte. Dabei müssen sämtliche innerstaatlichen Gerichte zwecks einer vollständigen und effektiven Einhaltung der Instrumente ihre Beschlüsse und Urteile an diese anpassen.

Schlagwörter: Verfassungsblock, Kontrolle der Vertragskonformität, Verfassungsgerichtshof, Interamerikanischer Gerichtshof für Menschenrechte.

ABSTRACT

This paper examines whether the Constitutional Court of Guatemala has accepted conventionality control. We analyse several decisions handed down by that Court to examine the impact of conventionality control when Guatemalan laws are evaluated for their compliance with the basic body of human rights law, and the use of the Inter-American Court of Human Rights' interpretations in this respect. The challenge is to interpret the Constitution in keeping with international human rights instruments. To this end, all domestic courts should align their resolutions and decisions with a full and effective observance of those instruments.

Keywords: Set of rules with constitutional hierarchy, conventionality control, Constitutional Court, Inter-American Court of Human Rights

1. Control de convencionalidad

1.1. Definición

Ernesto Rey Cantor, en su libro *Control de convencionalidad de las leyes y derechos humanos*, define así el control de convencionalidad:

[U]n mecanismo de protección procesal que ejerce la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el evento de que el derecho interno (Constitución, ley, actos administrativos, jurisprudencia, prácticas administrativas judiciales, etc.) es incompatible con la Convención Americana sobre Derechos Humanos u otros tratados –aplicables–, con el objeto de aplicar la Convención u otro tratado, mediante un examen de confrontación normativo (derecho interno con el tratado), en un caso concreto [...] con el objeto de garantizar la supremacía de la Convención Americana.¹

La anterior definición proporciona una precisa idea de lo que se debe entender por control de convencionalidad *strictu sensu*, pues, como se analizará más adelante, exis-

¹ Ernesto Rey Cantor, *Control de convencionalidad de las leyes y derechos humanos*, México, Porrúa, 2008, p. 46.

ten ciertas vertientes sobre el aludido control que es menester analizar para determinar los sujetos que pueden realizar dicho control y, eventualmente, la forma *sui generis* de realizarlo en sede nacional. No obstante, el control de convencionalidad por excelencia es realizado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, como máximo órgano al que compete en última instancia la interpretación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos o de otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos en los Estados americanos. De igual manera, dicha Corte está facultada, a solicitud de un Estado, para dar opiniones acerca de la compatibilidad entre su normativa interna y el *corpus juris* en materia de derechos humanos.

1.2. Vertientes del control de convencionalidad

Para la comprensión conceptual de lo que es el control de convencionalidad se deben tener presentes dos vertientes fundamentales al respecto:

1.2.1. Control de convencionalidad en sede internacional

El control de convencionalidad realizado en sede internacional, mismo que recae sobre la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que se ha desarrollado desde la creación de la aludida Corte al tenor del artículo 62.3 de la Convención, que dispone:

La Corte tiene competencia para conocer de cualquier caso relativo a la interpretación y aplicación de las disposiciones de esta Convención que le sea sometido, siempre que los Estados partes en el caso hayan reconocido o reconozcan dicha competencia, ora por declaración especial, como se indica en los incisos anteriores, ora por convención especial.

Este control en sede internacional de la Corte Interamericana de Derechos Humanos “implica una subordinación de todo el ordenamiento jurídico al respeto y garantía de los Derechos Humanos asegurados convencionalmente, lo que tiene como fundamento que los derechos esenciales de la persona son parte del bien común regional que es superior al bien común nacional”.² Naturalmente, la tutela de los derechos fundamentales del ser humano en el ámbito internacional obedece al fundamento que estos poseen como atributo inherente a toda persona, pues no nacen por el hecho de ser nacional de determinado Estado.

² Humberto Nogueira Alcalá, “Los desafíos del control de convencionalidad del *corpus iuris* interamericano para los tribunales nacionales, en especial, para los tribunales constitucionales”, en Eduardo Ferrer Mac-Gregor (coord.), *El control difuso de convencionalidad. Diálogo entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los jueces nacionales*, Santiago de Querétaro, Fundap, 2012, p. 342.

Por lo anterior, “la misión prístina de la Corte IDH está en llevar a cabo una inspección de convencionalidad ‘comparando’ la norma del derecho interno en relación a la Convención y desentrañar si aquella violenta a ésta”³

Entre las medidas que la propia Corte Interamericana de Derechos Humanos puede tomar como parte del control de convencionalidad están:

Artículo 63.1: “Cuando decida que hubo violación de un derecho o libertad protegidos en esta Convención, la Corte dispondrá que se garantice al lesionado en el goce de su derecho o libertad conculcados. Dispondrá asimismo, si ello fuera procedente, que se reparen las consecuencias de la medida o situación que ha configurado la vulneración de esos derechos y el pago de una justa indemnización a la parte lesionada”.

Artículo 63.2: “En casos de extrema gravedad y urgencia, y cuando se haga necesario evitar daños irreparables a las personas, la Corte, en los asuntos que esté conociendo, podrá tomar las medidas provisionales que considere pertinentes. Si se tratare de asuntos que aún no estén sometidos a su conocimiento, podrá actuar a solicitud de la Comisión”.

Dichas medidas garantizan la actuación de la Corte en casos de urgencia cuando resulte indispensable su intervención para evitar con ello graves violaciones de derechos fundamentales.

Este control es una creación jurisprudencial, producto por ende de un activismo tribunalicio. La Corte Interamericana lo funda básicamente en dos, o si se prefiere desdoblar uno de ellos, en tres argumentos: (i) el principio de la buena fe en el cumplimiento de las obligaciones internacionales, por parte de los Estados (quienes se han comprometido a cumplir el Pacto de San José y obedecer las sentencias de la Corte), combinado con (ii) el principio del efecto útil de los convenios, cuya eficacia no puede ser mermada por normas o prácticas de los Estados; y (iii), el principio internacionalista que impide alegar el derecho interno para eximirse de aquellos deberes, a tenor del artículo 27 de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados.⁴

El primer argumento se refiere a uno de los principios generales del derecho internacional de los tratados *pacta sunt servanda*, el cual es reconocido y regulado en la Convención de Viena en el artículo 26, que establece: “Todo tratado en vigor obliga a las partes y

³ Juan Carlos Hitters, “Control de constitucionalidad y control de convencionalidad. Comparación (Criterios fijados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos)”, *Estudios Constitucionales*, año 7, núm. 2, 2009, p. 112.

⁴ Néstor Pedro Sagüés, *El control de convencionalidad en el Sistema Interamericano y sus anticipos en el ámbito de los derechos económico-sociales, concordancias y diferencias con el sistema europeo*, México, D. F., Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM. Disponible en: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/7/3063/16.pdf>.

debe ser cumplido por ellas de buena fe”. El artículo 149 de la Constitución guatemalteca dispone: “Guatemala normará sus relaciones con otros Estados, de conformidad con los principios, reglas y prácticas internacionales con el propósito de contribuir al mantenimiento de la paz y la libertad, al respeto y defensa de los derechos humanos”. Tomando como base dicha norma constitucional, la Corte de Constitucionalidad en el expediente 3846-2007, sentencia de fecha 5 de junio de 2008, consideró: “Por su parte el principio *pacta sunt servanda* que se encuentra contenido dentro de los principios del Derecho Internacional que reconoce el artículo 149 constitucional, se refiere a la obligación de cumplir lo pactado de buena fe”. En suma, la obligatoriedad en el cumplimiento del Pacto de San José y las sentencias de la Corte Interamericana debe ser acatada de manera efectiva y de acuerdo con la buena fe.

Respecto al tercer razonamiento, la Corte de Constitucionalidad, en el expediente 320-90, sentencia de fecha 8 de enero de 1991, ha considerado: “Un Estado no puede oponer su legislación interna para cumplir sus obligaciones internacionales válidamente contraídas, situación reconocida en el artículo 149 de la Constitución Política [...]”.

a) *Objetivos*

El control de convencionalidad en sede internacional tendrá como objetivo el análisis en casos concretos, para establecer si una práctica o una normativa de derecho interno resulta congruente con la Convención Americana sobre Derechos Humanos, disponiendo, según sea el caso, su modificación o abrogación. Lo anterior se respalda en el principio de adecuación normativa, mismo que se consagra en el artículo 2 de la Convención, al disponer: “Los Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades”. Es evidente que todo Estado está obligado en todo caso a adoptar dichas medidas legislativas para garantizar los derechos estipulados en la Convención y, más aún, respetar todas aquellas sentencias de la Corte que dispongan la modificación o abrogación de legislación interna, toda vez que se está frente al máximo intérprete de la Convención.

El control de convencionalidad se debe considerar como gran influencia del Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos, pues, a la vez, se establece como una obligación internacional a la cual está llamado el Estado de Guatemala, en virtud de la ratificación respectiva de la Convención.

b) *El control de convencionalidad internacional en los casos*

Fermín Ramírez vs. Guatemala y Raxcacó Reyes vs. Guatemala

Una incidencia directa del Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos en el derecho constitucional guatemalteco son los casos *Fermín Ramírez vs. Guatemala* y *Raxcacó Reyes vs. Guatemala*, ambos en supervisión de cumplimiento de

sentencia, en donde, en el Considerando 63 de la Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de fecha 9 de mayo de 2008, se establece:

63. Que en cuanto a la obligación del Estado de brindar un procedimiento que garantice que toda persona condenada a muerte tenga el derecho a solicitar y, en su caso, obtener indulto, la Corte recuerda al Estado que los recursos que debe ofrecer, incluido el indulto, no deben ser simples formalidades condenadas de antemano a ser infructuosas. De otro modo, no serían efectivos en los términos de la Convención. Al respecto, la Corte valora que el propio Estado se haya manifestado en el sentido que el Decreto No. 6-2008 no contenía un recurso que cumpliera con las exigencias convencionales dispuestas en las Sentencias de los casos Fermín Ramírez y Raxcacó Reyes. En tal sentido, el Tribunal entiende que en el supuesto no deseado de que el Congreso de la República de Guatemala rechace el veto presidencial a tal Decreto, el Estado no habrá cumplido con sus obligaciones internacionales y, como consecuencia lógica, *no podrá ejecutar a ningún condenado a muerte*, hasta tanto no se adecue la legislación a la Convención Americana. Valga recordar que conforme a la jurisprudencia de esta Corte, cuando el Legislativo falla en su tarea de suprimir y/o no adoptar leyes contrarias a la Convención Americana, el Judicial permanece vinculado al deber de garantía establecido en el artículo 1.1 de la misma y, consecuentemente, debe abstenerse de aplicar cualquier normativa contraria a ella. El cumplimiento por parte de agentes o funcionarios del Estado de una ley violatoria de la Convención produce responsabilidad internacional del Estado, y es un principio básico del derecho de la responsabilidad internacional del Estado, recogido en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, en el sentido de que todo Estado es internacionalmente responsable por actos u omisiones de cualesquiera de sus poderes u órganos en violación de los derechos internacionalmente consagrados, según el artículo 1.1 de la Convención Americana.

Es eminente la incidencia y repercusión de la resolución de la Corte en el derecho interno guatemalteco, pues hasta la fecha, en virtud de no existir un procedimiento que garantice que toda persona condenada a muerte tenga el derecho a solicitar y, en su caso, obtener indulto, ha sido la causa de no poder ejecutar a ninguna persona condenada a muerte. Y, tal como lo manifiesta la Corte Interamericana, será obligación del Estado de Guatemala el pleno respeto de los derechos y las libertades reconocidos en la Convención, como también garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a jurisdicción guatemalteca. Este tipo de sentencia es un claro ejemplo de un derecho adjetivo internacional, el cual da pleno sustento al control de convencionalidad internacional.

Es menester recordar la sentencia de fondo, de fecha 20 de junio de 2005, pronunciada por la Corte en el caso Fermín Ramírez vs. Guatemala, en su numeral declarativo 8:

El Estado debe abstenerse de aplicar la parte del artículo 132 del Código Penal de Guatemala que se refiere a la peligrosidad del agente, y modificar dicha disposición

dentro de un plazo razonable, adecuándola a la Convención Americana, conforme a lo estipulado en su artículo 2, de manera que se garantice el respeto al principio de legalidad, consagrado en el artículo 9 del mismo instrumento internacional. Se debe suprimir la referencia a la peligrosidad del agente contemplada en ese precepto.

El artículo 132 del Código Penal guatemalteco en su párrafo 2º regula: “Al reo de asesinato se le impondrá prisión de 25 a 50 años, sin embargo se le aplicará la pena de muerte en lugar del máximo de prisión, si por las circunstancias del hecho y de la ocasión, la manera de realizarlo y los móviles determinantes, se revelare una mayor particular peligrosidad del agente”. La anterior disposición contempla la peligrosidad del agente, la cual se torna indeterminada, toda vez que no existen los presupuestos claros y determinados para calificar dicha peligrosidad en el tipo penal, además de constituir *per se* una vulneración al Pacto de San José. Es taxativo el imperativo, en el sentido de no aplicar por parte de los juzgadores el artículo 132 del Código Penal, en su parte conducente a la peligrosidad del agente y la pena de muerte, mismo que –a raíz de su reforma realizada con posterioridad a la ratificación de la Convención Interamericana de Derechos Humanos– contempla la pena de muerte en estos presupuestos. Este es otro ejemplo claro de la plena influencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre los órganos encargados de impartir justicia en Guatemala; sin embargo, hasta la fecha, el país sigue incumpliendo dicha parte de la sentencia del caso objeto de estudio, pues si bien ya no se aplica, aún no ha sido reformado el artículo aludido por parte del Congreso de la República.

En la sentencia de fondo de fecha 15 de septiembre de 2005, en el caso *Raxcacó Reyes vs. Guatemala*, en su punto resolutivo 5 se decide:

5. El Estado debe modificar, dentro de un plazo razonable, el artículo 201 del Código Penal vigente, de manera que se estructuren tipos penales diversos y específicos para determinar las diferentes formas de plagio o secuestro, en función de sus características, la gravedad de los hechos y las circunstancias del delito, con la correspondiente previsión de punibilidades diferentes, proporcionales a aquéllas, así como la atribución al juzgador de la potestad de individualizar las penas en forma consecuente con los datos del hecho y el autor, dentro de los extremos máximo y mínimo que deberá consagrar cada conminación penal. Esta modificación en ningún caso ampliará el catálogo de delitos sancionados con la pena capital previsto con anterioridad a la ratificación de la Convención Americana.

Es evidente la orden emanada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el sentido de modificar el artículo 201 del Código Penal, el cual, si bien fue reformado mediante el Decreto 17-2009 del Congreso de la República de Guatemala, Ley del fortalecimiento de la persecución penal, no muestra en su parte considerativa el haber tomado en cuenta el mandato de la Corte Interamericana para la formulación de las reformas contenidas en el aludido decreto, pues únicamente se tomó como considerando

principal para sustentar la reforma del Código Penal “el incremento de la delincuencia que padece el país” y la necesidad de reformar la leyes idóneas para la lucha contra la “ola de criminalidad”. Ahora bien, es menester puntualizar que no se puede alegar el derecho interno para incumplir las órdenes de compromisos internacionales adquiridos, de conformidad con el artículo 27 de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados, toda vez que la Corte Interamericana de Derechos Humanos ordena al Estado de Guatemala modificar el artículo 201, en virtud de haber ampliado la aplicación de pena de muerte, en contraposición con lo preceptuado en el artículo 4.2 de la Convención, en su parte conducente. Esta se refiere a “extender su aplicación a delitos a los cuales no se la aplique actualmente”, y se puede agregar que dicha orden de modificación está respaldada con el artículo 2 de la Convención, mismo que dispone: “Los Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades”. Sin embargo, hasta la fecha, Guatemala no ha cumplido con reformar el artículo en mención en las partes aludidas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

1.2.2. Control de convencionalidad en sede nacional

El control de convencionalidad en sede nacional es el realizado por los jueces domésticos y su función será analizar la compatibilidad de las normas de derecho interno con la Convención Americana sobre Derechos Humanos, así como con otros instrumentos en materia de derechos humanos.

Se puede afirmar, para el caso concreto de Guatemala, que dicho control de convencionalidad debe ser practicado como un acto de revisión o fiscalización de la sumisión de las normas guatemaltecas a la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Naturalmente, se debe tomar en consideración la exégesis que al respecto sienta la Corte Interamericana sobre la interpretación de la Convención. De tal modo, que al tener Guatemala un sistema de control de constitucionalidad mixto, correspondería en primer lugar que todos los jueces domésticos velaran por el control de convencionalidad como primer escalón o piso de control, y en segundo lugar le correspondería a la Corte de Constitucionalidad de Guatemala el control supremo de convencionalidad en instancia nacional, como segundo piso de control por excelencia, sin menoscabo del control de convencionalidad que en su momento puede realizar la propia Corte Interamericana de Derechos Humanos. Lo anterior, respetando la premisa máxima de que el control de convencionalidad en sede nacional no se presenta como un control puro y estricto, pues, como se manifestó en la definición, este, *strictu sensu*, es el realizado por la Corte Interamericana. Utilizando la expresión de la propia Corte, el control de convencionalidad realizado en sede nacional es una “especie de control” *ex officio*, pues el intérprete final de la Convención es la propia Corte Interamericana de Derechos Humanos.

2. Aceptación del control de convencionalidad y desafíos para la Corte de Constitucionalidad de Guatemala

2.1. Interpretación de la Constitución Política de la República de Guatemala conforme a la Convención Americana sobre Derechos Humanos

Parte importante para lograr y aceptar la teoría del control de convencionalidad en Guatemala es determinar el grado de interpretación que de manera consonante puede realizarse entre la Constitución Política de la República de Guatemala y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Vale aclarar que dicha interpretación es en materia de derechos humanos y de las prerrogativas inherentes a toda persona, tal como queda manifiesto en la *Gaceta* 1, expediente 12-86, p. 9, sentencia 17-09-86 en relación con el artículo 17 constitucional –No hay delito ni pena sin ley anterior.

En el orden penal este principio tiene una trayectoria histórica que condujo a la proclamación de la máxima *nullum crimen, nulla poena sine lege* como una lucha por el Derecho. Opera como opuesto al *ius incertum*, por lo que, además de su significación en el orden jurídico penal, la máxima alcanzó jerarquía constitucional. De ahí que el constitucionalismo moderno lo incluya en el cuadro de los derechos humanos [...]. En parecidos términos se expresa en el artículo 9 de la Convención Americana de Derechos Humanos “Nadie puede ser condenado por acciones u omisiones que en el momento no fueran delictivos según el derecho aplicable”. El principio postula que solamente la ley es fuente formal del Derecho Penal, por lo que impone al legislador la prohibición de dictar leyes penales de contenido indeterminado [...].

Es evidente la interpretación de la Constitución en consonancia con la Convención, al fundamentar la Corte de Constitucionalidad su fallo en el artículo 9 de la Convención, lo cual presupone una efectiva repercusión del contenido normativo de la Convención en la solución del caso concreto.

Esta es una plena manifestación del “principio de armonización” entre la Constitución y el tratado internacional. Puesto que el intérprete –la Corte de Constitucionalidad– procura una interpretación que permite “armonizar” la “norma nacional y la internacional”.⁵

2.1.1. Análisis de la sentencia contenida en los expedientes 131-95 y 1822-2011

Es menester aclarar que la Convención Americana sobre Derechos Humanos, según consideraciones de la Corte de Constitucionalidad, no constituía un parámetro de

⁵ Ferrer Mac-Gregor, *op. cit.*, p. 129.

constitucionalidad dentro del derecho constitucional guatemalteco. Lo anterior, en consonancia con el fallo contenido en la *Gaceta* 43, expediente 131-95, p. 47, Sentencia 12-03-97, mismo que establece:

[L]os tratados y convenios internacionales –en cuya categoría se encuentran la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, la Declaración Universal de los Derechos Humanos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos– no son parámetro para establecer la constitucionalidad de una ley o una norma, pues si bien es cierto el artículo 46 de la Constitución le otorga preeminencia a esos cuerpos normativos sobre el derecho interno, lo único que hace es establecer que en la eventualidad de que una norma ordinaria de ese orden entre en conflicto con una o varias normas contenidas en un tratado o convención internacional prevalecerían estas últimas; pero ello no significa, como se dijo, que las mismas puedan utilizarse como parámetro de constitucionalidad. Por consiguiente, en lo referente a este punto debe declararse que no se da la violación a ninguna norma de la Constitución Política de la República.

Si bien la Corte de Constitucionalidad ha negado que los instrumentos internacionales en materia de derechos humanos sean parámetro para ejercer el control de constitucionalidad –expediente 334-95–, también ha realizado labores garantistas de la supremacía constitucional, en donde en auxilio de tratados internacionales en materia de derechos humanos ha evidenciado la contravención a los preceptos constitucionales –expediente 929-2008–. Es con la sentencia de 17 de julio de 2012 –1822-2011– cuando la Corte de Constitucionalidad integra el denominado “bloque de constitucionalidad” como un efectivo parámetro de constitucionalidad, al establecer:

[P]ara dar respuesta a la problemática acerca de la recepción en el orden interno de los tratados en materia de derechos humanos, otros ordenamientos han acudido a la figura del bloque de constitucionalidad, el que ha sido parte de anteriores pronunciamientos de la Corte de Constitucionalidad (verbigracia los expedientes 90-90, 159-97, 3004-2007, 3878-2007, auto de 4 de octubre de 2009, expediente 3690-2009, 1940-2010 y 3086-2010, entre otros), aunque en ninguno de éstos se ha definido su contenido y alcances. [...]. El bloque de constitucionalidad se refiere a aquellas normas y principios que aunque no forman parte del texto formal de la Constitución, han sido integrados por otras vías a la Constitución y que sirven a su vez de medidas de control de constitucionalidad de las leyes como tal. [...] Su función esencial es la de valerse como herramienta de recepción del derecho internacional, garantizando la coherencia de la legislación interna con los compromisos exteriores del Estado y, al mismo tiempo, servir de complemento para la garantía de los Derechos Humanos en el país. [...] por ello que por vía de los artículos 44 y 46 citados, se incorpora la figura del bloque de constitucionalidad como un conjunto de normas internacionales referidas a derechos inherentes a la persona, incluyendo

todas aquéllas libertades y facultades que aunque no figuren en su texto formal, respondan directamente al concepto de dignidad de la persona, pues el derecho por ser dinámico, tiene reglas y principios que están evolucionando y cuya integración con esta figura permite su interpretación como derechos propios del ser humano. [...] El alcance del bloque de constitucionalidad es de carácter eminentemente procesal, es decir, que determina que los instrumentos internacionales en materia de derechos humanos que componen aquél son también parámetro para ejercer el control constitucional del derecho interno. Así, a juicio de esta Corte, el artículo 46 constitucional denota la inclusión de los tratados en el bloque de constitucionalidad, cuyo respeto se impone al resto del ordenamiento jurídico, exigiendo la adaptación de las normas de inferior categoría a los mandatos contenidos en aquellos instrumentos.

Con este fallo –1822-2011–, la Corte de Constitucionalidad avanza e integra el bloque de constitucionalidad, y lo reconoce como parámetro para medir el control constitucional del derecho interno. El referido fallo se consolida y representa una perfecta expresión de la interpretación internacionalista de los derechos humanos, al reconocer la preeminencia de esta última.

Con la efectiva integración del bloque de constitucionalidad producida en el expediente 1822-2011, es posible atacar de inconstitucionalidad una ley, fundamentándose en una norma contenida en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, pues si bien dichas normas no son excluidas de las prerrogativas inherentes a toda persona, y por ende constituyen parámetros para establecer la constitucionalidad de una ley o norma según el razonamiento establecido por la Corte de Constitucionalidad, la naturaleza del mecanismo de inconstitucionalidad es la de fungir como un instrumento jurídico cuyo objeto es mantener la preeminencia de la Constitución sobre otra norma determinada.

Como se manifestó, con la aceptación del bloque de constitucionalidad por parte de la Corte de Constitucionalidad, dicho tribunal se separa del criterio sostenido por más de 25 años respecto al parámetro de constitucionalidad que pudiera tener un instrumento sobre derechos humanos y abrir la puerta para atacar de inconstitucional una norma ordinaria, alegando que esta contraría una disposición de naturaleza internacional en materia de derechos humanos. Con esto, se estaría desarrollando la máxima del bloque de constitucionalidad que establece: “Es un conjunto normativo que contiene principios o disposiciones materialmente constitucionales, tanto las contenidas expresamente en el Texto Fundamental como las existentes fuera de este, pero que desarrollan o complementan el catálogo de derechos fundamentales contenidos en la Constitución formal”.

Definitivamente, el bloque de constitucionalidad tiene su fundamento bien claro y establecido en los artículos 44 y 46 de la Constitución Política de la República de Guatemala, lo que permite afirmar que “[e]l alcance del bloque de constitucionalidad es de carácter eminentemente procesal”, habida cuenta que los instrumentos internacionales en materia de derechos humanos que lo componen “son también parámetro para ejercer el control constitucional del derecho interno”, y que la inclusión de los tratados en el

bloque de constitucionalidad “se impone al resto del ordenamiento jurídico, exigiendo la adaptación de las normas de inferior categoría a los mandatos contenidos en aquellos”.⁶

Por los razonamientos analizados, se inicia una nueva era en materia de interpretación constitucional para la Corte de Constitucionalidad de Guatemala, pues se presenta la vía expedita para intentar atacar de inconstitucionalidad una ley por el hecho de contrariar una norma de derechos humanos contenida en una convención o tratado internacional. Este presupuesto, al momento de formularse concretamente en el futuro ante la Corte de Constitucionalidad, constituiría un verdadero desafío, toda vez que si ya se aceptó sustantivamente el bloque de constitucionalidad con la sentencia aludida, faltaría ver la postura de la Corte en un caso concreto como el planteado. Este último debería ir en consonancia con la nueva premisa que se tiene hasta el momento y, por consiguiente, declarar inconstitucional aquellas disposiciones que contraríen un tratado o convenio en materia de derechos humanos, lo cual consolidaría los efectos materiales del bloque de constitucionalidad en Guatemala y cerraría en definitiva su aceptación por completo.

Pero hasta el momento este es un desafío que queda pendiente hasta que se dé el caso concreto que pida de la Corte resolver en este sentido. En el expediente 1822-2011, el bloque de constitucionalidad resultó de vital importancia para declarar con lugar la acción de inconstitucionalidad por omisión planteada en contra del artículo 201 Bis del Código Penal. En este último, el precepto cuestionado conserva su vigencia por no adolecer de vicio intrínseco en su actual contenido, aunque debe ser completado por la acción legislativa para ajustarlo a lo regulado en la Convención de las Naciones Unidas contra la Tortura y otros tratos o penas crueles o degradantes y en la Convención Interamericana para prevenir y sancionar la tortura, en los aspectos que fueron considerados por la Corte al pronunciarse sobre la omisión de dichas cuestiones en la legislación penal vigente.

Ahora bien, volviendo al análisis de la sentencia de fecha 12-03-97, se puede establecer que se institucionaliza un criterio jurisprudencial que insta de manera especial el control de convencionalidad en Guatemala, pues es taxativo el argumento: “Si bien es cierto el artículo 46 de la Constitución le otorga preeminencia a esos cuerpos normativos sobre el derecho interno, lo único que hace es establecer que en la eventualidad de que una norma ordinaria de ese orden entre en conflicto con una o varias normas contenidas en un tratado o convención internacional prevalecerían estas últimas”. Establecer que un convenio internacional prevalece sobre una norma ordinaria responde a un efecto inmediato del control de convencionalidad, pues el objetivo de este es “determinar si la norma nacional enjuiciada a través de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, es o no convencional”.⁷

Dicho efecto inmediato de la inconvencionalidad sería el deber judicial de inaplicación del precepto objetado, tal como queda manifestado, al establecer la Corte de

⁶ Gabriel Orellana, *El bloque de constitucionalidad*, Guatemala, Siglo XXI, 2012. Disponible en: <http://www.s21.com.gt/vox-signata/2012/08/13/ubloque-constitucionalidad>.

⁷ Néstor Pedro Sagüés, “Obligaciones internacionales y control de convencionalidad”, *Estudios Constitucionales*, año 8, núm. 1, 2010, p. 127.

Constitucionalidad de Guatemala la prevalencia de la Convención sobre leyes ordinarias en el momento de existir un conflicto de estas últimas con la Convención, en donde se establece la preferencia de aplicación de la Convención y la inaplicación de la norma contraria a esta.

2.1.2. Análisis de la sentencia contenida en los expedientes 1031-96 y 1155-96

Otro claro ejemplo de interpretación de la Constitución Política de la República de Guatemala en consonancia con la Convención Americana sobre Derechos Humanos se encuentra en la *Gaceta* 43, expedientes acumulados 1031-96 y 1155-96, p. 34, sentencia 03-03-97, en donde se establece lo siguiente en relación con los tribunales militares (art. 219 de la Constitución Política de la República de Guatemala):

Este artículo reconoce la existencia de los tribunales militares a los que les asigna jurisdicción para conocer de los delitos o faltas cometidos por los integrantes del Ejército de Guatemala, norma que guarda congruencia con lo establecido en el artículo 250 del texto constitucional [...]. De lo anterior, puede advertirse que el establecimiento de los tribunales militares a que se refiere el citado artículo 219, tiene como finalidad el que todo militar sea juzgado por tribunales en cuya conformación intervengan miembros del ejército. Ello guarda congruencia con el derecho que le asiste a toda persona a ser juzgada por un juez legal o juez natural y que consiste en la atribución de potestades para juzgar que corresponde al juez o tribunal predeterminado por la ley, evidenciando con ello el juzgamiento por medio de tribunales especiales o secretos e ilegalmente establecidos, los cuales son prohibidos por la Constitución, derecho que se encuentra reconocido en el artículo 12 constitucional y en el artículo 80. numeral 10, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

En este caso, nuevamente se armonizan las disposiciones convencionales con las disposiciones constitucionales de Guatemala, pues la Corte apoya sus fundamentos en ambos instrumentos jurídicos, lo cual es acorde con lo enunciado al inicio de este trabajo, en el sentido que los derechos esenciales de la persona poseen su fundamento como atributo esencial de todo ser humano.

2.2. El control de convencionalidad en los fallos de la Corte de Constitucionalidad

2.2.1. *Voto disidente de Rodolfo Rohrmoser Valdeavellano en la sentencia de amparo en única instancia dentro del expediente 263-2001*

Un antecedente importante de verificación de la adecuación de las normas jurídicas internas que se aplican a un caso concreto con la Convención Americana sobre Derechos Humanos está constituido por el voto disidente de Rodolfo Rohrmoser Valdeavellano en la sentencia de amparo en única instancia dentro del expediente 263-2001 de fecha 14 de mayo de 2002, en donde se constata la incompatibilidad entre el artículo 201 del Código Penal con la Convención Americana sobre Derechos Humanos, específicamente con su artículo 4.2. Al respecto, el magistrado Rohrmoser Valdeavellano argumentó:

Existe contradicción entre el artículo 201 del Código Procesal (SIC) Penal y la Convención Americana sobre Derechos Humanos, desde el momento que el Decreto 81-96 del Congreso de la República que reformó dicho artículo 201 del Código Penal contiene una manifiesta extensión de la pena de muerte a un nuevo delito, situación que está claramente prohibida en el artículo 4.1 (SIC) de la referida Convención; II. en esa consecuencia, de conformidad con el artículo 46 de la Constitución, la contradicción entre ambas disposiciones debió haber sido resuelta concediéndole la preeminencia al artículo citado de la Convención Americana sobre la norma aludida del derecho interno; III. para no abundar en argumentos, hago míos todos los fundamentos de la sentencia del treinta y uno de octubre del año dos mil, recaída en el expediente 30-2000 que es un caso análogo al presente y que a mi juicio, contiene la posición correcta desde el punto de vista jurídico.

Dicho antecedente se constituye como el primero en su género, en virtud de aceptar de manera taxativa la contradicción existente entre el artículo convencional y el artículo de la ley ordinaria penal. Por ende, se realizó un control de convencionalidad oportuno; sin embargo, no fue suficiente pues solo quedó plasmado en un voto disidente de la aludida sentencia. En el caso del expediente 30-2000 relacionado en el voto disidente, se conoció un caso similar en donde la Corte de Constitucionalidad, haciendo propia la alocución *mutatis mutandi* de la sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 23 de febrero de 1995, misma que sustentó: “las disposiciones comunitarias pueden invocarse ante el órgano judicial nacional y dar lugar a la inaplicabilidad de las normas nacionales contrarias a dichas disposiciones”, advierte que el acto reclamado violó los derechos del accionante por inaplicación del artículo 4, numeral 2, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en cuanto a la pena de muerte.

2.2.2. Análisis de la sentencia contenida en el expediente 2151-2011 de fecha 23 de agosto de 2011

En la sentencia de apelación de sentencia de amparo contenida en el expediente 2151-2011 de fecha 23 de agosto de 2011, la Corte de Constitucionalidad utiliza el término de control de convencionalidad en el contexto de adecuar las resoluciones de los tribunales de jurisdicción ordinaria a lo preceptuado en la Convención sobre los Derechos del Niño. Si bien en principio el control de convencionalidad surge como el deber de verificación de la adecuación de las normas jurídicas internas aplicables a casos concretos según la Convención Americana sobre Derechos Humanos, dicho parámetro inicial no descarta la posibilidad de efectuar el control de convencionalidad en donde resulten involucrados otros instrumentos internacionales que conforman el *corpus juris* en materia de protección de los derechos humanos. Para un mejor análisis, se transcriben las siguientes partes conducentes:

Esta protección preferente tiene su fundamento en el conjunto de principios y valores que la Constitución llama a preservar respecto de la institución de la familia, y en las obligaciones convencionales que para el Estado de Guatemala dimanaban por haber ratificado la Convención sobre los Derechos del Niño. Este último instrumento internacional, en su artículo 3.1 propugna porque en todas las medidas concernientes a los niños que decidan, entre otros, los tribunales de justicia, debe privilegiarse el interés superior del niño. De manera que de no advertirse aquella actitud con el alcance proteccionista que preconiza la norma convencional internacional precitada, es procedente el otorgamiento del amparo con el objeto de que los tribunales de jurisdicción ordinaria reencausen su actuación de acuerdo con los fines y valores del instrumento normativo internacional en mención, y realicen, respecto de la aplicación de la preceptiva contenida en la legislación interna, un correspondiente control de convencionalidad en sus resoluciones, con el objeto de no soslayar, en aquella labor de aplicación, obligaciones que dimanaban de normativa de superior jerarquía.

Es plausible la interpretación realizada por la Corte de Constitucionalidad de Guatemala en el sentido de pregonar un control convencional de las normas de derecho interno en relación con la Convención sobre los Derechos del Niño; más aún, es loable el razonamiento que requiere de los tribunales ordinarios la readecuación de su actuar según los valores del instrumento internacional aludido, y taxativa, por otra parte, la obligación que tienen los tribunales ordinarios de realizar el control de convencionalidad en relación con las obligaciones que dimanaban de la Convención sobre los Derechos del Niño.

Es menester recordar el voto razonado del juez Sergio García Ramírez en la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso *Trabajadores cesados del Congreso vs. Perú*, del 24 de noviembre de 2006, en donde, en su numeral 2, alude:

[A] referirse a un “control de convencionalidad” la Corte Interamericana ha tenido a la vista la aplicabilidad y aplicación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, Pacto de San José. Sin embargo, la misma función se despliega, por idénticas razones, en lo que toca a otros instrumentos de igual naturaleza, integrantes del *corpus juris* convencional de los derechos humanos de los que es parte el Estado: Protocolo de San Salvador, Protocolo relativo a la Abolición de la Pena de Muerte, Convención para Prevenir y Sancionar la Tortura, Convención de Belém do Pará para la Erradicación de la Violencia contra la Mujer, Convención sobre Desaparición Forzada, etcétera. De lo que se trata es de que haya conformidad entre los actos internos y los compromisos internacionales contraídos por el Estado, que generan para éste determinados deberes y reconocen a los individuos ciertos derechos.

Es importante el criterio del honorable juez García Ramírez, pues lo que busca el control de convencionalidad es adecuar las resoluciones a los compromisos internacionales contraídos por el Estado, lo que permite desplegar dicho control a otros instrumentos que conforman el *corpus juris* en materia de derechos humanos, como la Convención sobre los Derechos del Niño.

Adicionalmente, en el mismo caso, la Corte de Constitucionalidad apoya sus razonamientos en los estándares interpretativos que para el efecto ha realizado la Corte Interamericana de Derechos Humanos, específicamente en lo siguiente:

Inicialmente, esta Corte parte de que la realización del control de convencionalidad entre normas de derecho interno y las de un instrumento normativo internacional, es un control que debe realizar *ex officio* todo juez dentro de sus respectivas competencias y de acuerdo con las regulaciones procesales correspondientes. La viabilidad de realización de este tipo de control ya ha sido determinada, por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en varios de sus fallos, citándose, a manera ejemplificativa, los casos *Almonacid Arellano y otros vs. Chile* [sentencia sobre excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, 26 de septiembre de 2006, Serie C, No. 154, § 124], *Trabajadores cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú* [sentencia sobre excepciones preliminares, fondo y reparaciones y costas, 24 de noviembre de 2006, Serie C, No. 158, § 128] y *La Cantuta vs. Perú* [sentencia sobre el fondo, reparaciones y costas, 29 de noviembre de 2006, Serie C, No. 162, § 173].

En el fallo de la Corte de Constitucionalidad de Guatemala, es importante la incidencia de la jurisprudencia adoptada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en donde, en la propia sentencia pronunciada por la Corte de Constitucionalidad de Guatemala se transcriben partes conducentes del caso *Almonacid Arellano y otros vs. Chile*, para fundamentar la obligación de velar por el control de convencionalidad aludido, con lo que se produce una efectiva nacionalización del derecho internacional de los derechos humanos.

La propia Corte de Constitucionalidad de Guatemala requiere que el control de convencionalidad se practique en el caso sujeto a análisis en toda resolución judicial en donde,

[al] verse afectados derechos e intereses de menores de edad, es la realización de dicho control lo que evidencia una correcta observancia de lo regulado en los artículos 44 y 46 de la Constitución, y lo que impone que preceptos normativos tales como los contenidos en los artículos 167, 168, 219, 253, 256, 260, 262 y 278 del Código Civil tengan que interpretarse a la luz de los fines que se pretenden alcanzar con lo regulado en los artículos 3.1, 3.2, 4, 8.1 y 9.3 de la Convención sobre los Derechos del Niño, por ser este instrumento convencional internacional, norma de superior jerarquía que el Código Civil.

No cabe duda que la materia de niñez requiere protección especial, tal como en su momento fue advertido en la Declaración de Ginebra de 1924 y en la Declaración de los Derechos del Niño, por lo que es imperativo el respeto del interés superior del niño en toda medida asumida por instituciones públicas o privadas, tribunales y autoridades administrativas.

2.2.3. Análisis de la sentencia contenida en el expediente 386-2011 de fecha 13 de abril de 2011

Otro caso importante conocido por la Corte de Constitucionalidad se dio en amparo en única instancia dentro del expediente 386-2011, constituida la Corte de Constitucionalidad en calidad de tribunal extraordinario de amparo: sentencia de fecha 13 de abril de 2011. En su considerando I, la Corte de Constitucionalidad fundamenta el derecho de defensa a la luz de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y otros instrumentos que conforman el *corpus juris* de tutela de los derechos humanos, tal como se indica:

Este derecho a ser oído se encuentra explícitamente contenido en la normativa convencional internacional que es directamente aplicable para todos los guatemaltecos o habitantes de este país y, además, obligatorio de aplicar para todo tipo de autoridad que opere en Guatemala. Para el efecto, se citan las siguientes normas absolutamente vinculantes: “Toda persona tiene derecho en condiciones de plena igualdad, a ser oída públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial, para la determinación de sus derechos y obligaciones o para el examen de cualquier acusación contra ella en materia penal” (Artículo 10 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos). “Toda persona acusada de delito tiene derecho a ser oída en forma imparcial y pública, a ser juzgada por tribunales anteriormente establecidos de acuerdo con leyes pre-existentes y a que no se le impongan penas crueles, infamantes o inusitadas” (Segundo párrafo del artículo XXVI de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre). “Toda persona tiene

derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter” (Artículo 8.1. de la Convención Americana sobre Derechos Humanos). “Todas las personas son iguales ante los tribunales y cortes de justicia. Toda persona tendrá derecho de ser oída públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial establecido en la ley, en la sustanciación de cualquier acusación de carácter penal formulada contra ella o para la determinación de sus derechos u obligaciones de carácter civil” (Artículo 14.1. del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos).

El derecho de defensa, como derecho fundamental y reconocido en diversidad de instrumentos internacionales en materia de derechos humanos, garantiza que los sujetos procesales tengan la efectiva oportunidad tanto de hacer valer sus argumentos y proponer sus medios de prueba pertinentes como de rebatir los argumentos de la otra parte y el control de la prueba en que sustenten los mismos, y de garantizar el acceso a los remedios procesales según lo disponga la ley.

En la misma sentencia se reafirma el reconocimiento de la competencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos:

[P]ara conocer y resolver acerca de denuncias de violación a los derechos tutelados por la Convención Interamericana sobre Derechos Humanos y, como consecuencia, reconoce el deber jurídico de los Estados sometidos a la jurisdicción de aquel tribunal de respetar las resoluciones por éste emitidas. Ello implica la obligación de acatamiento en los términos precisados por la citada Corte Interamericana y, para lo mismo, el Estado guatemalteco debe atender lo resuelto, dentro de los cauces de su propia normativa procesal, que también es y debe ser garantista de los derechos humanos de todos los individuos que habitan su territorio, bien sea como presuntas o reales víctimas o como presuntos o reales autores de tales violaciones.

En relación con el sometimiento del Estado de Guatemala a jurisdicción internacional, la normativa constitucional respalda dicha cesión de competencia; para el efecto, es menester citar el artículo 171 de la Constitución Política de la República de Guatemala, literal l), numeral 5, que establece como atribuciones del Congreso de la República de Guatemala: “Aprobar, antes de su ratificación, los tratados, convenios o cualquier arreglo internacional cuando: [...] 5) Contengan cláusula general de arbitraje o de sometimiento a jurisdicción internacional”. Por su parte, la Corte de Constitucionalidad en el expediente 171-2002 consideró:

La posibilidad de que el Estado de Guatemala se someta a la jurisdicción de un tribunal internacional, en una cesión voluntaria de parte de su soberanía, es constitucionalmente permisible ya que el artículo 171 inciso l) subinciso 5) de la

Constitución Política de la República de Guatemala así lo establece; además, existen precedentes como por ejemplo la Corte Interamericana de Derechos Humanos, por lo que no hace falta ahondar en este punto, desde el momento que constitucionalmente aparece aceptado lo que algunos publicistas llaman ‘abandonos de soberanía’.

Uno de los puntos medulares que motivaron el amparo objeto de estudio está constituido por el acto por medio del cual la Cámara Penal de la Corte Suprema de Justicia, en cumplimiento de lo resuelto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, declaró la autoejecutividad de las resoluciones emitidas por la Corte IDH en el caso denominado *Bámaca Velásquez vs. Guatemala*. Omitiendo la audiencia debida y la oralidad atinente al proceso respectivo, la propia Corte de Constitucionalidad en este sentido reconoce:

[La] omisión de la citada Cámara Penal de su obligación de citar y oír a los directamente afectados y a las partes en el procedimiento anulativo del auto de sobreseimiento, en que debió señalar la audiencia del caso, despojó de su oportunidad para que las partes, incluyendo al Ministerio Público, alegaran y probaran lo que fuere pertinente dentro de nuestra legalidad procesal, o sea el derecho del derecho, para que se emita la resolución que proceda en armonía y cumplimiento de la juridicidad externa que reconocemos y los procedimientos propios que den exacta garantía por igual y sin discriminación ni perjuicio alguno a la esfera de los derechos humanos fundamentales de todos los sujetos del caso.

Por lo anterior, la Corte de Constitucionalidad otorgó el amparo solicitado “con el único objeto de dejar sin efecto el auto reclamado –fechado el dieciocho de enero de dos mil once– dictado por la Cámara Penal de la Corte Suprema de Justicia, en tanto esta misma no haya convocado a una audiencia para resolver la solicitud de ejecución de lo resuelto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos”.

Es importante lo resuelto por la Corte de Constitucionalidad pues se reconoce la competencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y, a la vez, se fundamenta en la propia Convención para tutelar el derecho de defensa que les asiste a las partes afectadas en el caso concreto.

2.2.4. Análisis de la sentencia contenida en el expediente 3334-2011 de fecha 14 de febrero de 2012

Para finalizar con el análisis del reconocimiento del control de convencionalidad por parte de la Corte de Constitucionalidad de Guatemala es menester estudiar la inconstitucionalidad general parcial, conocida dentro del expediente 3334-2011 y cuyo fallo de fecha 14 de febrero de 2012 manifiesta en su parte conducente:

Por otra parte, este tribunal no podría soslayar que al analizarse disposiciones normativas como la impugnada por el Procurador de los Derechos Humanos, debe realizarse, además, un adecuado control de convencionalidad de aquella disposi-

ción, pues por regularse en ésta situaciones que restringen el derecho de acceso a la información pública, debe determinarse si aquella regulación guarda coherencia con el respeto al derecho internacional de los Derechos Humanos. Esta labor de control ya fue realizada por esta Corte –solo que respecto de una resolución judicial– en la sentencia de veintitrés de agosto de dos mil once (Expediente 2151-2011), y en congruencia con ella, se afirma que al realizar esta labor de control de normativa jurídica de derecho interno guatemalteco, deben tenerse en cuenta instrumentos internacionales que tengan relación con dicha normativa, y la exégesis que respecto de estos últimos ha realizado la Corte Interamericana de Derechos Humanos. En ese sentido, el control de convencionalidad de la normativa impugnada debe realizarse a la luz de lo dispuesto en el artículo 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y en función de lo que respecto de este último puntualizó la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la sentencia de diecinueve de septiembre de dos mil seis (Caso Claude Reyes y otros vs. Chile, fondo, reparaciones y costas, párrafo 86), cuando en dicho fallo se indicó que “el actuar del Estado debe encontrarse regido por los principios de publicidad y transparencia en la gestión pública, lo que hace posible que las personas que se encuentren bajo su jurisdicción ejerzan el control democrático de las gestiones estatales, de forma tal que puedan cuestionar, indagar y considerar si se está dando un adecuado cumplimiento de las funciones públicas”. [...]. “Es evidente entonces que en la normativa impugnada concurre: a) [...] b) inconformidad convencional, por confrontar lo establecido en el artículo 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, de acuerdo con la intelección que sobre dicha norma realizara la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la sentencia de diecinueve de septiembre de dos mil seis (Caso Claude Reyes y otros vs. Chile, fondo, reparaciones y costas, párrafo 86), lo que también genera una violación de la preceptiva contenida en el artículo 46 constitucional”.

Cabe agregar que nuevamente la Corte de Constitucionalidad se auxilia en la exégesis que la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha realizado al respecto de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Esto evidencia la incidencia de la jurisprudencia de la Corte Interamericana en la consideración y resolución de casos sometidos a la Corte de Constitucionalidad. Lo anterior sustenta el argumento para afirmar que el derecho constitucional guatemalteco ha reconocido y aceptado la tesis del control de convencionalidad.

Es evidente que al darse la aceptación de la exégesis de la Corte Interamericana de Derechos Humanos e incluir jurisprudencia de la misma en fallos de la Corte de Constitucionalidad de Guatemala, se está produciendo el proceso que el juez García-Sayan llama “nacionalización del derecho internacional de los derechos humanos”,⁸ pues se observa y aplica la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

⁸ Víctor Bazán, *La Corte Interamericana de Derechos Humanos y las cortes nacionales: acerca del control de convencionalidad y la necesidad de un diálogo interjurisdiccional sustentable*, ponencia

3. Conclusiones

- El control de convencionalidad se debe considerar como una obligación internacional a la cual está llamado el Estado de Guatemala, en virtud de la ratificación respectiva de la Convención.
- El control de convencionalidad debe ser practicado como un acto de revisión o fiscalización de la sumisión de las normas guatemaltecas a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, sin menoscabo de exclusión del *corpus juris* que en materia de protección de derechos fundamentales ha sido ratificado por Guatemala. Naturalmente, se debe tomar en consideración la exégesis que al respecto sienta la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre la interpretación de la Convención.
- Como incidencias directas del control de convencionalidad en el caso *Raxcacó Reyes vs. Guatemala* se encuentra: que a raíz de los pronunciamientos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, hasta la fecha, no es posible ejecutar a una persona condenada a muerte, mientras no se le conceda el derecho a solicitar y, en su caso, obtener indulto; igualmente, se ordena al Estado de Guatemala “abstenerse de aplicar la parte del artículo 132 del Código Penal de Guatemala que se refiere a la peligrosidad del agente y modificar, dentro de un plazo razonable, el artículo 201 del Código Penal vigente, de manera que se estructuren tipos penales diversos y específicos para determinar las diferentes formas de plagio o secuestro, en atención a no ampliar la aplicación de la pena de muerte”.
- La Constitución Política de la República de Guatemala puede ser interpretada en consonancia con la Declaración Americana sobre Derechos Humanos, en atención al principio *pro homine* y de dignidad humana, y con ello se configura un desafío para todos los tribunales domésticos en el sentido de adecuar sus resoluciones y sentencias al pleno y efectivo respeto del *corpus juris* en materia de derechos humanos.
- Es plausible la interpretación realizada por la Corte de Constitucionalidad de Guatemala, en el sentido de pregonar un control convencional de las normas de derecho interno en relación con la Convención sobre los Derechos del Niño; más aún, es loable el razonamiento que requiere de los tribunales ordinarios la readecuación de su actuar según los valores del instrumento internacional aludido, y taxativa, por otra parte, la obligación que tienen los tribunales nacionales de realizar el control de convencionalidad en relación con las obligaciones que dimanen de la Convención sobre los Derechos del Niño.
- La Corte de Constitucionalidad de Guatemala se ha auxiliado en la exégesis que la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha realizado al respecto de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Esto hace manifiesta la

presentada al VIII Congreso Mundial de la Asociación Internacional de Derecho Constitucional, México, 6 al 10 de diciembre de 2010, p. 14.

aceptación del control de convencionalidad y la incidencia de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la consideración y resolución de casos sometidos a la Corte de Constitucionalidad. Lo anterior sustenta el argumento para reafirmar que la Corte de Constitucionalidad ha reconocido y aceptado la tesis del control de convencionalidad. Así se establece también el deber *ex officio* por parte de los tribunales ordinarios de “la realización del control de convencionalidad entre normas de derecho interno y las de un instrumento normativo internacional, dentro de sus respectivas competencias y de acuerdo con las regulaciones procesales correspondientes”.

- Al darse la aceptación de la exégesis de la Corte Interamericana de Derechos Humanos e incluir jurisprudencia de la misma en fallos de la Corte de Constitucionalidad de Guatemala, se está produciendo la “nacionalización del derecho internacional de los derechos humanos”, lo cual constituye un importante proceso de interacción entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la Corte de Constitucionalidad de Guatemala.
- Con la sentencia de fecha 17 de julio de 2012, dictada en razón del expediente 1822-2011, la Corte de Constitucionalidad de Guatemala alcanza y sienta las bases del formal reconocimiento del bloque de constitucionalidad con plenos efectos procesales. Y esto es así por la posibilidad de utilizar los tratados y convenios en materia de derechos humanos como parámetros de control de constitucionalidad del derecho interno, con lo cual definitivamente se constituye un sólido progreso que viene a fortalecer el marco jurídico para la protección de los derechos humanos.

Bibliografía

- NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto, “Los desafíos del control de convencionalidad del *corpus iuris* interamericano para los tribunales nacionales, en especial, para los tribunales constitucionales”, en Eduardo FERRER MAC-GREGOR (coord.), *El control difuso de convencionalidad. Diálogo entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los jueces nacionales*, Santiago de Querétaro, Fundap, 2012.
- BAZÁN, Víctor, *La Corte Interamericana de Derechos Humanos y las cortes nacionales: acerca del control de convencionalidad y la necesidad de un diálogo interjurisdiccional sustentable*, ponencia presentada al VIII Congreso Mundial de la Asociación Internacional de Derecho Constitucional, México, 6 al 10 de diciembre de 2010.
- HITTERS, Juan Carlos, “Control de constitucionalidad y control de convencionalidad. Comparación (Criterios fijados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos)”, *Estudios Constitucionales*, año 7, núm 2, 2009.
- FERRER MAC-GREGOR, Eduardo (coord.), *El control difuso de convencionalidad. Diálogo entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los jueces nacionales*, Santia-

go de Querétaro, Fundación Universitaria de Derecho, Administración y Política, UNAM-IIIJ.

ORELLANA, Gabriel, *El bloque de constitucionalidad*, Guatemala, Siglo XXI, 2012. Disponible en: <http://www.s21.com.gt/vox-signata/2012/08/13/ubloque-constitucionalidad>.

REY CANTOR, Ernesto, *Control de convencionalidad de las leyes y derechos humanos*, México, Porrúa, 2008.

SAGÜÉS, Néstor Pedro, "Obligaciones internacionales y control de convencionalidad", *Estudios Constitucionales*, año 8, núm. 1, 2010.

_____, *El control de convencionalidad en el Sistema Interamericano y sus anticipos en el ámbito de los derechos económico-sociales, concordancias y diferencias con el sistema europeo*, México, D. F., Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, s. f. Disponible en: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/7/3063/16.pdf>.

Eduardo R. Soderó* (Argentina)

Los desafíos del positivismo de los derechos humanos. El sistema internacional de protección de los derechos humanos: *¿La pesadilla y el noble sueño?*

RESUMEN

La contribución se ocupa en particular del desafío que supone una nueva versión del positivismo jurídico desarrollada a partir del dogma de la obligatoriedad incondicionada de los precedentes emanados de las sentencias de los tribunales internacionales de derechos humanos, que sostiene –apelando a la doctrina del control de convencionalidad– que las pautas establecidas en aquellos deberían ser seguidas por los jueces nacionales en los casos análogos que se les sometan a decisión. Esta renovación positivista plantea una vez más el problema de si existen límites al contenido posible de las normas jurídicas incluidas en tratados y sentencias internacionales, postulándose la necesaria introducción de un examen de validez a la luz de principios suprapositivos.

Palabras clave: positivismo, control de convencionalidad, convenciones sobre derechos humanos, precedentes internacionales, principios suprapositivos.

ZUSAMMENFASSUNG

Der vorliegende Beitrag befasst sich insbesondere mit der Herausforderung, die mit einer neuen Sichtweise zum Rechtspositivismus verbunden ist, welche auf der Grundlage der Lehre von der unmittelbaren Bindungswirkung der durch die Urteile der internationalen Menschenrechtstribunale geschaffenen Präjudizien entwickelt wurde. Unter Berufung auf die Lehre von der Kontrolle der Vertragskonformität (*control de convencionalidad*) vertritt diese die Auffassung, dass die darin enthaltenen Grundsätze von den nationalen Gerichten

* Juez y profesor de Filosofía del Derecho de la Universidad Nacional del Litoral, Santa Fe (Argentina); Universidad de Buenos Aires, Universidad Austral, Buenos Aires; Pontificia Universidad Católica Argentina, Rosario; profesor invitado de la Universidad Panamericana, México, D. E.; *Gastprofessor*, Christian-Albrechts-Universität zu Kiel. eduardosoderó@yahoo.co.uk

bei der Entscheidungsfindung in vergleichbaren Fällen zu berücksichtigen seien. Diese rechtspositivistische Neuerung wirft einmal mehr die Frage auf, ob der mögliche Inhalt von Rechtsnormen, die sich aus internationalen Verträgen und Urteilen ergeben, Grenzen unterliegt. Dabei wird die Auffassung vertreten, dass die besagte Überprüfung der Gültigkeit im Lichte suprapositiver Grundsätze notwendig ist.

Schlagwörter: Positivismus, Kontrolle der Vertragskonformität, Menschenrechtskonventionen, internationale Präjudizien, suprapositive Grundsätze.

ABSTRACT

This paper is concerned with the challenge presented by a new version of legal positivism which has been developed from the dogma of unconditional applicability of precedents issued by international human rights courts. This dogma is based on the doctrine of control of conventionality and sustains that the rules established in these sentences must be followed by national judges in similar cases. This positivist renewal raises once again the problem of the limits to the possible content of the legal norms contained in international treaties and precedents, begging the question of whether the introduction of consideration of the legal validity of these legal norms is necessary in the light of such suprapositive principles.

Keywords: Positivism, control of conventionality, human rights conventions, international precedents, suprapositive principles.

1. El positivismo de los derechos humanos: ¿*déjà-vu*?

Hace dos siglos, el 21 de marzo de 1804, entraba en vigencia el *Code Civil des Français* y con ello se inauguraba una etapa en la historia del derecho¹ signada por la confianza absoluta en el derecho positivo –concebido como el único derecho– y la sujeción a la voluntad de un legislador racional² que –como el rey en otras épocas– “*can do no wrong*”,³ un paradigma en el cual el juez asumía el papel secundario imaginado ya an-

¹ Que duraría hasta la sentencia del Tribunal Militar Internacional de Núremberg, dictada el 16 de octubre de 1946.

² Ver François Ost y Michel van de Kerchove, “Rationalité et souveraineté du législateur, ‘paradigmes’ de la dogmatique juridique?”, en F. Ost y M. van de Kerchove, *Jalons pour une théorie critique du droit*, Bruxelles, Facultés Universitaires Saint-Louis, 1987, pp. 97 y ss.

³ Sobre la máxima “*the king can do no wrong*”, que se remonta al siglo XIII, ver sir William Searle Holdsworth, *A History of English Law*, 3rd. ed., London, Methuen & Co, 1923, iii. 464-6; sir Frederick Pollock and Frederic William Maitland, *The History of English Law before the Time of Edward I*, 2nd. ed., Cambridge, Cambridge University Press, 1898, vol. I, p. 515; H. G. Richardson and G. O. Sayles, *The English Parliament in the Middle Ages*, London, The Hambledon Press, 1981, p. 33; sir William Blackstone, *Commentaries on the Laws of England*, 15th. ed., London, printed by A. Strahan for T. Cadell and W. Davies, 1809, book 1st., p. 68.

tes de Montesquieu por Gerrard Winstanley, quien en 1652 decía que “es llamado juez aquel que es elegido para pronunciar la ley, puesto que es la boca de la ley”⁴

Los resultados de ese clima intelectual, que se tradujo en el reinado del *positivismo legalista*, son bien conocidos y fueron denunciados de manera definitiva por Radbruch en su opúsculo de posguerra “*Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht*”,⁵ al señalar que el nacionalsocialismo había logrado la obediencia de los juristas alemanes merced a la máxima “*Gesetz ist Gesetz*” (la ley es la ley), imperante ya en Weimar, “expresión de la mentalidad positivista” que entendía que la validez de una norma en nada dependía de su contenido moral.⁶

Resulta interesante observar –sin asumir con ello una defensa del determinismo–⁷ que hasta cierto punto la historia parece repetirse en nuestros días, y que así como una forma particularmente fuerte y longeva de positivismo jurídico se construyó a partir de ese *Code* gestado luego de una revolución que enarbolaba las banderas insospechadas de “libertad, igualdad, fraternidad”, y de una *Declaration* de la Asamblea Nacional que postulaba que el fundamento de todo gobierno eran los “derechos naturales, inalienables y sagrados del hombre”, numerosos datos evidencian que asistimos a un proceso que, detrás de análogos ideales, va adquiriendo algunas notas similares a las de aquel positivismo, paradójicamente al hilo de la expansión del sistema internacional de protección de los derechos humanos, que de tal suerte se debate –para emplear la conocida expresión de Hart– entre *la pesadilla y el noble sueño*.⁸

2. El Estado de derecho convencional y el “sistema internacional de protección de los derechos humanos”: dimensión formal o institucional

Repasemos brevemente el paradigma del *Estado de derecho convencional* vigente hoy en día, que proclama la expansión, universalización, inalienabilidad, intangibilidad e inviolabilidad de los derechos humanos, desde la creencia de que solo puede haber lugar para “pasos hacia adelante”, en una suerte de optimista progreso que se traduce asimismo en la búsqueda casi obsesiva de “nuevos derechos” que habrían sido desco-

⁴ “He who is chosen to pronounce the law is called judge, because he is the mouth of the law: for no single man ought to judge or interpret the law” (Gerrard Winstanley, *The Law of Freedom in a Platform: or the True Magistracy Restored* [London, 1652], New York, Schocken Books, 1973, p. 72).

⁵ En *Süddeutsche Juristen-Zeitung* I [1946], pp. 105-108.

⁶ *Ibid.*, p. 105.

⁷ Para cuya crítica me remito a Isaiah Berlin, *Historical Inevitability*, London, Geoffrey Cumberlege, 1954.

⁸ H.L.A. Hart, “American Jurisprudence through English Eyes: The Nightmare and the Noble Dream”, en H.L.A. Hart, *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, Oxford, Oxford University Press, 1983, pp. 123 y ss.

nocidos en ese antiguo modelo de Estado de derecho de fuerte impronta prejuiciosa y discriminatoria.

En el núcleo de este *Rechtsstaat* edificado a partir de la desaparición del Estado soberano clásico y del fin de los paradigmas (longevo y efímero, respectivamente) del Estado de derecho legal y del Estado de derecho constitucional, se encuentra un *sistema internacional de protección de derechos humanos* que, desde la supremacía del *ius gentium*,⁹ atraviesa todo el derecho interno y aparece *institucionalizado* a partir de la positivización de aquellos en *Bills of Rights* internacionales (las “convenciones de derechos humanos”) y del establecimiento de *tribunales internacionales permanentes* llamados a vigilar y asegurar su efectiva observancia a través de una forma novedosa de *judicial review* que materializa el “control de convencionalidad” mediante sentencias obligatorias para las partes, elementos ambos que en su conjunto dan expresión al moderno *international rule of law*.¹⁰

Este sistema ofrece oportunidades únicas en orden a la realización de los derechos humanos –y, con ello, de los ideales de libertad, justicia y paz–,¹¹ pero que también plantea desafíos urgentes, entre los cuales (y dejando de lado otros de similar importancia)¹² se destaca como decisivo el de si existen límites a los contenidos de tales tratados y sentencias,¹³ lo que en la práctica significa interrogarse, por un lado, acerca de si existe un *minimum* de derechos que necesariamente deben ser reconocidos y, por otro lado, si aquellos –parafraseando a Kelsen–¹⁴ podrían tener “cualquier contenido” en la determinación de los “suyos de cada uno”, todo lo cual exige ingresar a la polémica acerca del

⁹ Que en su hora fuera desarrollada en clave iusnaturalista por Francisco de Vitoria, Grocio, Puffendorf, Kant, de Vattel, entre otros, y que aquí se expresa en particular a través del principio de *pacta sunt servanda* (recibido en el artículo 27 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados).

¹⁰ Que, de todos modos, depende en gran medida de los jueces domésticos “para ser efectivo” (André Nollkaemper, *National Courts and the Rule of International Law*, Oxford, Oxford University Press, 2010, p. 301).

¹¹ Que, vale la pena recordarlo, inspiran la labor de la Fundación Konrad Adenauer.

¹² Así, el problema de la idoneidad de los “comités de expertos” que proyectan los instrumentos, o el de la legitimidad concreta de las “conferencias internacionales” que los aprueban, para no mencionar el grave déficit democrático que exhiben los procedimientos de elección de los jueces internacionales.

¹³ No puede ser este el lugar para ocuparnos del valor de las recomendaciones y otros instrumentos emanados de los numerosos comités y comisiones de derechos humanos que funcionan en la órbita de las Naciones Unidas y de la OEA, cuyas opiniones son frecuentemente citadas por los jueces (tal como se comprueba, por ejemplo, en la sentencia de la Corte Suprema de Justicia argentina *in re* “F.A.L.”, Fallos 335:197 [2012]). Al respecto, entre muchos, ver Pía Carazo Ortiz, “El Sistema Interamericano de Derechos Humanos: democracia y derechos humanos como factores integradores en Latinoamérica”, en Armin von Bogdandy, César Landa Arroyo y Mariela Morales Antoniazzi (eds.), *¿Integración suramericana a través del Derecho? Un análisis interdisciplinario y multifocal*, Madrid, Max Planck Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht/Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2009, pp. 270 y ss.

¹⁴ Hans Kelsen, *Reine Rechtslehre*, 2ª. ed., Wien, Franz Deuticke, 1960, p. 201.

concepto y fundamento de los “derechos humanos”, en la que pesan siempre las precomprensiones al respecto, y donde las consecuencias prácticas son enormes, alcanzando el plano de la justicia misma, tal como lo atestigua Buchenwald con su empleo coherente, aunque cínico, de la fórmula “*Jedem das Seine*” (*suum cuique tribuere*).¹⁵

3. La validez material de las normas convencionales y de los precedentes internacionales

Sabido es que frente al test de validez *exclusivamente formal* de las normas que definen el positivismo, el no positivismo postula la necesaria comprobación de su corrección (o justicia) *material*, a partir de la tesis de que la validez de todo derecho positivo está *condicionada por la moral*.¹⁶

Esto significa que tanto a las conferencias como a los tribunales internacionales les son plenamente aplicables prevenciones como las formuladas por el *Bundesverfassungsgericht* (BVerfG) (si bien con relación a los límites del *pouvoir constituant*), en el sentido de que ellos están sometidos “a los principios jurídicos suprapositivos presupuestos a todo derecho escrito”¹⁷ cuando sancionan las normas convencionales o establecen reglas precedenciales, respectivamente, lo que implica su invalidez en caso de que las violen,¹⁸ pues claro está –para seguir con las directivas del BVerfG– que tales conferencias o tribunales no podrían ordenar todo según su voluntad, suponiendo la tesis contraria “una recaída en la concepción de un positivismo legal libre de valoraciones (*wertungsfreien Gesetzespositivismus*) tal como la que ha sido superada hace tiempo en la ciencia y en la praxis jurídicas”.¹⁹

¹⁵ Está claro que para el guardia del campo de concentración era “justo” matar al prisionero judío que no lo saludaba, pues, desde la normatividad positiva que imperaba en tal infierno, este no tenía “ningún suyo”.

¹⁶ Al respecto ver, de mi autoría, “Robert Alexy und die Rehabilitierung der Frage nach dem Rechtsbegriff”, en Laura Clérico y Jan Reinard Sieckmann (eds.), *Grundrechte, Prinzipien und Argumentation. Studien zur Rechtslehre Robert Alexys*, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 2009, pp. 195-213; versión española bajo el título “Robert Alexy y la rehabilitación de la pregunta por el concepto del Derecho”, en Laura Clérico/Jan-R. Sieckmann/Daniel Oliver-Lalana (coords.), *Derechos fundamentales, principios y argumentación. Estudios sobre la teoría jurídica de Robert Alexy*, Editorial Comares, Granada, 2011, pp. 233-256.

¹⁷ “Südweststaat”, BVerfGE 1, 14, 61, 1951.

¹⁸ Lo que en el caso de las normas constitucionales daría lugar a las *verfassungswidrige Verfassungsnormen* (ver Otto Bachof, “Verfassungswidrige Verfassungsnormen”, en *Recht und Staat*, núms. 163-164, 1951, pp. 11 y ss.; también *Neue Juristische Wochenschrift*, 1952, p. 242. Sobre el tema me remito a mi trabajo “Sobre el antipositivismo jurídico del Bundesverfassungsgericht”, en Renato Rabbi-Baldi Cabanillas (coord.), *Las razones del derecho natural*, 2ª. ed., Buenos Aires, Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, 2008, pp. 389-410).

¹⁹ “Gleichberechtigung”, BVerfGE 3, 225, 232, 1953.

Por supuesto que la idea de un límite así nos conduce a otro problema, pues resulta claro que al hablar de principios suprapositivos no se está admitiendo un derecho natural cualquiera, de contenido infinitamente variable –para inspirarnos en el derecho natural de contenido variable (*Naturrecht wechsellenden Inhalts*) de que hablaba Stammler–,²⁰ sino solo uno fundado racionalmente, en clave –en definitiva– metafísica, tal como lo ha planteado el propio Alexy, coincidiendo en ello con la tradición clásica.²¹

4. Control de convencionalidad y *stare decisis* internacional

Pensando en la conexión entre convenciones y tribunales internacionales, cabe recordar que la herramienta de que se valen estos para hacer operativas a aquellas es conocida entre nosotros como *control de convencionalidad*, que se funda sobre el dato de que dichas convenciones integran el “derecho vigente” –desde el cual los jueces nacionales deben derivar razonadamente sus decisiones para los casos concretos–, articulando sus normas dentro del sistema jurídico (que a partir de Merkl-Kelsen se concibe como una construcción escalonada o *Stufenbau*)²² en una relación de superioridad respecto de las del derecho interno, tal como ha sido dicho en forma unánime por los propios *tribunales internacionales* (aunque se siga discutiendo entre los nacionales, como lo atestigua el caso alemán).²³

Ese control de convencionalidad no es exclusivo, sin embargo, del tribunal internacional –en concreto, de la Corte Interamericana–, sino que se impone como una tarea específica de los jueces nacionales, de la mano del *stare decisis* vertical internacional, según lo afirmara la propia Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso *Almonacid Arellano y otros vs. Chile. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*:

²⁰ Rudolf Stammler, *Wirtschaft und Recht nach der materialistischen Geschichtsauffassung. Eine philosophische Untersuchung*, Leipzig, Veit & Comp, 1896, pp. 184 y ss.

²¹ A la que en modo alguno puede imputársele incurrir en teologismos, del tipo que sí encontramos, por ejemplo, en Blackstone cuando, inspirado seguramente en Puffendorf, hablaba del “law of nature [...] dictated by God himself” (Blackstone, *op. cit.*, p. 41). Sobre el planteo metafísico de Alexy Robert Alexy, “Menschenrechte ohne Metaphysik?” In *Deutsche Zeitschrift für Philosophie* 52 (2004), pp. 15-24; versión española por José Antonio Seoane y Eduardo R. Soderó, “Derechos humanos sin metafísica”, en *La institucionalización de la justicia*, 2ª. ed., Granada, Comares, 2010, pp. 79-94.

²² Sobre este tema, ver de mi autoría, “Concepto del derecho y estructura del orden jurídico. Una reflexión crítica sobre la actualidad del paradigma kelseniano”, en AA. VV., *La teoría del derecho de Hans Kelsen*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2011, pp. 153 y ss.

²³ Entre las excepciones se apunta la Sala Constitucional de Costa Rica, que ha sostenido que en caso de conflicto entre una norma constitucional y una establecida en un tratado internacional de derechos humanos prevalece la segunda, siempre y cuando otorgue mayores derechos o garantías a la persona (Sentencia 3435, del 11 de noviembre de 1992). Está claro que no podemos ocuparnos aquí del problema que suscita la interpretación de los artículos 31 y 75, inciso 22 de la Constitución argentina.

[C]uando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar por que los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el poder judicial debe ejercer una especie de “control de convencionalidad” entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana.²⁴

Esta doctrina, que ha sido explícitamente seguida sin beneficio de inventario por la Corte Suprema de Justicia argentina,²⁵ tiene un elevado impacto para la praxis ordinaria, en particular porque redefine los rasgos del concepto de responsabilidad internacional por incumplimiento de tratados,²⁶ conectándonos con el *thema del precedential value*

²⁴ Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile, Sentencia de 26 de septiembre de 2006, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, párr. 124. También, sin modificaciones, caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú, Sentencia del 24 de septiembre de 2006, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, observando que “los órganos del Poder Judicial deben ejercer no solo un control de constitucionalidad, sino también ‘de convencionalidad’ *ex officio* entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes”. Ver también caso La Cantuta vs. Perú, Sentencia del 29 de noviembre de 2006, párr. 173; caso Boyce y otros, Sentencia del 20 de noviembre de 2007, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, párr. 78, donde se observa que el control de convencionalidad consiste en determinar si la norma en cuestión es “convencional”, esto es, acorde con la Convención de 1969; caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México, Sentencia del 26 de noviembre de 2010; caso Fermín Ramírez y Raxcacó Reyes vs. Guatemala, Sentencia del 9 de mayo de 2008; caso Gelman vs. Uruguay, Supervisión de cumplimiento de sentencia, Resolución del 20 de marzo de 2013, párr. 69.

²⁵ Así, Mazzeo (Fallos 330:3248 [2007]) y Videla, Jorge Rafael y Massera, Emilio Eduardo (Fallos 333:1657 [2010]), donde la Corte recordó que ella misma “ha precisado que a los efectos de resguardar las obligaciones asumidas por el Estado Argentino en el sistema interamericano de protección de los derechos humanos, la jurisprudencia de la Corte Interamericana es una insoslayable pauta de interpretación para los poderes constituidos argentinos en el ámbito de su competencia, y que dicho tribunal internacional ha considerado que el Poder Judicial debe ejercer una especie de ‘control de convencionalidad’ entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos, tarea en la que debe tener en cuenta no solamente el tratado sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana (Fallos 330:3248, considerandos 20 y 21)”, formulando observaciones adicionales respecto de la doctrina sentada en el caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú acerca de la necesidad de que dicho control sea realizado oficiosamente.

²⁶ Ver caso Ximenes Lopes, Sentencia del 4 de julio de 2006, Fondo, Reparaciones y Costas, párr. 172; caso Baldeón García, Sentencia del 6 de abril de 2006, Fondo, Reparaciones y Costas, párr. 140;

(o efecto precedencial) de las decisiones de los tribunales internacionales de derechos humanos en general, y de la propia Corte Interamericana de Derechos Humanos en particular, que resulta de gran relevancia porque “cualquier práctica de derechos humanos parece estar atada *prima facie* a la consideración de los precedentes para la solución de casos semejantes por el principio de igualdad”.²⁷

En tal sentido, cabe observar hasta qué punto el proceso de instauración de cortes internacionales permanentes de justicia ha dado lugar al desarrollo de un auténtico *case-law system* (una “red de casos”, para utilizar una terminología alexyana)²⁸ a partir de las sucesivas decisiones dictadas por ellas, que plantea el problema de la medida en la que las mismas “pueden” o “deben” ser consideradas; en otras palabras, el problema de si sus fallos exhiben o no un estatus de *legal authorities* que obligue (*bind*) al tribunal a “estar a lo resuelto” (*stare decisis et quieta non movere*).²⁹

Sobre esto, y en perspectiva comparada, incluso un tribunal tan celoso en la custodia de sus precedentes, como lo fue la *House of Lords* mientras ejerció funciones judiciales, “tomó debida nota” de las decisiones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos interpretando cláusulas de la Convención de Roma,³⁰ al punto de cambiar por tal motivo precedentes de reciente data, como aconteció *in re Purdy v. DPP*,³¹ abandonando el criterio sustentado en *Pretty*³² acerca de los alcances del llamado “derecho a morir”.

caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri, Sentencia del 8 de julio de 2004, Fondo, Reparaciones y Costas, párr. 72.

²⁷ Laura Clérico, “Hacia la reconstrucción de un modelo integrado de proporcionalidad a la luz de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en G. Capaldo, L. Clérico, J. Sieckmann (eds.), *Internacionalización del Derecho Constitucional-Constitucionalización del Derecho Internacional*, Buenos Aires, Eudeba, 2012, p. 218.

²⁸ Ver Robert Alexy, *Theorie der Grundrechte*, Frankfurt/M, Surhkamp, 1985, p. 507; Madrid Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007, p. 495.

²⁹ Al respecto, Neil Duxbury, *The Nature and Authority of Precedent*, Cambridge, Cambridge University Press, 2008, p. 12.

³⁰ Si bien seguramente por imperio de la *Human Rights Act* de 1998, cuya Sección 2 (1) establece que “A court or tribunal determining a question which has arisen in connection with a Convention right must take into account any (a) judgment, decision, declaration or advisory opinion of the European Court of Human Rights [...] whenever made or given, so far as, in the opinion of the court or tribunal, it is relevant to the proceeding in which that question has arisen”. Esta ley, que permite a un tribunal inglés apartarse de la jurisprudencia de un tribunal superior de ese mismo país cuando la decisión de esa *higher court* sea inconciliable con la Convención Europea de Derechos Humanos tal como ha sido entendida por la Corte de Estrasburgo, ha significado “una revolución en el sistema del Reino Unido” (Michael Zander, *The Law-Making Process*, 6th ed., Cambridge, Cambridge University Press, 2004, p. 255).

³¹ *R (on the application of Purdy) (Appellant) v. Director of Public Prosecutions (Respondent)* [2009], UKHL 45, de 30 de julio de 2009.

³² *R (Pretty) v. Director of Public Prosecutions (Secretary of State for the Home Department Intervening)* [2001], UKHL 61 [2002], 1 AC 800.

5. La posición de los jueces nacionales: el sistema interamericano

Enfocando el examen desde la posición en la que se encuentran los tribunales de los Estados parte del llamado Pacto de San José de Costa Rica, cabe recordar, por ejemplo, que la Corte Suprema argentina ha dicho que la autoridad de los precedentes de la Corte Interamericana de Derechos Humanos encuentra fundamento en la obligatoriedad que para los casos concretos tienen las decisiones de la misma cuando ha sido aceptada su jurisdicción,³³ por lo que si se encuentran en juego las cláusulas del Pacto, y la Corte Interamericana se ha expedido con relación a ellas, tales decisiones se presentan como razones de peso que deben ser “tomadas en serio” por los participantes en el discurso, especialmente si quien debe decidir es el máximo tribunal nacional, por la irreparabilidad de lo que resuelva desde el punto de vista de la responsabilidad internacional del Estado.

Desde mucho antes del nacimiento del “control de convencionalidad”, más específicamente a partir de *Ekmekdjian c. Sofovich*,³⁴ la Corte argentina venía desarrollando una línea de precedentes en el sentido de que la interpretación del Pacto debe “guiarse por la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”,³⁵ doctrina que se consolidó especialmente a la luz de la reforma de 1994 sobre la base del artículo 75, inciso 22, de la Carta Magna, donde el constituyente dispuso que los tratados de derechos humanos allí enumerados tienen jerarquía constitucional³⁶ “en las condiciones de su vigencia”. Esta fórmula ha sido entendida por la misma Corte en el sentido de que los tribunales argentinos deben interpretar y aplicar dichos tratados tal como ellos rigen en el ámbito internacional,³⁷ “considerando particularmente su efectiva aplicación

³³ Así, “Espósito, Miguel Angel s/ incidente de prescripción de la acción penal promovido por su defensa - Bulacio, Walter David”, Fallos 327:5668 [2004].

³⁴ Fallos 315:1492 [1992].

³⁵ Cons. 21. También “Alianza ‘Frente para la Unidad’ (elecciones provinciales gobernador y vicegobernador, diputados y senadores provinciales) s/ oficialización listas de candidatos - Romero Feris” (Fallos 324: 3143 [2001]; “Portal de Belén - Asociación Civil sin Fines de Lucro c/ Ministerio de Salud y Acción Social de la Nación s/amparo” (Fallos 325: 292 [2002]); “Acerbo” (Fallos 330: 3640 [2007]). Más recientemente, la Corte ha hablado de que las pautas de la Corte Interamericana son una “imprescindible pauta de interpretación de los deberes y obligaciones derivados de la Convención Americana sobre Derechos Humanos” (causa “Simón”, Fallos 328:2056, [2005]), o una “insoslayable pauta de interpretación para los poderes constituidos argentinos en el ámbito de su competencia y, en consecuencia, también para la Corte Suprema de Justicia de la Nación, a los efectos de resguardar las obligaciones asumidas por el Estado argentino en el sistema interamericano de protección de los derechos humanos” (Mazzeo, cit., cons. 20).

³⁶ Categorización polémica, si bien se mira, atento a que –a la luz del artículo 27 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados– en caso de conflicto entre tratados y constituciones nacionales, los jueces deben estar a las soluciones contenidas en los primeros.

³⁷ Así habrá que tener en cuenta el estatus del tratado o las reservas formuladas.

jurisprudencial por los tribunales internacionales competentes”,³⁸ lo cual –con relación al Pacto de San José de Costa Rica– nos conduce al estatus que, como vimos, la Corte Interamericana se ha autoatribuido –y nuestro máximo tribunal ha reconocido– en el sentido de ser la intérprete final de dicho Pacto,³⁹ lo que en la práctica la ha erigido en una suerte de “conferencia internacional en sesión permanente” que con sus decisiones no se limita a reproducir normas a la manera del juez de Winstanley o de Montesquieu, ni a “declarar el derecho” (lo cual representa “un cuento de hadas en el cual ya nadie cree”),⁴⁰ sino que frecuentemente elabora nuevas pautas invocando el Pacto, cuya novela “sigue escribiendo”, pautas que devienen en nuevas reglas de derecho internacional, “hechas por la Corte en solitario” (“made by the Court alone”).⁴¹

6. ¿Un nuevo positivismo de superprecedentes?

Las objeciones que pueden formularse contra un sistema tal se encuentran a la vista, y no solo reeditan las polémicas clásicas acerca de los límites del control judicial de validez de las leyes (pues también aquí encontramos, aunque agravados, los problemas de la “dificultad contramayoritaria”⁴² y de, como preguntaba Juvenal,⁴³ *quis custodiet ipsos custodes?*)⁴⁴ ya que existen aspectos que parecen anunciar el advenimiento de un nuevo paradigma positivista, más sofisticado, que se edifica sobre los que podríamos denominar “superprecedentes de derechos humanos”.

Es que así como las enfermedades mutan para vencer a las medicinas que amenazan su existencia, del mismo modo el positivismo –la más grave amenaza para los derechos humanos– ha ido renovando sus expresiones para superar modelos insostenibles (como el legalismo dogmático, el paleopositivismo a que alude Ferrajoli).⁴⁵ Y una de las reconfiguraciones más atrayentes es, a no dudarlo, esta que de la mano de ciertos precedentes se

³⁸ Así, “Giroldi” (Fallos 318:514 [1995]), entre otros.

³⁹ Sobre el tema, ver mi trabajo “Precedente e internacionalización del derecho constitucional”, en G. Capaldo, L. Clérico, J. Sieckmann (eds.), *op. cit.*, pp. 451-471, *passim*.

⁴⁰ Tal la expresión de lord Browne-Wilkinson en *Kleinwort Benson LTD. vs. Lincoln City Council, etc.* (House of Lords, 29 de octubre de 1998, 3 WLR 1095).

⁴¹ Para emplear palabras de Shahabuddeen (Mohamed Shahabuddeen, *Precedent in the World Court*, Hersch Lauterpacht Memorial Lectures, Grotius Publications, Cambridge, Cambridge University Press, 1996, p. 76).

⁴² Clásicamente, A. Bickel, *The Least Dangerous Branch: the Supreme Court and the Bar of Politics*, New Haven, Yale University Press, 1962.

⁴³ Decimi Junii Juvenalis Aquinatis, *Satirae*, VI, 345.

⁴⁴ Lo cual nos conduce ante el ya aludido tópico de los procedimientos de designación de esos jueces internacionales (acerca de lo cual sabemos que bien lejos estamos de asistir a los debates que, por ejemplo, se suscitan en el Senado estadounidense cuando se trata de nombrar un juez de la Supreme Court).

⁴⁵ Luigi Ferrajoli, “El constitucionalismo garantista. Entre paleo-iuspositivismo y neo-iusnaturalismo”, *Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 34, 2011, pp. 311-360..

presenta ante los jueces contemporáneos (y no solo los del *common law*) con exigencias intensas ante las cuales ellos mismos se encuentran en gran medida inermes, determinando que la polémica positivismo-antipositivismo en la práctica ya no gire exclusivamente en torno al problema clásico de la validez de las leyes gravemente inmorales (como las que autorizan el aborto, el alquiler de vientres,⁴⁶ la manipulación genética, la eutanasia, etc.), sino que se extienda al de los “precedentes extremadamente injustos” (es decir, al problema de la validez de las reglas o los principios que ellos establecen).

Para comprobar la posibilidad real de tales precedentes no hace falta ir a *Dred Scott v. Sanford*⁴⁷ o a los fallos del *Volksgerecht*, pues también encontramos ejemplos en nuestro tiempo: así, en 2012, la Argentina asistió a un fallo (F. A. L. sobre medida autosatisfactiva)⁴⁸ donde la Corte Suprema de Justicia estableció sorpresivamente un “derecho al aborto” con absoluto olvido de los derechos de quienes ella había considerado “personas” unos años atrás (caso Sánchez, Elvira, Fallos, 330:2304 [2007]). Ese mismo año, la Corte Interamericana de Derechos Humanos dictó un pronunciamiento en *Artavia Murillo y otros (fecundación in vitro) vs. Costa Rica*,⁴⁹ que demuestra paradigmáticamente hasta qué punto los tribunales internacionales de hoy parecen disponer de un poder absoluto, incluso *superior* al que se le reconocía al Parlamento en su época de oro como autoridad máxima del derecho, pues por entonces se aceptaba que para este también valían los límites de la *rerum natura* (“el parlamento puede hacer cualquier cosa, excepto convertir en hombre a una mujer, o a un hombre en una mujer”, decía el constitucionalista suizo del siglo XVIII Jean-Louis de Lolme en referencia al derecho inglés, citado sin mencionar la fuente por Albert Dicey).⁵⁰

En nuestro tiempo, y *contra tales límites*, los jueces han llegado a reconocer no solo que un hombre puede ser mujer (reconociéndole el derecho al cambio de sexo),⁵¹ sino –lo que es más dañoso aún– que directamente han negado el estatus de personas a quienes en realidad lo son, negación que se comprueba precisamente en *Artavia Murillo* (cit.), donde la Corte se atribuye el poder de decir quién es persona y quién no lo es y, sin dejar de recordar que ella misma había “señalado que el derecho a la vida presupone que

⁴⁶ Que plantean la moralidad de los pactos, a la manera del pagaré (bond) firmado por Antonio en favor de Shylock en *El mercader de Venecia*.

⁴⁷ 60 U.S. 393 (1856). Al respecto, ver John Finnis, *The Priority of Persons*, Collected Essays, vol. II - “Intention and Identity”, Oxford University Press, 2011, p. 26.

⁴⁸ Cit., con su secuela *Pro Familia Asociación Civil c. GCBA y otros*, fallos 335:2023, 11 de octubre de 2012.

⁴⁹ 28 de noviembre de 2012. Al respecto, ver la crítica de Daniel A. Herrera y Jorge Nicolás Laferrière, “¿Hacia un positivismo judicial internacional? Reflexiones sobre un fallo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la relativización del derecho a la vida”, L.L., 2013-B, p. 415.

⁵⁰ Albert Venn Dicey, *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, 8th ed., London, MacMillan, 1915, p. 41.

⁵¹ Así, ECtHR, *Van Kück vs. Germany*, del 12 de junio de 2003, afirmando que la cirugía para el cambio de sexo está comprendida dentro de los tratamientos “médicamente necesarios”.

ninguna persona sea privada de su vida arbitrariamente”,⁵² termina zanjando dogmáticamente un debate científico –y moral– a través de la regla de que el embrión humano no implantado no debe ser considerado persona en el sentido de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.⁵³

7. El seguimiento o apartamiento del precedente internacional incorrecto

Cuando los precedentes provienen de tal autoridad, el problema que se les plantea a los jueces nacionales es realmente grave y particularmente difícil de solucionar, pues mientras que frente a una convención de derechos humanos absurda existe el recurso de no adherir a ella en ejercicio de la propia soberanía, cuando se trata de precedentes de tribunales internacionales a cuya jurisdicción nos hemos sometido (como es el caso de la Corte IDH), la alternativa de “salirnos del sistema” se presenta como de difícil, por no decir imposible, materialización, quedando en consecuencia el juez ante una disyuntiva de hierro: se somete al criterio, bebiéndose la cicuta (como se ve en *La muerte de Sócrates*, de Jacques-Louis David, Metropolitan Museum of Art, New York), o se aparta del precedente, a riesgo de que se lo acuse de mal desempeño (e, incluso, de delito de prevaricato), desde la conciencia de que su sujeción es sobre todo “al derecho” (para recordar la fórmula del artículo 20.3 de la *Grundgesetz*).

Si la primera alternativa es la única posible (desterrando la posibilidad de apartamiento), entonces el derecho queda identificado en clave positivista con el mandato emanado de la voluntad del *soberano*, a la manera de Hobbes,⁵⁴ si bien ahora ese soberano no será otro que la Corte.

Sin embargo, es sabido que no existe algo así como un *dogma de infalibilidad* del tribunal internacional (pues también vale para él la advertencia del propio Hobbes acerca de que la *judicial reason* no es perfecta sino simplemente la razón natural de una persona

⁵² Párr. 172 y sus citas. En el trabajo ya aludido, Herrera y Laferrère observan que la Corte reconoce que en torno al comienzo de la vida humana había dos posturas en la causa y que, en definitiva, se inclinó por la más restrictiva para la protección del derecho a la vida, a pesar de que en su propia jurisprudencia había destacado que “no son admisibles enfoques restrictivos” de tal derecho (a partir del caso de los Niños de la Calle [Villagrán Morales y otros], Sentencia del 19 de noviembre de 1999, párr. 144).

⁵³ Lo que supone repetir el grave error del juez Taney en *Dred Scott* (cit.), remitiéndose a la consideración de los “negros” como “a subordinate and inferior class of beings” (p. 405), “so far inferior, that they had no rights which the white man was bound to respect”, por lo que “the negro might justly and lawfully be reduced to slavery for his benefit” (p. 407), concluyendo que la raza africana esclavizada no se consideraba incluida entre el “pueblo” cuyos *derechos inalienables* proclamaba la Declaración de Independencia.

⁵⁴ Al respecto, ver Pedro Rivas Palá, *El retorno a los orígenes de la tradición positivista. Una aproximación a la filosofía jurídica del positivismo ético contemporáneo*, Cuadernos Civitas, Navarra, Aranzadi, 2007, p. 18.

cualquiera, estando los jueces tan expuestos al error como cualquier otro),⁵⁵ por lo que necesariamente debe abrirse el camino para no seguir las soluciones que contienen tales sentencias en aras de la corrección a la que debe aspirar el derecho, abandonando sus criterios cuando “parece correcto hacerlo así”.⁵⁶

En tal caso, con todo, la autoridad institucional de la decisión exige justificar racionalmente el apartamiento, para lo cual no resulta una salida posible la de considerar, respecto de las decisiones de la Corte Interamericana, que el Pacto de San José de Costa Rica estrictamente dispone que su autoridad –en el sentido de obligatoriedad– se agota en los casos particulares en los cuales (y para los cuales) fueron dictadas⁵⁷ (dejemos de lado la posibilidad de que en tales casos se llegue a configurar una desobediencia invocando la propia soberanía –algo que se ha discutido en el caso *Gelman vs. Uruguay*),⁵⁸ pues tal argumento desconoce las razones que justifican la obligatoriedad *prima facie* de los precedentes (coherencia, igualdad, seguridad jurídica)–.

Será entonces necesario demostrar que las normas derivadas del precedente son contrarias a las convenciones que aplica el tribunal o a otras del derecho internacional, o directamente contradicen las normas suprapositivas inderogables de las que ya hemos hablado (asumiendo así un claro discurso antipositivista), como ya lo advertía Blackstone en sus *Commentaries* (1769), cuando tras señalar que “es una regla establecida (*established rule*) la de atenerse a los precedentes anteriores cuando los mismos puntos se presentan nuevamente en litigio: para mantener la balanza de la justicia firme y estable, y no sujeta a variación con la opinión de cada nuevo juez”,⁵⁹ destacaba que la obligación de someterse al precedente “admite excepciones cuando la decisión anterior es evidentemente contraria a la razón; y todavía más, si es claramente contraria a la ley divina. [...] La doctrina del derecho es entonces esta: que los precedentes y las reglas deben ser seguidos a menos de que sean netamente absurdos o injustos”.⁶⁰

⁵⁵ Thomas Hobbes, *Leviathan*, II, 26, 24.

⁵⁶ Para apelar a las palabras del *Practice Statement* de la House of Lords - *Practice Statement (Judicial Precedent)*, 1966, 1 WLR 1234; 3 All E.R. 77.

⁵⁷ Repárese en la última parte del párrafo 1 del artículo 68 del Pacto de San José de Costa Rica, ya citado: “Los Estados partes en la Convención se comprometen a cumplir la decisión de la Corte en todo caso en que sean partes”. Sobre el tema puede consultarse con provecho Alfredo M. Vítolo, “Una novedosa categoría jurídica: el ‘querer ser’. Acerca del pretendido carácter normativo *erga omnes* de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Las dos caras del ‘control de convencionalidad’”, *Revista Pensamiento Constitucional*, vol. 18, núm. 13, 385, 2013.

⁵⁸ Resuelto el 22 de febrero de 2013, donde la Suprema Corte apela al principio de irretroactividad de las normas penales, motivando la preocupación de la Corte Interamericana expuesta en su ulterior fallo del 20 de marzo de 2013, ya citado (ver, por ejemplo, punto 57, donde señala que las consideraciones del tribunal uruguayo acerca de la obligación de los Estados de ejercer el control de convencionalidad “podrían tener el efecto de obstaculizar o hacer ilusorio” el cumplimiento de sus decisiones). Pensemos en el caso *Olmedo Bustos y otros (La última tentación de Cristo) vs. Chile*, Sentencia del 5 de febrero de 2001, donde la Corte le ordena a este país nada menos que modificar su Constitución (en concreto, el art. 19.12 referido a la censura previa).

⁵⁹ Blackstone, *op. cit.*, pp. 68-69.

⁶⁰ *Ibid.*, pp. 69-70.

Es que, como lo demuestra la fórmula de Radbruch, la justicia o corrección a que debe aspirar el derecho no se agota en la seguridad jurídica, existiendo además una dimensión material (en el sentido de justicia sustantiva) que en ocasiones colisiona con aquella –evidenciando así la *dual nature* del derecho–⁶¹ y que obliga a realizar una *ponderación* cuando no resulte posible dejar incólume al precedente apelando a la distinción entre *ratio decidendi* y *obiter dictum* o a la técnica del *distinguishing*.

En esa ponderación, el juez deberá considerar tanto los principios *formales* que sustentan la obligatoriedad de los precedentes del tribunal internacional, por un lado, o la existencia de márgenes de apreciación en cabeza de las autoridades judiciales nacionales soberanas que justifican la adopción de criterios distintos de aquellos, por otro lado,⁶² como los *principios materiales* que expresan los bienes individuales y/o colectivos beneficiados o afectados por la norma del concreto precedente,⁶³ todo lo cual demuestra que en definitiva la autoridad del precedente (expuesto siempre al *overruling*) depende de la *corrección* de su discurso justificatorio y de la norma general que sienta.

8. Conclusiones: ¿Cuál es nuestra responsabilidad en este tema?

Nada más lejos del ánimo que inspira a estas reflexiones que la intención de desconocer la importancia y el valor de los procesos de “constitucionalización del derecho internacional” e “internacionalización del derecho constitucional”, que –a no dudarlo– pueden abrir la puerta hacia la plenitud del *rule of law*, del bien común nacional e internacional. Tampoco al rechazar que los derechos humanos sean lo que la Corte Interamericana dice que son⁶⁴ se pretende hacer una defensa de la propuesta de “desjudicializar al máximo” los derechos humanos, del tipo que encontramos en Campbell⁶⁵

⁶¹ Robert Alexy, “An Answer to Joseph Raz”, en George Pavlakos, *Law, Rights and Discourse: The Legal Philosophy of Robert Alexy*, Oxford and Portland, Hart Publishing, 2007, pp. 37 y 52.

⁶² Cuya consideración supondrá anticipar el probable juicio de la Corte en caso de llegar a revisar la decisión.

⁶³ Recordemos al respecto que para Alexy, “*procedural formal principles can override substantive constitutional rights principles only in connection with other substantive principle*” (Robert Alexy, “Postscript”, en *A Theory of Constitutional Rights*, Oxford, Oxford University Press, 2002, p. 423). Es decir que para prevalecer sobre un principio sustantivo necesitan combinarse con al menos un principio de esa misma naturaleza (ver Martin Borowski, “The Structure of Formal Principles - Robert Alexy’s ‘Law of Combination’”, en *On the Nature of Legal Principles*, Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie, Beiheft 119, 2010, p. 19).

⁶⁴ Parfraseando la conocida expresión de Charles Evans Hughes, “Speech Before the Chamber of Commerce”, May 3, 1907, *Public Papers of Charles Evans Hughes*, Albany, J.B. Lyons co., State Printers, 1908, p. 139.

⁶⁵ Tom Campbell, *The Legal Theory of Ethical Positivism*, Dartmouth, Ardelshot, 1996, p. 149. Ver Rivas Palá, *op. cit.*, pp. 109 y 134 y ss.

y que, en definitiva, dejaría en las solas manos de las mayorías la definición de los mismos por vía legislativa.

Se trata, por el contrario, de asegurar que las herramientas institucionales históricamente desconocidas de que hoy disponemos para la defensa y promoción de los derechos humanos cumplan en verdad tales fines, lo que se verifica cuando se respeta la dignidad del hombre.

Para ello, el desafío central es *impedir que durmamos el sueño de los troyanos*, desde la creencia de que hemos alcanzado un estadio de seguridad en el cual los derechos humanos, incorporados al derecho positivo (pensemos en lo que al respecto propone el positivismo incluyente),⁶⁶ ya no se discuten y son objeto de aplicación racional por parte de los jueces, en una suerte del “mejor de los mundos posibles” del Cándido de Voltaire. Esa creencia puede convertirse en un grave y riesgoso error colectivo (que torne ilusorios los derechos, a la manera de los unicornios a que aludía MacIntyre), a menos que se logre mantener viva la conciencia de la necesidad del *debate sobre la naturaleza y el fundamento de esos derechos humanos*, y sobre las competencias (y sus límites) de quienes imponen las convenciones o dictan las sentencias internacionales, lo cual permitirá evaluar críticamente las *authorities* (tratados, precedentes) con las que debemos operar.

Ese debate –que forma parte de lo que se ha dado en llamar “batalla retórica por los derechos humanos”– debe ser un diálogo de “búsqueda de la verdad” desarrollado en condiciones de libertad y respeto hacia las ideas del otro,⁶⁷ sin dogmas, lo cual importa el rechazo de la “idolatría del pensamiento propio”, de la “dictadura del pensamiento único” que dice: “hoy se debe pensar así y si tú no piensas así no eres moderno, no eres abierto”,⁶⁸ dictadura que siempre “ha causado desgracias en la historia de la humanidad”,⁶⁹ tal como –para terminar con una nueva referencia a la historia francesa– ocurrió con el Terror, que apeló a la guillotina en la Plaza de la Concordia y en el Campo de Marte (el mismo lugar donde también festejaría su culto al Ser Supremo), para imponer los ideales revolucionarios que proclamaban sus líderes, aunque sin intenciones de traducirlos en derechos concretos para los que no pensaban ni actuaban como ellos, y que por ello eran vistos como enemigos de la República.

⁶⁶ Así, el Hart del “Postcript”, en H.L.A. Hart, *The Concept of Law* (ed. rev. por P. Bulloch y J. Raz), Oxford, Clarendon Press, 1994, p. 269.

⁶⁷ Una de las ideas básicas de la teoría del discurso es, precisamente, la exigencia de que las concepciones de los demás sean consideradas “por principio como igualmente legítimas (*gleichberechtigt*)”, tal como lo observara Alexy, citando al BVerfG, en su sentencia sobre el Partido Comunista de Alemania (BVerfGE 5, 85, 206, 1956) (Robert Alexy, “Grundgesetz und Diskurstheorie”, en W. Brugger (ed.), *Legitimation des Grundgesetzes aus Sicht von Rechtsphilosophie und Gesellschaftstheorie*, Baden-Baden, 1996, pp. 343-360; versión española de Daniel Oliver-Lalana, “Ley Fundamental y teoría del discurso”, en Nancy Cardinaux, Laura Clérico y Aníbal D’Auria (eds.), *Las razones de la producción del derecho*, Buenos Aires, 2006, pp. 19-38).

⁶⁸ Podríamos agregar: no eres un juez democrático y, por ello, te vamos a perseguir y destituir.

⁶⁹ Homilía del papa Francisco en la misa diaria de Santa Marta, 10 de abril de 2014, en *L’Osservatore Romano*, edición española, núm. 16, viernes 18 de abril de 2014, p. 4).

Bibliografía

- ALEXY, Robert, “Grundgesetz und Diskurstheorie”, en W. BRUGGER (ed.), *Legitimation des Grundgesetzes aus Sicht von Rechtsphilosophie und Gesellschaftstheorie*, Baden-Baden, Nomos, 1996.
- _____, *A Theory of Constitutional Rights*, Oxford, Oxford University Press, 2002.
- _____, “An Answer to Joseph Raz”, en George PAVLAKOS, *Law, Rights and Discourse: The Legal Philosophy of Robert Alexy*, Oxford and Portland, Hart Publishing, 2007.
- _____, *Teoría de los derechos fundamentales*, 2ª. ed. Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007.
- BACHOF, Otto, “Verfassungswidrige Verfassungsnormen”, *Recht und Staat*, núms. 163-164, 1951, pp. 11 y ss.
- BERLIN, Isaiah, *Historical Inevitability*, London, Geoffrey Cumberlege, 1954.
- BICKEL, A., *The Least Dangerous Branch: the Supreme Court and the Bar of Politics*, New Haven, Yale University Press, 1962.
- BLACKSTONE, William, *Commentaries on the Laws of England*, 15th. ed., London, printed by A. Strahan for T. Cadell and W. Davies, 1809.
- BOROWSKI, Martin, “The Structure of Formal Principles – Robert Alexy’s ‘Law of Combination’”, en *On the Nature of Legal Principles*, Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie, Beiheft 119, 2010, p. 19.
- CAMPBELL, Tom, *The Legal Theory of Ethical Positivism*, Dartmouth, Ardelshot, 1996.
- CARAZO ORTIZ, Pía, “El Sistema Interamericano de Derechos Humanos: democracia y derechos humanos como factores integradores en Latinoamérica”, en Armin VON BOGDANDY, César LANDA ARROYO y Mariela MORALES ANTONIAZZI (eds.), *¿Integración suramericana a través del Derecho? Un análisis interdisciplinario y multifocal*, Madrid, Max Planck Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht/ Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2009, pp. 270 y ss.
- CLÉRICO, Laura, “Hacia la reconstrucción de un modelo integrado de proporcionalidad a la luz de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en G. CAPALDO, L. CLÉRICO, J. SIECKMANN (eds.), *Internacionalización del Derecho Constitucional-Constitucionalización del Derecho Internacional*, Buenos Aires, Eudeba, 2012.
- DICEY, Albert Venn, *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, 8th ed., London, MacMillan, 1915.
- DUXBURY, Neil, *The Nature and Authority of Precedent*, Cambridge, Cambridge University Press, 2008.
- FERRAJOLI, Luigi, “El constitucionalismo garantista. Entre paleo-iuspositivismo y neo-iusnaturalismo”, *Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 34, 2011, pp. 311-360.
- HART, H.L.A., “American Jurisprudence through English Eyes: The Nightmare and the Noble Dream”, en H.L.A. HART, *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, Oxford, Oxford University Press, 1983.
- _____, “Postcript”, en H.L.A. HART, *The Concept of Law*, Oxford, Clarendon Press, 1994.

- HERRERA, Daniel A. y Jorge Nicolás LAFERRIÈRE, “¿Hacia un positivismo judicial internacional? Reflexiones sobre un fallo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la relativización del derecho a la vida”, L.L., 2013-B, p. 415.
- HOBBS, Thomas, *Leviathan*, II, 26, 24.
- HOLDSWORTH, William Searle, *A History of English Law*, 3rd. ed., London, Methuen & Co, 1923.
- HUGHES, Charles Evans, *Public Papers of Charles Evans Hughes*, Albany, J.B. Lyons co., State Printers, 1908.
- KELSEN, Hans, *Reine Rechtslehre*, 2ª. ed., Wien, Franz Deuticke, 1960.
- NOLLKAEMPER, André, *National Courts and the Rule of International Law*, Oxford, Oxford University Press, 2010.
- OLIVER-LALANA, Daniel, “Ley Fundamental y teoría del discurso”, en Nancy CARDINAUX, Laura CLÉRICO y Aníbal D’AURIA (eds.), *Las razones de la producción del derecho*, Buenos Aires, Universidad de Buenos Aires, 2006.
- OST, François y Michel VAN DE KERCHOVE, “Rationalité et souveraineté du législateur, ‘paradigmes’ de la dogmatique juridique?”, F. OST y M. VAN DE KERCHOVE, *Jalons pour une théorie critique du droit*, Bruxelles, Facultés Universitaires Saint-Louis, 1987.
- POLLOCK, Frederick, and Frederic William MAITLAND, *The History of English Law before the Time of Edward I*, 2nd. ed., Cambridge University Press, 1898.
- RICHARDSON, H. G., and G. O. SAYLES, *The English Parliament in the Middle Ages*, London, The Hambledon Press, 1981.
- RIVAS PALÁ, Pedro, *El retorno a los orígenes de la tradición positivista. Una aproximación a la filosofía jurídica del positivismo ético contemporáneo*, Cuadernos Civitas, Navarra, Aranzadi, 2007.
- SHAHABUDEEN, Mohamed, *Precedent in the World Court*, Hersch Lauterpacht Memorial Lectures, Grotius Publications, Cambridge, Cambridge University Press, 1996.
- SODERO, Eduardo R., “Sobre el antipositivismo jurídico del Bundesverfassungsgericht”, en Renato RABBI-BALDI CABANILLAS (coord.), *Las razones del derecho natural*, 2ª. ed., Buenos Aires, Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, 2008.
- _____, “Robert Alexy und die Rehabilitierung der Frage nach dem Rechtsbegriff”, en Laura CLÉRICO y Jan Reinard SIECKMANN (eds.), *Grundrechte, Prinzipien und Argumentation. Studien zur Rechtstheorie Robert Alexys*, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 2009.
- _____, “Concepto del derecho y estructura del orden jurídico. Una reflexión crítica sobre la actualidad del paradigma kelseniano”, en AA.VV., *La teoría del derecho de Hans Kelsen*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2011.
- STAMMLER, Rudolf, *Wirtschaft und Recht nach der materialistischen Geschichtsauffassung. Eine philosophische Untersuchung*, Leipzig, Veit & Comp, 1896.
- VÍTOLO, Alfredo M., “Una novedosa categoría jurídica: el ‘querer ser’. Acerca del pretendido carácter normativo *erga omnes* de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Las dos caras del ‘control de convencionalidad’”, *Revista Pensamiento Constitucional*, vol. 18, núm. 13, 385, 2013.

WINSTANLEY, Gerrard, *The Law of Freedom in a Platform: or the True Magistracy Restored* [London, 1652], New York, Schocken Books, 1973.

ZANDER, Michael, *The Law-Making Process*, 6th ed., Cambridge, Cambridge University Press, 2004.

VI. Estado de derecho desde una perspectiva filosófica

- Luis Fernando Barzotto, Brasil
Legalidade e direito natural institucional
- Fernando Adrián Bermúdez, Argentina
El estado de excepción como paradigma de gobierno en Giorgio Agamben
- Eliana de Rosa, Argentina
El ideal del *rule of law* en la teoría jurídica de John Finnis
- Ramiro Dillon, Argentina
Del Estado de derecho al Estado constitucional de derecho.
La revolución legal mundial según Carl Schmitt
- Daniel Alejandro Herrera, Argentina
Del Estado de derecho moderno al actual. Paradojas y justificaciones
- Maris Köpcke Tinturé, Inglaterra
Desafíos del *rule of law*
- Julio E. Lalanne, Argentina
¿Gobierno de la ley o gobierno de los hombres?
El problema en Platón y Aristóteles
- Carlos I. Massini-Correas, Argentina
Sobre el *rule of law* y el concepto práctico del derecho
- Carlos Diego Martínez-Cinca, Chile
Los casos difíciles y el pragmatismo de los jueces.
Claves de la declinación del Estado de derecho
- Juan Fernando Segovia, Argentina
Los condicionamientos metaconstitucionales del derecho estatal
- Angela Vidal da Silva Martins, Brasil
Fundamentos procedimentais do Estado democrático de direito em Lon Fuller
- Rodolfo Vigo, Argentina
Un concepto de validez jurídica funcional al *rule of law*

Luis Fernando Barzotto* (Brasil)

Legalidade e direito natural institucional

RESUMO

Na sua obra *The morality of law*, Lon Fuller pretende indicar oito regras ou princípios da legalidade (*principles of legality*) que orientam a atividade da legislação. Nesta obra, a legalidade apresenta-se como um exemplo de uma concepção procedimental ou institucional do direito natural (*procedural natural law* ou *institutional natural law*). O objeto do “jusnaturalismo institucional” de Fuller não é o conteúdo ético universal do direito (direito natural substantivo), o seu modo formal-procedimental de existência (direito natural institucional). O artigo consta de quatro partes. Na primeira, vem exposto o projeto de jusnaturalismo institucional de Fuller. Na segunda parte, são expostos os oito princípios da legalidade de Fuller, bem como é indicada a sua presença igualmente na obra de Tomás de Aquino, Thomas Hobbes e Friedrich von Hayek. A intenção é demonstrar que os oito princípios da legalidade devem considerar-se empiricamente evidentes, e, portanto, imunes a divergências teóricas. Na terceira parte haverá o recurso a alguns conceitos de Wittgenstein e de John Searle, que iluminam o aspecto metodológico do jusnaturalismo institucional. Na quarta parte será apontado que o projeto de um jusnaturalismo institucional já está presente na reflexão tomista sobre o *jus gentium*. Na conclusão vamos recorrer às contribuições de Jeremy Waldron para estabelecer o *locus* do jusnaturalismo institucional no interior da tradição jusnaturalista.

Palavras-chave: *Rule of law*, Lon Fuller, jusnaturalismo institucional, Legalidade.

ZUSAMMENFASSUNG

In seinem Werk *The morality of law* unternimmt es Lon Fuller, acht Regeln oder Grundsätze der Rechtlichkeit (*principles of legality*) zur Orientierung der Gesetzgebung aufzustellen. Dabei wird die Rechtlichkeit als Ausdruck einer verfahrens- oder institutionenbezogenen Naturrechtskonzeption (*procedural natural law* oder *institutional natural law*) vorgestellt.

* Professor de Filosofia do Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Doutor em Direito pela Universidade de São Paulo (USP). luis.barzotto@ufrgs.br.

Gegenstand von Fullers "institutionellem Naturrechtsverständnis" ist weder der universelle ethische Gehalt des Rechts (substantielles Naturrecht) noch seine formal-verfahrensmäßige Ausprägung (institutionalisiertes Naturrecht).

Der Artikel gliedert sich in vier Teile. Der erste stellt Fullers Projekt des institutionalisierten Naturrechts vor. Im zweiten werden Fullers acht Grundsätze der Rechtlichkeit dargestellt, und es wird auf deren Vorliegen im Werk von Thomas von Aquin, Thomas Hobbes und Friedrich von Hayek verwiesen. Dadurch soll verdeutlicht werden, dass die acht Grundsätze der Rechtlichkeit als empirisch erwiesen und somit als gegen theoretische Divergenzen immun zu begreifen sind. Der dritte Teil geht zur Klärung des Methodenaspektes beim institutionalisierten Naturrecht auf einige Konzepte von Wittgenstein und John Searle ein. Im vierten Teil wird verdeutlicht, dass das Projekt des institutionalisierten Naturrechts bereits in der thomistischen Reflexion über das *ius gentium* angelegt ist. Abschließend wird auf die Beiträge Jeremy Waldrons eingegangen, um das institutionalisierte Naturrecht in der naturrechtlichen Tradition zu verorten.

Schlagwörter: Rechtsstaat, Lon Fuller, institutioneller Rechtsnaturalismus, Rechtlichkeit.

ABSTRACT

In his work *The morality of law*, Lon Fuller attempts to indicate eight rules or *principles of legality* which guide the activity of legislation. In this work, legality is featured as an example of a procedural or institutional conception of natural law (*procedural natural law* or *institutional natural law*). The object of Fuller's "institutional jusnaturalism" is not the universal ethical content of law (substantive natural law), or its formal-procedural mode of existence (institutional natural law).

The article consists of four parts. The first part explains the institutional jusnaturalism project of Fuller. The second part states the eight legality principles of Fuller, and makes reference to its presence in the works of Tomás de Aquino, Thomas Hobbes and Friedrich von Hayek. The intention is to prove that the eight principles of legality must be deemed empirically evident, and therefore not affected by theoretical divergences. In the third part we appeal to some of the concepts of Wittgenstein and John Searle, which illuminate the methodological aspect of institutional jusnaturalism. In the fourth part it is pointed out that the institutional jusnaturalism project is already present in Tomás' reflection on *jus gentium*. In the conclusion we go through Jeremy Waldron's contributions to establish the *locus* of the institutional jusnaturalism within a jusnaturalist tradition.

Keywords: Rule of law, Lon Fuller, Institutional Jusnaturalism, Legality.

1. O jusnaturalismo institucional

Em uma obra cuja edição definitiva é de 1969, *The morality of law*, Lon Fuller inova a compreensão do direito natural. Até então, o jusnaturalismo era entendido, tanto por seus defensores como por seus detratores, como uma teoria moral substantiva. Nesta,

determinados princípios ou valores éticos assumem o estatuto de verdades práticas universais, desempenhando a função de critérios de avaliação do fenômeno jurídico. Fuller, sem negar esta dimensão substantiva do jusnaturalismo, acrescenta uma dimensão procedimental (*procedural*) ou institucional (*institutional*) que também possuiria um caráter ético, mas que repousaria sobre aspectos formais e não materiais da experiência jurídica.

Na obra citada Fuller analisa oito características que estariam presentes na atividade legislativa, entendendo a legislação (*lawmaking*) como “o empreendimento (*enterprise*) de sujeitar a conduta humana ao governo de regras.”¹ Como tal, a lei é uma expressão “da capacidade humana de criar e projetar ordem”.² Nesta visão, Fuller dá continuidade à visão do jusnaturalismo clássico: para Aristóteles “a lei (*nomos*) é uma certa ordem (*taxis*)”³ e segundo Tomás de Aquino “a lei (*lex*) é uma arte de (...) ordenar a vida humana.”⁴

Ao assumir este empreendimento, o legislador deve, necessariamente, submeter-se aos “princípios da legalidade” (*principles of legality*)⁵, a saber: “oito *standards* sobre cuja base se pode falar de um grau de excelência no âmbito da legalidade.”⁶ São eles:

1. Generalidade (das regras)
2. Promulgação
3. Prospectividade ou irretroatividade
4. Clareza
5. Consistência (não-contradição)
6. Possibilidade (as leis não podem exigir o impossível)
7. Estabilidade
8. Congruência (entre as leis editadas e a ação oficial)

A existência destes princípios e o modo de conhecê-los são explicados do seguinte modo por Fuller:

Em quase todas as sociedades os seres humanos tornam-se conscientes da necessidade de sujeitar certas condutas ao explícito controle de regras. Quando

¹ Lon Fuller, *The morality of law* (daqui em diante, ML), p. 74. No texto de Fuller, esta é uma definição de *law*, direito ou lei. A ambigüidade do termo reflete-se na obra de Fuller, em que *law* significa tanto direito como lei. Não nos ocuparemos de qual seria a melhor apreensão global da obra de Fuller. Neste artigo, vamos interpretá-lo como estando ocupado com o fenômeno da lei e da legislação, sem excluir que sua análise tenha um alcance mais amplo. Para uma interpretação nesta última direção, cf. Ângela Vidal Martins: *A moralidade do direito*, Porto Alegre, Lex Magister, 2013.

² Lon Fuller, *A reply to professors Cohen and Dworkin*, p. 665.

³ Aristóteles, *Política* VII, 1326 a 30.

⁴ Tomás de Aquino, *Suma Teológica*, I-II, q. 104, a.4. Daqui em diante, S.T.

⁵ ML, p. 206. Aqui cabe também observar que o termo *legality* pode ser traduzido por juridicidade. Contudo, pelas razões expressas na nota 1, vamos traduzi-lo por “legalidade”.

⁶ ML, p. 42.

ingressam neste empreendimento (...), eles descobrem que este (...) possui uma lógica interna (*inner logic*) própria, que ela estabelece exigências (*demands*) que devem ser satisfeitas para que os seus objetivos sejam alcançados. É porque os homens geralmente percebem estas exigências e as respeitam, que os sistemas jurídicos mostram uma certa semelhança em sociedades que são totalmente diversas. É porque a lei é um empreendimento com um propósito, que ela mostra constantes estruturais (*structural constancies*) que o teórico do direito pode descobrir e tratar como uniformidades que estão dadas factualmente.”⁷

Estes princípios admitem um grau maior ou menor de realização. Mas sem um atendimento em um grau mínimo das exigências destes princípios, não há legislação. Isto porque eles expressam as condições para que o empreendimento legislativo seja bem sucedido. Como tal, eles se impõem ao legislador, independentemente das finalidades concretas que ele busca obter com a legislação, e, por extensão, impõe-se ao teórico, independentemente da sua filiação a esta ou aquela tradição filosófica.⁸ O compromisso do legislador com esses princípios “não é apenas um elemento de um ‘modelo conceitual’: ele é parte da realidade social”.⁹ Se o conjunto destes princípios for designado, como sugere John Finnis, pela expressão *rule of law*,¹⁰ obtém-se uma conexão empiricamente verificável entre *law* –lei– e *rule of law* – império da lei. Todo legislador que quer que a lei (*law*) editada por ele governe (*rule*) efetivamente a conduta dos destinatários, deve obedecer aos oito princípios da legalidade. Sem a adesão aos princípios da legalidade (*rule of law*), o legislador não alcança a produzir uma lei (*law*): “devo desculpar-me pela insistência sobre uma tese tão óbvia como aquela segundo a qual uma adesão mínima” aos princípios da legalidade “é essencial à eficácia prática da lei, se este ponto não fosse frequentemente ignorado.”¹¹ O legislador, assim como o carpinteiro, deve seguir as “leis naturais” da sua própria atividade, se quer que ela seja efetiva. De fato, os princípios do *rule of law* têm para o legislador o mesmo estatuto “das leis naturais (*natural laws*) da carpintaria, ou ao menos daquelas leis respeitadas por um carpinteiro o qual quer que a casa na qual trabalha dure e sirva ao propósito daqueles que vivem nela.”¹²

Contudo, não é porque os princípios da legalidade sejam constantes estruturais fácticas da legislação que eles carecem de natureza moral. Na verdade, o objetivo da obra de Fuller é defender sua natureza intrinsecamente moral: os oito princípios arrolados formam a moralidade interna da lei (*law's internal morality*). A lei possui uma natureza moral pelo seu propósito intrínseco, que é o de ordenar a vida em sociedade: “Eu acre-

⁷ ML, p. 151.

⁸ Este ponto será ilustrado mais adiante, indicando a presença dos princípios da legalidade nas obras de Tomás de Aquino, Thomas Hobbes e Friedrich von Hayek.

⁹ ML, p. 219.

¹⁰ John Finnis, *Natural law and natural rights*, p. 270.

¹¹ ML, p. 156.

¹² ML, p. 96.

dito que ordem, clareza e coerência possuem uma afinidade com bondade e conduta moral.”¹³ Por meio da ordenação da conduta humana, a lei busca fins materiais. Estes objetivos externos à ordem imposta pela lei integram o que Fuller denomina “moralidade externa” da lei. Ainda que as duas moralidades interajam de várias formas, o que deve ser retido é a prioridade, para o ponto de vista jurídico, da moralidade interna em relação à moralidade externa. Assim, por exemplo, o juiz, ao aplicar a lei, deve orientar-se prioritariamente pela moralidade interna da lei:

Lá onde se trata de propósitos extrínsecos ao direito, faz parte do *ethos* do ofício do juiz que ele permaneça, tanto quanto seja possível às capacidades humanas, neutro diante às posições morais que podem estar presentes na lei sobre questões como divórcio, contracepção, jogo de azar, ou requisição de bens de propriedade privada para motivos de utilidade pública.

Mas as mesmas considerações que pedem uma postura de neutralidade diante dos objetivos externos do direito pedem um empenho da parte do juiz face à moralidade interna do direito (*law's internal morality*). Seria, por exemplo, uma abdicação das responsabilidades do seu ofício, uma posição neutral que fosse assumida pelo juiz entre uma interpretação do direito que implicasse obediência a este nos limites da capacidade do cidadão comum, e uma interpretação que tornasse impossível a este último a observância das suas disposições.¹⁴

No texto citado, Fuller está se referindo a um dos oito princípios ou *standards* da legalidade: a possibilidade de obediência ao que a lei prescreve. Formando parte da moralidade interna da lei, o juiz está absolutamente vinculado a este *standard*. Ele não pode interpretar a lei de tal modo que seu cumprimento se torne impossível ao cidadão. Ao mesmo tempo, pode acontecer que a interpretação juridicamente mais adequada seja contrária aos seus valores morais particulares, pois sua posição de juiz faz dele o guardião da lei e de sua moralidade interna, e não um tirano togado que impõe a seus concidadãos a sua concepção moral, que Fuller denomina de “externa” à lei.

Como a moralidade interna da lei se orienta pelo propósito formal da mesma, a saber: estabelecer a ordem nas relações sociais, pode-se falar aqui de “uma espécie procedimental (*procedural*) ou institucional (*institutional*) de direito natural”¹⁵:

Um modo conveniente (...) de descrever a distinção feita [entre moralidade interna e moralidade externa do direito], é aquele de falar de um direito natural procedimental como distinto de um direito natural substancial (*substantive natural law*). Aquela que eu chamei moralidade interna do direito é neste sentido uma versão procedimental do direito natural (...). O termo procedimental (*procedural*)

¹³ Lon Fuller, *Reply to professors Cohen and Dworkin*, p. 666.

¹⁴ ML, pp. 131-132.

¹⁵ ML, p. 184.

é muito apropriado enquanto capaz de indicar que não estamos interessados nos objetivos substanciais das regras jurídicas, mas nos modos como um sistema de regras voltado a governar a conduta humana deve ser construído e administrado se pretende ser eficaz e ao mesmo tempo permanecer aquilo que se propõe a ser.¹⁶

A moralidade interna da lei ou *rule of law*, além de constituir um conjunto de “leis naturais” para a legislação em um sentido fático – não há lei sem o *rule of law*, assim como uma casa não pode ser construída se não forem seguidas as “leis naturais” da carpintaria –, expressa um sentido normativo: o de que os princípios da legalidade constituem deveres para o legislador. Isso conecta o direito natural procedimental ou institucional de Fuller com a tradição do direito natural, pois os oito princípios da legalidade são constitutivos (fáticos) mas também normativos (éticos): eles expressam o que é devido em termos institucionais aos seres humanos considerados como seres livres:

A moral da lei (*legal morality*) pode ser neutra acerca de uma vasta série de questões éticas. Ela não pode ser neutra acerca da concepção do próprio homem. Engajar-se no empreendimento de sujeitar a conduta humana ao governo de regras necessariamente implica a adesão à visão segundo a qual o homem é, ou pode se tornar, um agente responsável, capaz de compreender e seguir as regras, e responder pelas suas faltas. Todo distanciamento dos princípios da moral interna do direito é uma afronta à dignidade do ser humano como agente responsável. Julgar as suas ações com base em regras não publicadas ou retroativas, ou ordenar-lhe um ato impossível significa manifestar-lhe a sua indiferença à sua capacidade de auto-determinação.¹⁷

Assim, o *rule of law* admite várias visões morais substantivas, mas uma única antropologia: aquela que considera o ser humano como um ser livre, e, portanto, responsável: “a moral específica da lei articula e torna presente a nós uma visão do ser humano que é indispensável para o direito e a moral.” A partir daí, pode-se afirmar que o sentido normativo fundamental dos princípios da legalidade “é assegurar a aqueles que estão sujeitos à autoridade a dignidade da autodeterminação e a liberdade em relação a certos tipos de manipulação. O *rule of law* está, portanto, entre as exigências da justiça.”¹⁸

Apesar de o *rule of law* ou moralidade interna da lei constituir uma exigência de justiça procedimental ou formal para seres naturalmente livres, ele não garante a justiça material da lei: “A moral interna à lei é uma condição necessária, mas não suficiente, para a justiça.”¹⁹ Herbert Hart, na sua obra *The Concept of Law*, sustentou que a obediência aos *standards* da moral interna do direito poderia estar presente em regimes políticos

¹⁶ ML, pp. 96-97.

¹⁷ ML, p. 162.

¹⁸ John Finnis, *Ley natural y derechos naturales*, p. 301.

¹⁹ ML, p. 168.

sumamente injustos.²⁰ A réplica de Fuller se dá na exigência de que o argumento de Hart seja acompanhado de exemplos históricos:

Hart quer nos dizer que é possível, forçando um pouco a imaginação, conceber o caso de um monarca malvado que persiga os fins mais iníquos e ao mesmo tempo conserve um respeito genuíno pelos princípios da legalidade (...). Entende Hart que a história fornece efetivamente exemplos significativos de regimes que combinaram uma fiel aderência à moral interna do direito com uma indiferença brutal pela justiça e bem-estar do homem? Se é assim, seríamos gratos de que ele nos fornecesse alguns exemplos históricos em torno aos quais poderíamos ter alguma discussão significativa.²¹

De qualquer modo, dada a inseparabilidade de forma e conteúdo, Fuller afirma, ao lado do seu “direito natural procedimental”, um conteúdo ético mínimo para a lei e o direito em geral, o “direito natural substantivo” (*substantive natural law*). O direito natural substantivo está ligado à ideia de “coordenar os esforços”²² no interior de um grupo. De um modo mais preciso, o direito natural substantivo expressa a necessidade natural de comunicação, no sentido do conceito clássico de *communicatio* – “tornar comum o próprio”: “Eu acredito que se nós fôssemos forçados a selecionar o princípio que sustenta e encoraja todas aspirações humana, o encontraríamos no objetivo de manter a comunicação (*communication*) com os nossos semelhantes.”²³ Ou, em uma formulação mais precisa: “O princípio central indiscutível do que pode ser chamado direito natural substantivo (...) é o seguinte: abra, sustente e preserve a integridade dos canais de comunicação pelos quais os homens transmitem uns aos outros aquilo que percebem, sentem e desejam.”²⁴

Como no direito natural procedimental, a antropologia que funda o direito natural substantivo de Fuller é unívoca. Assim como a moralidade interna da lei está ligada à liberdade, a moralidade externa mínima e “natural” da lei (e do direito) está ligada à necessidade de comunicação, ao caráter comunitário do ser humano. Com este elemento, completa-se a antropologia que funda o projeto jusnaturalista de Fuller: o ser humano na perspectiva do direito natural procedimental é um ser livre; e na perspectiva do direito natural substantivo, é um ser comunitário. Com isso, o projeto de Fuller se vincula antropologicamente aos elementos da noção clássica de pessoa: a liberdade/subjetividade e a comunidade/relacionalidade.

²⁰ Herbert Hart, *The concept of law*, Oxford, Oxford University Press, 1961, p. 202.

²¹ ML, p. 154.

²² ML, p. 186.

²³ ML, p. 186.

²⁴ ML, p. 186.

2. Os oito princípios/*standards* da legalidade

A seguir, ao expor os oito princípios da legalidade, vamos buscar exemplificá-los a partir de três autores de matrizes teóricas radicalmente diversas: Tomás de Aquino, Thomas Hobbes e Friedrich von Hayek. Deste modo, pretendemos oferecer um argumento em favor da tese de Fuller: que o empreendimento legislativo possui uma lógica interna que se expressa em padrões (*standards*) que podem ser reconhecidos em todas as sociedades que utilizam a legislação como fonte do direito.

2.1. Generalidade (*Generality of law*)

Segundo Fuller, “a primeira exigência de um sistema que queira sujeitar a conduta humana ao governo de regras é que existam regras. Isto pode ser explicitado como exigência de generalidade.”²⁵ A regra é um imperativo geral, diferenciando-se do comando, um imperativo específico ou concreto: “O controle das ações dos cidadãos é feito não por diretivas específicas, mas por regras gerais, expressão do princípio de que casos iguais devem receber tratamento igual.”²⁶ A regra não se dirige a um sujeito determinado em uma situação determinada, em vista de uma finalidade determinada, mas se dirige a um destinatário típico em uma situação típica, sem ter em vista a realização de um propósito concreto.

Assim como as regras gerais são da essência da lei, os comandos são o modo próprio de funcionamento do que Fuller denomina de “gestão burocrática” (*managerial direction*).²⁷ A diferença básica entre os dois modos de regulação das ações está em que “a lei não busca, como a gestão burocrática, dirigir outras pessoas sobre como realizar tarefas estabelecidas por um superior, mas consiste basicamente em prover a cidadania de uma sólida e sadia estrutura (*framework*) para as interações interpessoais.”²⁸ Aqui emerge o contraste entre a generalidade da lei, que lhe é essencial, e a generalidade por razões de conveniência dos comandos burocráticos. Um gestor burocrático pode, por motivos pragmáticos, expor suas diretivas na forma de regras gerais, mas ele, pelos mesmos motivos, pode excepcionar a qualquer momento a validade destas regras, sem que o subordinado possa invocá-las para criticar a ação do seu superior. Isso se dá porque a gestão burocrática visa submeter a conduta do subordinado aos fins concretos buscados pelo gestor, o que não ocorre com a lei. A lei visa apenas fornecer um quadro de referência no qual as pessoas buscam seus próprios fins, não os fins específicos de uma autoridade legislativa: “a lei fornece a orientação básica (*baseline*) para a ação auto-dirigida (*self-*

²⁵ ML, p. 46.

²⁶ ML, p. 271.

²⁷ ML, p. 207.

²⁸ ML, p. 210.

-*direction action*), não um conjunto de instruções detalhadas para o cumprimento de objetivos específicos.”²⁹

Deve-se ter presente que a existência de regras gerais é um requisito formal do direito natural institucional, e como tal, prescinde de uma avaliação do seu conteúdo: “A exigência posta pela moralidade interna do direito é que existam regras (...), justas (*fair*) ou injustas (*unfair*).”³⁰ A generalidade, como requisito formal, não garante a justiça material da lei, o que não significa sua neutralidade em relação ao conteúdo. Afinal, forma e conteúdo estão em relação recíproca, de tal forma que a obediência à moralidade interna do direito representa sempre uma aproximação à justiça material: “A lei pode ser má, injusta; mas por causa de sua condição geral e abstrata se reduz ao mínimo este perigo. O caráter protetor da lei, sua própria razão de ser, repousa sobre o seu caráter geral.”³¹

Para Tomás de Aquino, “as proposições universais da razão prática ordenadas às ações têm razão de lei.”³² Ou seja: faz parte do conceito de lei (razão de lei) seu caráter geral ou universal. De fato, para Tomás, a função ordenadora da lei exige sua generalidade: “Se houvesse tantas regras (...) quanto são as coisas regradas (...), cessaria a utilidade da regra (...) que é permitir que muitas coisas possam ser conhecidas a partir de uma só. E assim nenhuma seria a utilidade da lei, se fosse estendida apenas a um só ato.”³³

Do mesmo modo, para Hobbes a generalidade da lei faz parte do seu conceito: “As leis são julgamentos ou sentenças gerais do legislador.”³⁴

Hayek considera que a cláusula básica da “constituição de um povo livre” se resumiria a limitar o legislativo à produção de regras gerais: “O legislativo (...) só pode fazer regras gerais que serão aplicadas a um número desconhecido de circunstâncias futuras.”³⁵

2.2. Promulgação (*Promulgation*)

A necessidade de promulgação é tal que ela não necessita de recomendação explícita: “Embora não esteja prevista na constituição americana (...) duvido que tenha passado na mente de algum congressista”³⁶ a possibilidade de não promulgar as leis.

Tomás vincula a obrigatoriedade e a efetividade da lei com sua promulgação: “para que a lei obtenha a força de obrigar (...) é necessário que se aplique aos homens que segundo ela devem ser regulados. Tal aplicação se faz enquanto é levada ao conhecimento deles pela promulgação. Portanto, a promulgação é necessária para que a lei tenha sua força.”³⁷

²⁹ ML, p. 210.

³⁰ ML, p. 47.

³¹ Leon Duguit *apud* Carl Schmitt, *Teoría de la constitución*, Madri, Alianza Universidad, 2006, p.163 (1928).

³² S.T. I-II, q. 90, a.1

³³ S.T. I-II, q. 96, a.1

³⁴ Thomas Hobbes, *Leviatã* XXVI, p. 172.

³⁵ Friedrich von Hayek, *Direito, legislação e liberdade* v. 3, p. 115.

³⁶ ML, p. 149.

³⁷ S.T. I-II, q. 90, a.4.

Para Hobbes, a promulgação também está ligada à própria definição de lei: “Como a lei é um comando, que consiste na declaração ou manifestação de vontade de quem ordena, oralmente ou por escrito, ou mediante outros sinais suficientes da mesma vontade, podemos compreender que o comando do Estado só é lei para aqueles que têm meios para dela se informarem.”³⁸

Hayek relaciona a promulgação com o *rule of law*: “*Rule of law* significa que todas as ações do governo são regidas por normas previamente estabelecidas e divulgadas.”³⁹

2.3. Prospectividade (*Retroactive laws*)

O *standard* da prospectividade veda leis retroativas, aquelas que pretendem regular fatos pretéritos. Fuller defende que “uma lei retroativa é certamente uma monstruosidade. A lei se relaciona à direção da conduta humana por meio de regras. Falar de governo ou de direção de uma conduta hoje, por meio de regras que serão emanadas amanhã, significa fazer um discurso vazio.”⁴⁰

Do mesmo modo, Tomás sustenta que: “As leis impõem necessidade aos negócios futuros.”⁴¹

Hobbes formula o princípio “*nullum crimen, nulla poena sine lege*” do seguinte modo: “Nenhuma lei feita depois de praticado um ato pode transformar este em crime (...), pois uma lei positiva não pode ser conhecida antes de ser feita e portanto não pode ser obrigatória.”⁴²

Hayek relaciona o *standard* da prospectividade como uma exigência do *rule of law*: “A forma assumida pelo *rule of law* no direito penal é em geral expressa pela máxima latina *nulla poena sine lege*. A essência desta máxima é que a lei deve existir como norma geral antes de se apresentar o caso ao qual tem de ser aplicada.”⁴³

2.4. Possibilidade (*Laws requiring the impossible*)

A lei não pode exigir condutas impossíveis de serem realizadas.

Segundo Tomás de Aquino, “A disciplina [da lei] deve ser conveniente a cada qual segundo sua possibilidade, sendo a primeira a possibilidade natural (com efeito, não se pode impor às crianças as mesmas coisas que aos homens adultos); e deve ser possível segundo o costume humano, pois o homem não pode viver sozinho na sociedade, não ajustando a sua conduta aos demais.”⁴⁴

³⁸ Thomas Hobbes, *Leviatã*. XXVI, p. 164.

³⁹ Friedrich von Hayek, *Caminho de servidão*, p. 89.

⁴⁰ ML, p. 53.

⁴¹ S.T. I-II, q. 90, a.4.

⁴² Thomas Hobbes, *Leviatã* XXVI, p. 177.

⁴³ Friedrich von Hayek, *Caminho de servidão*, p. 98.

⁴⁴ S.T. I-II, q. 95, a.3.

A impossibilidade, para Hobbes, se manifesta quando uma lei exige, por exemplo, que o ser humano adote condutas que levariam à perda de sua vida: “Se alguém for obrigado, pelo terror de uma morte iminente, a praticar um ato contrário à lei, fica inteiramente desculpada, porque nenhuma lei pode obrigar o homem a renunciar à sua própria preservação.”⁴⁵

2.5. Clareza (*Clarity of laws*)

Se a legislação for obscura, isso “pode tornar inviável um comportamento segundo a lei.”⁴⁶ Por isso, ela deveria “ser suficientemente clara para alcançar o duplo objetivo de dar ao cidadão uma informação acerca da conduta proibida e de fornecer adequadas diretivas para as decisões judiciais.”⁴⁷

Tomás sustenta “que a lei deve ser clara, de sorte a não conter por obscuridade algo capcioso (...). A clareza é exigida para precaver contra o prejuízo que pudesse provir da própria lei.”⁴⁸ Uma lei obscura causa prejuízo à sociedade pois é um fator de desordem.

Hobbes pretende que a clareza deve ser buscada no justo meio entre brevidade excessiva e minuciosidade excessiva: “Quanto às leis escritas, se forem breves facilmente serão mal interpretadas, por causa da diversidade de significações de uma ou duas palavras, e se forem longas ainda serão mais obscuras, devido à diversidade de significações de muitas palavras.”⁴⁹

Hayek associa a falta de clareza da legislação à introdução de termos vagos como “justo” ou “razoável”, pois isto “significa que é preciso cada vez mais deixar a decisão do caso concreto ao poder discricionário do juiz ou da autoridade competente. Segundo ele, “poder-se-ia descrever uma história do declínio do *rule of law* (...) com base na introdução progressiva dessas fórmulas vagas na legislação e na jurisdição, e na crescente arbitrariedade, mutabilidade e imprecisão da lei e da jurisdição (...), as quais em tais circunstâncias não podem deixar de converter-se em um instrumento político.”⁵⁰

2.6. Consistência (*Contradictions in the laws*)

O *standard* de consistência simplesmente exige que a lei, para imprimir uma direção dotada de sentido ao esforço humano, não pode exigir comportamentos contraditórios. O preceito “Revogam-se as disposições em contrário” é uma expressão desta necessidade de imprimir uma direção unívoca à conduta. De fato, um legislador que

⁴⁵ Thomas Hobbes, *Leviatã* XXVI, p. 181.

⁴⁶ ML, p. 63.

⁴⁷ ML, p. 103.

⁴⁸ S.T. I-II, q. 95, a.3.

⁴⁹ Thomas Hobbes, *Leviatã* XXVI, p. 167.

⁵⁰ Friedrich von Hayek, *Caminho de servidão*, p. 93.

torna o ato x lícito e ilícito na mesma lei não está impondo nenhum dever, não está transmitindo nenhuma mensagem normativa.

Tomás define a lei como “certa regra e medida dos atos, segundo a qual alguém é levado a agir ou a apartar-se da ação.”⁵¹ Entenda-se: não é possível que a lei sirva como medida da ação se ela impuser a ação x e simultaneamente a abstenção da ação x. É assim que à luz do *standard* de consistência poderia ser lida a expressão “agir ou apartar-se da ação.”

Hobbes sustenta que a contradição nas leis é um mal que só pode ser combatido pela unificação da autoridade legislativa e judicial no Estado: “Subsiste a dúvida quanto àquele cuja razão deve ser aceite como lei. Não pode tratar-se de nenhuma razão privada, porque nesse caso haveria tantas contradições nas leis como as há nas Escolas (...). Portanto, o que faz a lei (...) é a razão do (...) Estado, e seus comandos. E sendo o Estado, em seu representante, uma só pessoa, não é fácil surgir qualquer contradição nas leis, e, quando tal acontece, a mesma razão é capaz, por interpretação ou alteração, de eliminar a contradição.”⁵²

Para Hayek, “devemos julgar normas particulares pela sua (...) consistência com todas as normas reconhecidas do sistema. A consistência (...) neste contexto significa que as normas servem à mesma ordem abstrata de ações e evitam conflitos entre as pessoas que as observam.”⁵³

2.7. Estabilidade (*Constancy of the law through time*)

O princípio da estabilidade prescreve que “as regras não devem ser mudadas frequentemente.”⁵⁴

Em Tomás, este *standard* é afirmado de um modo tão rigoroso que a mudança não pode ser justificada por promover uma melhoria qualquer do bem comum material. Ela só se justifica se for absolutamente necessária para esta melhoria, pois o prejuízo que a mudança causa ao bem comum formal da comunidade – a saber, a ordem – é uma consideração que deve obter precedência em toda deliberação tendente à mudança na legislação: “A própria mudança da lei tem em si mesma certo prejuízo do bem comum (...) porque quando se muda a lei diminui a força coercitiva da mesma, enquanto o costume é abolido. Assim, nunca se deve mudar a lei humana, a não ser que compense o bem comum tanto quanto a mudança lhe subtraiu.”⁵⁵

Para Hayek, a estabilidade da lei está relacionada à igualdade entre os cidadãos, de modo que o longo período de vigência inviabilize as tentativas de utilizar a lei para beneficiar alguns em detrimento de outros: “As leis aplicam-se ou deveriam aplicar-se a

⁵¹ S.T. I-II, q. 90, a.1.

⁵² Thomas Hobbes, *Leviatã* XXVI, p. 164.

⁵³ Friedrich von Hayek, *Direito, Legislação e liberdade*, v. 2, p.27.

⁵⁴ ML, p. 79.

⁵⁵ S.T. I-II, q. 97, a.2.

períodos bastante longos, de modo que se torne impossível saber se irão favorecer certas pessoas mais do que outras.”⁵⁶

Neste contexto, pode-se citar igualmente Norberto Bobbio, para afirmar que o *standard* da estabilidade da lei está relacionado à própria função estabilizadora do direito em geral: “O direito tem uma função estabilizadora. Dentro da mutação histórica, o direito representa aquilo que detém o movimento, que o canaliza e o solidifica; na variação das ações humanas representa o estabelecimento de uma ordem.”⁵⁷

2.8. Congruência (*Congruence between official action and declared rule*)

A congruência entre as leis e o comportamento da autoridade é o mais importante de todos os princípios da legalidade, e expressa o próprio ideal do *rule of law*: “Este *standard* exige que, dentro da área coberta pela lei, os atos do governo em relação ao cidadão estejam de acordo (isto é, sejam autorizados ou validados) com regras gerais previamente declaradas pelo próprio governo.”⁵⁸

Para Tomás, isto significa que o príncipe ou legislador está sujeito à lei no que diz respeito ao seu caráter imperativo para a conduta, ou *vis directiva*: “Todos os homens devem estar sujeitos à lei humana (...). No que diz respeito à força diretiva da lei, o príncipe está sujeito à lei.”⁵⁹

Hobbes, por sua vez, alerta o soberano para que ele não desautorize por suas ações as condutas que impôs pela sua legislação: “Os governantes devem ter o cuidado de não sancionar obliquamente [pelas suas ações] o que diretamente proíbem [pelas leis]. Os exemplos dos príncipes são e sempre foram, para quem os vê, mais fortes como motivos para a ação do que as próprias leis.”⁶⁰

Hayek vincula diretamente a congruência com o *rule of law*: “*Rule of law* significa que todas as ações do governo são regidas por normas previamente estabelecidas e divulgadas – as quais tornam possível prever com razoável grau de certeza de que modo a autoridade usará seus poderes coercitivos em dadas circunstâncias, permitindo a cada um planejar suas atividades individuais com base nesse conhecimento.”⁶¹

Ao analisar o *standard* da congruência, Fuller fornece uma contribuição decisiva para o esclarecimento do conceito de legislação. Com efeito, legislar não consiste, “como pensa o positivismo, em uma projeção unilateral da autoridade política, que tem sua origem nela e se impõe como tal ao cidadão.”⁶² Isso porque legislar para outrem implica legislar para si mesmo: toda vinculação da conduta social pela lei implica em auto-vinculação

⁵⁶ Friedrich von Hayek, *Caminho de servidão*, p. 90.

⁵⁷ Norberto Bobbio, *El problema del positivismo jurídico*, p. 38.

⁵⁸ ML, p. 211.

⁵⁹ S.T. I-II, q. 96, a.5.

⁶⁰ Thomas Hobbes, *Leviatã XXVI*, p. 183.

⁶¹ Friedrich von Hayek, *Caminho de servidão*, p. 89.

⁶² ML, p. 204.

por parte do legislador: “Publicando uma lei (...) a autoridade não dá simplesmente uma diretiva ao cidadão; essa impõe a si mesma uma clara limitação aos seus poderes no que diz respeito a uma esfera particular da conduta humana.”⁶³ E isso ocorre por uma razão bastante simples: para a lei “fazer sentido” na prática social, ela supõe que não só o cidadão orientará o seu comportamento por ela, mas também a própria autoridade estatal que editou a lei: “Se o cidadão soubesse de antemão que a autoridade, ao tratar com ele, não levará em consideração as regras por ela mesma proclamadas, ele teria um escasso incentivo a obedecê-las. A publicação de regras claramente traz consigo o ‘significado social’ segundo o qual quem faz as regras respeitará as regras que ele mesmo criou.”⁶⁴

O totalitarismo, como regime contrário ao Estado de direito, coloca-se também fora do alcance deste *standard*. Na análise de Hannah Arendt,

após a promulgação das leis de Nuremberg, verificou-se que os nazistas não tinham o menor respeito sequer pelas suas próprias leis. Em vez disso, continuou ‘a constante caminhada na direção de setores sempre novos’, de modo que o objetivo e a alçada da política secreta do Estado, bem como de todas as outras instituições estatais ou partidárias criadas pelos nazistas, não podiam ser definidas pelas leis e normas que as regiam.⁶⁵

3. Os princípios/*standards* da legalidade como “gramática” do “jogo de linguagem” da legislação

Para determinar o estatuto teórico dos princípios da legalidade e sua conexão com a legislação, vamos recorrer aos conceitos de gramática e jogo de linguagem de Wittgenstein e ao conceito de regras constitutivas de John Searle.

No parágrafo 23 das suas *Investigações Filosóficas*, Wittgenstein afirma o seguinte:

O termo ‘jogo de linguagem’ deve aqui salientar que o falar uma linguagem é uma parte de uma atividade ou de uma forma de vida. Imagine a multiplicidade dos jogos de linguagem por meio destes exemplos e outros:

- Comandar, e agir segundo comandos (...);
- Produzir um objeto segundo uma descrição (desenho) (...);
- Relatar um acontecimento (...);
- Expor uma hipótese e prová-la (...);
- Inventar uma história; ler.
- Representação teatral (...);
- Pedir, agradecer, maldizer, saudar, rezar.

⁶³ ML, p. 212.

⁶⁴ ML, p. 217.

⁶⁵ Hannah Arendt, *Origens do totalitarismo*, p. 444.

Como salientam os comentadores, “os jogos de linguagem são estruturados por regras.”⁶⁶ De fato, o ponto de partida para a analogia entre jogo e linguagem é que ambas são atividades guiadas por regras: “Assim como um jogo, a linguagem possui regras constitutivas: as regras da gramática (...). As regras gramaticais determinam aquilo que é correto ou faz sentido, definindo, desta forma, o jogo/linguagem.”⁶⁷ O sentido de uma expressão ou de um lance no jogo de linguagem não repousa na intenção do jogador, mas nas regras gramaticais do jogo. Daí as expressões fortes de Wittgenstein: “a essência se expressa na gramática”,⁶⁸ e, ainda: “que espécie de objeto alguma coisa é, é dito pela gramática.”⁶⁹

De sua parte, John Searle segue Wittgenstein ao afirmar que “Falar uma linguagem é tomar parte em uma forma de conduta governada por regras”.⁷⁰ Para esclarecer a relevância das regras para a linguagem, Searle propõe a distinção entre regras regulativas e constitutivas. As regras regulativas governam “uma atividade preexistente, uma atividade cuja existência logicamente independente das regras.”⁷¹ Assim, as regras de etiqueta à mesa regulam a atividade de alimentar-se, que é anterior e independente das referidas regras.

Por sua vez, as regras constitutivas “criam ou definem novas formas de conduta”.⁷² Assim, por exemplo, “as regras do futebol ou do xadrez não regulam meramente o fato de jogar o futebol ou xadrez, mas criam, por assim dizer, a possibilidade mesma de jogar tais jogos.”⁷³ A regra do xeque-mate no xadrez não “regula” o xeque-mate, mas o define: sem o auxílio desta regra, seria impossível descrever uma jogada como “xeque-mate”.

Apropriando-nos dos conceitos de Wittgenstein e Searle expostos, podemos considerar a atividade de legislar como um “jogo de linguagem” e os “princípios legalidade” como a gramática – conjunto de regras constitutivas – deste jogo.

No jogo de linguagem da legislação, trata-se de estabelecer proposições gerais (as normas legais) para ordenar o comportamento em uma determinada comunidade. Há dois jogadores “típicos”: o legislador e o cidadão. Os oito princípios da legalidade formam o conjunto de regras constitutivas (gramática) da legislação. A generalidade, prospectividade, possibilidade, etc., definem ou constituem o jogo de linguagem da legislação. Um lance deste jogo de linguagem, ou seja: uma proposição à qual o legislador pretende atribuir o sentido de “lei”, só poderá ser reconhecida como tal se houver correspondência com as regras expressas pelos “princípios da legalidade”. Uma proposição retroativa, impossível de ser realizada, contraditória, etc., não pode ser reconhecida como lei, pois as regras que definem uma proposição como “lei” não foram seguidas. A gramática –

⁶⁶ Gunter Gebauer, *O pensamento antropológico de Wittgenstein*, p. 94.

⁶⁷ Hans-Johann Glock, *Dicionário Wittgenstein*, p. 225.

⁶⁸ Ludwig Wittgenstein, *Investigações Filosóficas*, n. 371.

⁶⁹ Ludwig Wittgenstein, *Investigações Filosóficas*, n. 373.

⁷⁰ John Searle, *Actos de Habla*, p. 50.

⁷¹ Idem, op. cit., p. 43.

⁷² Idem, op. cit., p. 42.

⁷³ Idem, op. cit., p. 43.

regras constitutivas – do jogo de linguagem da legislação definem o que conta como “lei” ou, de outro modo, controlam o sentido de lei⁷⁴ das proposições estabelecidas no interior do jogo. Na expressão de Fuller, a gramática expressa a “lógica interna” do jogo de linguagem da legislação.

Ora, como vimos acima Fuller constatou “que os sistemas jurídicos mostram uma certa semelhança em sociedades que são totalmente diversas. É porque a lei é um empreendimento com um propósito, que ela mostra constantes estruturais (*structural constancies*) que o teórico do direito pode descobrir e tratar como uniformidades que estão dadas factualmente.”⁷⁵ Estas “constantes estruturais” que chamamos “regras constitutivas” apresentam-se universalmente, porque a humanidade, diante de necessidades do convívio que se apresentam como universais, tende a desenvolver esquemas de comportamento ou instituições semelhantes. Wittgenstein denomina esse fenômeno de uma concordância prática universal de “comportamento comum da humanidade”⁷⁶

4. O jusnaturalismo institucional de Tomás de Aquino: o *jus gentium*

O jusnaturalismo institucional dirige-se a descrever as instituições estabelecidas pelo “comportamento comum da humanidade”, ou seja: ele tem por objeto aquilo que Tomás de Aquino, entre outros, chamava de *jus gentium* (direito das gentes). Este faz parte do direito positivo, mas de um modo universal – ao contrário do direito civil (*jus civile*), cuja positividade se limita à esfera local.

Tomás, no *Tratado da Justiça*, assume a definição de *jus gentium* de Gaio: “aquilo que a razão natural estabelece entre todos os homens e todas as nações o observam, se chama o direito das gentes (*jus gentium*).”⁷⁷ Ele se contrapõe ao *jus civile*, o direito positivo específico a cada povo. No seu *Comentário à Ética a Nicômaco*, Tomás precisa esta noção, estabelecendo seu fundamento na natureza racional do ser humano e fornecendo exemplos: “Ao direito que se deriva da inclinação própria da natureza humana, enquanto o homem é animal racional, os juristas o chamam *jus gentium*, porque todos os povos o praticam, como: os pactos devem cumprir-se, os embaixadores devem ser protegidos, etc.”⁷⁸ No *Tratado da Lei*, Tomás indica o outro fundamento do direito das gentes: a natureza social do ser humano, e agrega outros exemplos: “Pertencem ao direito das gentes aquelas coisas que derivam da lei da natureza como conclusões dos princípios, como as compras justas, as vendas e outras coisas semelhantes, sem as quais os homens

⁷⁴ Devo esta observação a José Reinaldo de Lima Lopes.

⁷⁵ ML, p. 151.

⁷⁶ Ludwig Wittgenstein, *Investigações Filosóficas*, n. 206.

⁷⁷ S.T. II-II, q. 57, a.2.

⁷⁸ Tomás de Aquino, *Comentário à Ética a Nicômaco* V, L. XII, n. 724)

não podem conviver uns com os outros, o que é da lei da natureza, porque o homem é naturalmente animal social, como se prova no Livro I da *Política*”.⁷⁹

Em síntese: há instituições que se apresentam em todos os lugares. Em segundo, lugar, estas instituições são respostas universais – dadas pela razão – a problemas universais – postos pelo convívio. E por fim, sua universalidade repousa sobre dois predicados da natureza humana: a racionalidade – “o homem é animal racional” – e a sociabilidade – “o homem é animal social”.

Segundo Tomás, a razão natural estabelece, em todos os lugares, procedimentos e instituições para possibilitar a coordenação social, pois sem isso “os homens não podem conviver uns com os outros”. Entre essas instituições encontram-se o contrato (compra e venda), a proteção aos embaixadores, a propriedade,⁸⁰ a lei. Cada uma dessas instituições possui uma “lógica interna”, uma “gramática” que ordena a conduta humana nas várias esferas da existência social. Assim, quando Tomás exemplifica o *jus gentium* com a frase “os pactos devem ser respeitados”, simplesmente está enunciando a regra constitutiva por excelência do jogo de linguagem do contrato. E quando se refere à compra e venda “justa”, está indicando a equivalência da justiça comutativa como mais uma regra constitutiva do contrato. As variações nos direitos positivos dos contratos se dão com base em regras regulativas locais. O conceito de contrato não é posto pelo legislador, mas pressuposto por ele.

Pode-se afirmar que jusnaturalismo institucionalista tem por objeto o *jus gentium*, o conjunto de jogos de linguagem referentes à ordem das relações humanas, como a propriedade e os contratos nas relações privadas, a lei nas relações públicas, os embaixadores nas relações internacionais. A “semelhança de família” entre os jogos de linguagem das diversas comunidades se deve à posse de uma natureza humana comum, que se expressa em uma prática institucional comum. Segundo um comentarista de Wittgenstein: “O ‘comportamento comum da humanidade’ pode ser entendido assim como um termo (...) que designa uma essência comum aos seres humanos, a sua natureza, à qual nos referimos quando queremos tornar compreensível o fato de que somos capazes de chegar a um entendimento. Essa natureza, da qual Wittgenstein foi tão relutante em falar (...), revela o ser humano como ser social, como *zoon politikon* – através das épocas, outro nome para ‘comportamento comum da humanidade.’”⁸¹

O comportamento comum da humanidade funda o direito natural institucional de Fuller e o *jus gentium* de Tomás. Ele revela, para ambos, características do ser humano que sustentam a validade destas instituições: liberdade e sociabilidade para Fuller; racionalidade e sociabilidade para Tomás.

⁷⁹ S.T. I-II, q. 95, a.4.

⁸⁰ “A divisão das posses não vem do direito natural, porém da convenção humana, dependendo, portanto, do direito positivo, como foi dito acima. Assim, a propriedade não é contra o direito natural, mas a ele se ajunta, por um trabalho da razão humana.” Tomás de Aquino: S. T. II-II, q. 66, a.2

⁸¹ Rudolf Haller, *Wittgenstein e a filosofia austríaca: questões*, pp. 130-131.

5. Conclusão

O tratamento dado por Fuller à questão da legalidade é o principal intento do século XX de pensar a questão das instituições no interior de uma perspectiva jusnaturalista. A sua obra mostra a necessidade da tradição jusnaturalista de desenvolver-se como tradição de pesquisa em uma dupla direção.

Em primeiro lugar, ao afirmar a existência de um direito natural substantivo, centrado na ideia de “comunicação”, Fuller retoma as várias investigações feitas sobre a lei natural, os direitos naturais ou os primeiros princípios da razão prática da tradição jusnaturalista. O direito natural substantivo contém os padrões ético-materiais de correção das ações.

Em segundo lugar – e essa é a sua contribuição mais relevante –, ele afirma a existência de um direito natural institucional ou procedimental, formado pelos *standards*, princípios ou regras constitutivas de nossas instituições. As instituições são as condições de possibilidade da comunicação intersubjetiva, e o são mais intensamente ainda na presente situação das sociedades ocidentais, intensamente plurais do ponto de vista dos valores substantivos. Sua natureza formal/procedimental cria as condições de possibilidade para que pessoas com concepções ético-materiais distintas possam conviver. As instituições são uma resposta às “circunstâncias da política”, que se apresentam quando “há uma necessidade, percebida pelos membros de um determinado grupo, de contar com um marco, decisão ou curso de ação comum sobre certa questão [ordem], embora e apesar dos desacordos sobre qual dito marco, decisão ou ação [pluralismo] deveria ser.”⁸²

Essa dupla tarefa do jusnaturalismo como tradição de pesquisa coincide com as duas tarefas que Jeremy Waldron atribui à filosofia política na sua obra “Direito e desacordos”⁸³.

A primeira tarefa seria desenvolver uma teoria material dos valores, bens, direitos ou da justiça. Como vimos, a tradição jusnaturalista desenvolveu esta tarefa na forma de uma teoria da lei natural ou dos direitos naturais.

A segunda tarefa seria refletir “sobre os propósitos e os processos pelos quais as comunidades estabelecem um conjunto único de instituições, inclusive diante dos desacordos (...) acerca dos direitos e da justiça.”⁸⁴ O jusnaturalismo clássico, especialmente em Tomás de Aquino, desenvolveu isso em suas reflexões sobre o *jus gentium*. A lei, os contratos e as embaixadas são instituições/procedimentos para levar a cabo uma ação comum, apesar e por causa dos desacordos sobre o conteúdo desta ação comum. Como exemplo da necessidade das instituições do direito positivo para permitir a ordem no contexto pluralista da existência humana, veja-se a seguinte afirmação de Tomás acerca da lei: “É necessário que na cidade haja uma diversidade de homens [pluralidade], tornando-se ela una e comum [ordem] por certa disciplina legal retamente estabelecida.”⁸⁵

⁸² Jeremy Waldron, *Derecho y desacuerdos*, p. 123.

⁸³ *Idem*, op. cit., p. 210.

⁸⁴ *Idem*, op. cit., p. 10.

⁸⁵ Tomás de Aquino, *Comentário à Política II*, 5, 129.

O jusnaturalismo, como um projeto teórico que pretende levar a sério tanto a essência humana comum (natureza humana – direito natural substantivo) como a existência humana marcada pela diferença e pelo conflito (condição humana – direito natural institucional), necessita investigar a natureza humana “em situação”, isto é, nas circunstâncias da política. Estas exigem as instituições do direito positivo.

No tocante ao projeto de pensar as instituições e procedimentos do direito positivo como tendo seu fundamento na natureza humana e como resposta à condição humana, Lon Fuller pode ser considerado um dos destinatários da seguinte observação de Waldron: “As melhores considerações sobre a natureza e a importância do direito positivo vieram dos jusnaturalistas”.⁸⁶

Bibliografia

- AQUINO, Tomás, *Suma Teológica*, São Paulo, Loyola, 2005.
- _____, *Comentario a la Ética a Nicómaco de Aristóteles*, Pamplona, Eunsa, 2000.
- _____, *Comentario a la política de Aristóteles*, Pamplona, Eunsa, 2005.
- ARENDR, Hannah: *Origens do totalitarismo*, São Paulo, Companhia das Letras, 1990 (1951).
- ARISTÓTELES, *Política*. México, Unam, 2000.
- BOBBIO, Norberto, *El problema del positivismo jurídico*, México, 2009.
- FINNIS, John, *Natural law and natural rights*, Oxford, Oxford University Press, 1980.
- _____, *Ley natural y derechos naturales*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2000.
- FULLER, Lon, “A reply to professors Cohen and Dworkin”, in *Villanova Law Review*, vol. 10, 1965.
- _____, *The morality of law*, New Haven, Yale University Press, 1969.
- _____, *La moralità del diritto*. Turim, Giuffré, 1986.
- GEBAUER, Gunther, *O pensamento antropológico de Wittgenstein*, São Paulo, Loyola, 2013.
- GLOCK, Hans-Johann, *Dicionário Wittgenstein*, Rio de Janeiro, Jorge Zahar Editor, 1998.
- HALLER, Rudolf, *Wittgenstein e a filosofia austríaca: questões*, São Paulo, Edusp, 1990.
- HAYEK, Friedrich von, *O caminho da servidão*, São Paulo: Intituto Von Mises Brasil, 2010 (1944)
- _____, *Direito, Legislação e Liberdade* (3 v.), São Paulo: Visão, 1985 (1973-1979).
- HOBBS, Thomas, *Leviatã*. São Paulo, Abril Cultural, 1983 (1651).
- WALDRON, Jeremy, *Derecho y desacuerdos*, Madri: Marcial Pons, 2007 (1999).
- _____, *Torture, suicide and determinatio*, in *Nellco Legal Scholarship repository*, <http://lrs.nellco.org/nyu_plltwp/249> (11/04/2014).
- WITTGENSTEIN, Ludwig, *Investigações Filosóficas*, San Paulo, Nova Cultural, 1991 (1953).

⁸⁶ Jeremy Waldron, *Torture, suicide and determinatio*, (1944)

Fernando Adrián Bermúdez* (Argentina)

El estado de excepción como paradigma de gobierno en Giorgio Agamben

RESUMEN

El presente artículo analiza la obra Estado de excepción del pensador italiano contemporáneo Giorgio Agamben, que cuestiona el Estado de derecho a partir de una teoría altamente compleja y polémica, cuya principal preocupación será crear una ficción entre el orden jurídico y el político, entre norma y vida, entre derecho y violencia, llamada zona de indecidibilidad, es decir, un umbral de indeterminación sin ninguna articulación formal y sustancial.

Palabras clave: estado de excepción, Estado de derecho, gobierno, constitución material, filosofía del derecho, Giorgio Agamben.

ZUSAMMENFASSUNG

Der vorliegende Artikel analysiert das Werk *Ausnahmezustand* des zeitgenössischen italienischen Denkers Giorgio Agamben, der den Rechtsstaat auf der Grundlage einer äußerst komplexen und umstrittenen Theorie kritisch hinterfragt, in deren Mittelpunkt die Ausbildung einer Fiktion zwischen Rechtsordnung und politischer Ordnung, Norm und Leben, sowie Recht und Gewalt steht, und die als Bereich des Nichtentscheidbaren bezeichnet wird, das heißt, ein unbestimmter Schwellenbereich ohne formelle und materielle Verknüpfung.

Schlagwörter: Ausnahmezustand, Rechtsstaat, Regierung, materielle Verfassung, Rechtsphilosophie, Giorgio Agamben.

* Abogado, doctorando en Derecho. Docente de Filosofía del Derecho y Ética en las universidades Nacional de Cuyo, de Mendoza y de Congreso (Argentina). fernandoabg@yahoo.com.ar.

ABSTRACT

This article analyzes the work by Giorgio Agamben in regard to the state of emergency; the contemporary Italian philosopher questions the Rule of Law based on a highly complex and controversial theory, which is primarily concerned with creating a fiction between what is legal and what is political, between norms and life itself, between law and violence, called the Zone of Indecidability, it is a threshold of uncertainty without formal and substantial articulation.

Keywords: State of emergency, rule of law, government, material constitution, philosophy of law, Giorgio Agamben.

*No hay retorno posible desde el estado de excepción
en el que vivimos inmersos, hacia el Estado de derecho.¹
Un día la humanidad jugará con el derecho, como los niños
juegan con los objetos en desuso, no para restituirles su uso
canónico sino para liberarlos de él definitivamente.²*

1. Introducción

Una de las características del pensar jurídico de la modernidad es el abandono del finalismo, es decir, el descuido de las causas finales, deteniéndose solo en las causas eficientes desprovistas de sentido y finalidad. El derecho y la política dejan de ser considerados desde el punto de vista de los fines y objetivos por lograr en la concreta convivencia del hombre, y elevados al campo de los meros mecanismos.³ Ya no importa cuál es la mejor forma de sociedad, de gobierno o de Estado, como plantearon Platón⁴ y Aristóteles.⁵

¹ Giorgio Agamben, *Estado de excepción*, Buenos Aires, Adriana Hidalgo Editora S.A., 2005, p. 15.

² *Ibid.*, p. 121.

³ Carlos Ignacio Massini Correas, *La desintegración del pensar jurídico en la edad moderna*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1980, p. 39. Sobre la muerte de los fines consultar Michel Villey, *Compendio de Filosofía del Derecho*, t. I, Navarra, Ediciones Universidad de Navarra, 1979.

⁴ Platón, *Las Leyes*, edición bilingüe, traducción, notas y estudio preliminar de José M. Pavón y Manuel Fernández-Galiano, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1960. Leemos: “La fundamentación de nuestras leyes miraba a un fin, el de que todos fueran felices y amigos los unos de los otros en el mayor grado posible”.

⁵ Aristóteles, *Ética a Nicómaco - La Política*, introducción de Antonio Gómez Robledo, México, Porrúa, 1996, p. 157. Al principio de *La Política* podemos leer: “Toda ciudad se ofrece a nuestros ojos como una comunidad, y toda comunidad se constituye a su vez en vistas de algún bien. Si pues

En el presente artículo se abordará una de las tesis del pensador italiano contemporáneo Giorgio Agamben, a través de su obra *Estado de excepción*, donde cuestiona el Estado de derecho, tratando de crear una teoría altamente compleja y polémica del orden jurídico y político, como se tratará de explicar a continuación. Entre sus características se encontrará este abandono del sentido finalista, donde la principal preocupación será crear (causa eficiente) una ficción entre el orden jurídico y el político, entre norma y vida, entre derecho y violencia, llamada zona de indecidibilidad, es decir, un umbral de indeterminación sin ninguna articulación formal y sustancial.

2. El autor

Giorgio Agamben nació en Roma en 1942, estudió Derecho y se doctoró en Filosofía en la Universidad de Roma. Amplió luego su formación en el campo de la lingüística en París. En su pensamiento son manifiestas las influencias, entre otras, de W. Benjamin, Martín Heidegger, de quien fue discípulo en distintos seminarios, y de Michel Foucault, a cuya concepción de la biopolítica intenta dar continuidad. Fue director del Collège International de Philosophie de París (1986-93), donde mantuvo relación con Lyotard y Derrida, y profesor de estética en las universidades italianas de Macerata (1988-93), Verona (1993-2003) y Venecia (2003), así como visitante de diversas universidades europeas y norteamericanas. Su creación intelectual estuvo inicialmente centrada en la teoría de la literatura y en la crítica de arte, girando de manera progresiva hacia la filosofía política, de la que los diversos volúmenes de su obra *Homo sacer*⁶ son el más claro exponente.

todas las comunidades humanas apuntan a algún bien, es manifiesto que al bien mayor entre todas habrá de estar enderezado la comunidad suprema de todas y que comprende a todas las demás; ahora bien, esta es la comunidad política a la que llamamos ciudad”.

⁶ Es autor, entre otros trabajos, de *Luomo senza contenuto* (1970), *Stance: la parola e il fantasma nella cultura occidentale* (1979), *La fine del pensiero* (1982), *La comunità che viene* (1992), *Homo sacer I. Il potere sovrano e la nuda vita* (1995), *Mezzi senza fine* (1996), *Homo sacer III. Quel che resta di Auschwitz* (1998), *Il tempo che resta* (2000), *Laperto* (2002), *Homo sacer II. Stato di eccezione* (2003), *Il giorno del giudizio* (2004), *Profanazioni* (2004), *La potenza del pensiero. Saggi e conferenze* (2005). En lengua española: *Idea de la prosa*, Barcelona, Península, 1989; *Estancias*, Valencia, Pre-Textos, 1995; *La comunidad que viene*, Valencia, Pre-Textos, 1996; *El hombre sin contenido*, Barcelona, Àltera, 1998; *El poder soberano y la vida desnuda. Homo sacer I*, Valencia, Pre-Textos, 1998; *Lo que queda de Auschwitz. El archivo y el testigo. Homo sacer III*, Valencia, Pre-Textos, 2000; *Medios sin fin*, Pre-Textos, Valencia, 2001; *El lenguaje y la muerte*, Valencia, Pre-Textos, 2003; *Estado de excepción. Homo sacer II*, Valencia, Pre-Textos, 2004, entre varias otras. También en castellano, Adriana Hidalgo Editora ha publicado las siguientes obras: *Altísima pobreza*, *Desnudez*, *El misterio del mal*, *El reino y la gloria*, *El sacramento del lenguaje*, *Estado de excepción*, *Infancia e historia*, *La potencia del pensamiento*, *Lo abierto*, *Opus Dei*, *Signatura Rerum* y *Profanaciones*.

3. Estado de excepción

3.1. La obra

La obra que se analizará es el comienzo del segundo tomo de una mayor titulada *Homo sacer*, compuesta de cuatro volúmenes y que se inicia en el año 1995 con la publicación de *Homo sacer I. El poder soberano y la nuda vida*.⁷

La obra general no fue publicada en forma ordenada, ya que después del volumen I se publicó en 1998 el volumen III titulado *Lo que queda de Auschwitz. El archivo y el testigo*;⁸ luego siguió en el 2004 la primera parte del volumen II, *Estado de excepción*, y en el 2007 la segunda, titulada *El reino y la gloria. Para una genealogía teológica de la economía y del gobierno*.⁹ Queda por publicar el volumen IV donde, según el propio Agamben, realizará su propuesta política.

Estado de excepción enfoca una de las nociones centrales de la obra de Agamben, que consiste en analizar ese momento del derecho en el que se lo suspende precisamente para garantizar su continuidad e incluso su existencia. Es decir, la forma legal de lo que no puede tener forma legal, porque es incluido en la legalidad a través de su exclusión, poniendo como ejemplo el siglo XXI, que se ve como forma permanente y paradigmática de gobierno.

3.2. Metodología

Una de las características centrales que nos permitirá explicar la tesis de su libro será su propuesta metodológica denominada *arqueológica y paradigmática*. Según sus propias palabras, se trata, ante las dicotomías que estructuran nuestra cultura, de salir de ella, no para encontrar un estado cronológicamente originario sino, por el contrario, para poder comprender la situación en la cual nos encontramos. La arqueología es, en este sentido, la única vía de acceso al presente: transformar cada vez las dicotomías en bipolaridad, las oposiciones sustanciales en un campo de fuerza recorrido por tensiones polares.

Entre A y no-A se da un tercer elemento que no puede ser uno nuevo homogéneo y similar a los anteriores: este elemento no es otra cosa que la neutralización y la transformación de los dos primeros. Significa, en fin, trabajar por paradigmas. Un paradigma es un fenómeno particular que, en cuanto tal, vale por todos los casos del mismo género. De esta manera, el paradigma sería como un ejemplo, un ejemplar, un fenómeno histórico singular. El mismo Agamben lo explica con estas palabras:

⁷ Giorgio Agamben, *Homo sacer I. El poder soberano y la nuda vida*, Valencia, Pre-Textos, 1998.

⁸ Giorgio Agamben, *Lo que queda de Auschwitz. El archivo y el testigo*, Valencia, Pre-Textos, 2000.

⁹ Giorgio Agamben, *El reino y la gloria. Una genealogía teológica de la economía y del gobierno*, Buenos Aires, Adriana Hidalgo Editora, 2008.

Un concepto que escapa a la antinomia entre el universal y el particular y que resulta siempre familiar: eso es el ejemplo. En cualquier ámbito que haga valer su fuerza, lo que caracteriza al ejemplo es justo que valga para todos los casos del mismo género y, en conjunto, incluso entre ellos. El ejemplo es una singularidad entre las demás, pero que está en lugar de cada una de ellas, que vale por todas.¹⁰

Como se aprecia, hay una clara intención omnicomprendiva de su teoría, como algo que vale para todos los casos y que está en cada una de las situaciones analizadas por el autor.

3.3. Tesis: desaparición del Estado de derecho

A partir de esta metodología, Agamben ha tratado de comprender la profunda transformación que se ha producido en la constitución material, esto es, en la vida política de las democracias. Por eso, ha intentado indagar, a través de la obra que estudiamos, la transformación desde el punto de vista del derecho. Se trata de preguntar ¿qué significa vivir en un estado de excepción permanente?

Esta relación entre anomia y derecho, como estructura constitutiva del orden jurídico, ese estar al mismo tiempo afuera y adentro de sí mismo. El estado de excepción será, para Agamben, ese lugar en el que esta ambigüedad emerge a plena luz y, a la vez, el depósito que debería mantener unidos a los dos elementos contradictorios del sistema jurídico. Él será, por tanto, el que funda el nexo entre violencia y derecho, donde podremos observar dos perspectivas, una *acción humana sin ninguna relación con el derecho* y un *derecho sin ninguna relación con la vida*,¹¹ un derecho no aplicado, sino solamente estudiado.

Por esto concluye con la tesis de que no hay retorno posible desde el estado de excepción en el que vivimos, hacia el Estado de derecho. Se trata de romper el nexo entre violencia y derecho. No se trata tanto de “instituir y de articular”, como de “destituir y de desarticular”.

En general, en nuestra cultura –sostiene– el hombre ha sido pensado siempre como la articulación y la conjunción de dos principios opuestos, un alma y un cuerpo, el lenguaje y la vida. Debemos en cambio aprender a pensar al hombre como aquello que resulta de la desconexión de estos dos elementos e investigar no el misterio metafísico de la conjunción, sino el misterio práctico y político de la separación.

3.4. Qué no es el estado de excepción

Previo al análisis del estado de excepción y su ubicación histórica es importante estudiar aquello que no es estado de excepción, para demarcar mejor nuestro estudio, ya

¹⁰ Giorgio Agamben, *La comunidad que viene*, Valencia, Pre-Textos, 2006, pp. 15 y 16.

¹¹ Adriana María Ruiz Gutiérrez, “La nuda vida: entre el poder soberano y una analítica del biopoder”, *Logos*, núm. 22, 2012, pp. 55-73.

que lo distinguirá de importantes institutos jurídico-políticos, altamente significativos para la filosofía del derecho. Según el pensador italiano, una de las razones que hacen difícil la definición del estado de excepción es su estrecha relación con otros términos como la guerra civil, la insurrección y la resistencia. Afirma Agamben:

En la medida en que la guerra civil es lo opuesto del estado normal, ella se sitúa en una zona de indecidibilidad respecto del estado de excepción, que es la respuesta inmediata del poder estatal a los conflictos internos más extremos.¹²

Como ejemplo de esta situación, Agamben cita el caso del Estado nazi, en especial cuando Hitler toma el poder y proclama el 28 de febrero el “Decreto para la protección del pueblo y del Estado”, que suspende los artículos de la Constitución de Weimar concernientes a las libertades personales. Lo importante es que ese decreto nunca fue revocado y por esto Agamben considera que todo el Tercer Reich puede ser considerado, desde el punto de vista jurídico, como un estado de excepción que duró 12 años.

Tampoco hay que confundir el estado de excepción con el *estado de necesidad*, a pesar de que muchos autores colocan el fundamento último del primero en el segundo.

Más que volver lícito lo ilícito, la necesidad actúa aquí como justificación de una transgresión en un caso singular y específico a través de una excepción. La teoría de la necesidad no es otra cosa que una teoría de la excepción, en virtud de la cual un caso singular es sustraído a la obligación de observar la ley; la necesidad no es fuente de ley ni tampoco suspende, en sentido propio, la ley; se limita a sustraer un caso singular a la aplicación literal de la norma.¹³

Es en este sentido que la necesidad no puede ser el fundamento último del estado de excepción, ya que no se trata de un estado, de una situación del orden jurídico, sino siempre de un caso particular y concreto. En el estado de excepción, Agamben ve claramente el intento de incluir la propia excepción al orden jurídico, creando esta zona de indistinción entre el hecho y el derecho, entre lo político y lo jurídico.

En un mismo sentido distingue el estado de excepción de la “teoría de las lagunas del derecho”, entendida como aquella instancia de necesidad donde los jueces subsanan esa laguna con la elaboración de un derecho positivo de crisis. A partir del artículo 4 del Código Napoleónico, Agamben analiza la posible fundamentación. El artículo establece: “El juez que rechace juzgar, bajo pretexto de silencio, oscuridad o insuficiencia de la ley, podrá ser perseguido en tanto culpable de negación de justicia”.

A partir de la analogía con las lagunas del derecho, algunos autores consideran que el estado de excepción sería interpretado como una laguna de derecho público a la cual el poder ejecutivo tiene la obligación de poner remedio. Pero Agamben considera que

¹² Giorgio Agamben, *Estado de excepción*, op. cit., pp. 24-25.

¹³ *Ibid.*, pp. 61-62.

no, ya que no estamos ante una carencia en el texto legislativo, que debe ser completado por el juez, sino que concierne sobre todo a una suspensión del ordenamiento vigente para garantizar su existencia.

Lejos de responder a una laguna del derecho normativa, el estado de excepción se presenta como la apertura en el ordenamiento de una laguna ficticia con el objetivo de salvaguardar la existencia de la norma y su aplicabilidad a la situación normal. La laguna no es interna a la ley, sino que tiene que ver con su relación con la realidad, la posibilidad misma de su aplicación. Es como si el derecho contuviese una fractura esencial que se sitúa entre la posición de la norma y su aplicación y que, en el caso extremo, puede ser colmada solamente a través del estado de excepción, esto es, creando una zona en la cual la aplicación es suspendida, pero la ley permanece, como tal, en vigor.¹⁴

Por último, Agamben aclara que no estamos ante un derecho especial como sería el derecho de guerra, en relación con las nociones de “estado de sitio” y de “ley marcial”, que sí expresan una relación con el estado de guerra, pero que resultan inadecuadas para definir el estado de excepción, que en cuanto suspensión del orden jurídico sería un umbral de indeterminación.

3.5. Historia del estado de excepción

Pasando ahora al origen del estado de excepción, Agamben lo ubica en un suceso preciso y claro, como es la Revolución Francesa, y, en particular, en el decreto de la Asamblea Constituyente del 8 de julio de 1791, que adquiere posteriormente toda su fisonomía con la Ley del Directorio del 27 de agosto de 1797 y con el decreto de Napoleón del 24 de diciembre de 1811.

A partir de allí, el autor realiza un recorrido por los principales sucesos de los siglos XIX y XX,¹⁵ que coincide con diversas manifestaciones del estado de excepción, hasta la Primera Guerra Mundial, que coincidió en la mayoría de los países beligerantes con un estado de excepción permanente. Como ejemplo de ello, el autor cita un decreto emitido por el presidente Poincaré el 2 de agosto de 1914, que ponía al país entero en estado de sitio y que fue convertido en ley del parlamento dos días después. El estado de sitio permaneció en vigencia hasta el 12 de octubre de 1919.

En enero de 1924, en un momento de grave crisis que amenazaba la estabilidad del franco, el gobierno de Poincaré pidió plenos poderes en materia financiera, que fueron votados el 22 de marzo después de un duro debate. Resalta Agamben que medidas análogas fueron impulsadas y votadas en 1935 por el gobierno Laval, que emitió más de 500 decretos con fuerza de ley para evitar la devaluación del franco.

¹⁴ *Ibid.*, p. 70.

¹⁵ *Ibid.*, pp. 39 y ss.

Por último, se cita el artículo 16 de la Constitución francesa actual donde el estado de excepción está regulado y donde se establece que el presidente ha de tomar las medidas necesarias cuando las instituciones de la república, la independencia de la nación, la integridad del territorio o la ejecución de sus obligaciones internacionales sean amenazadas en modo grave e inmediato y el funcionamiento regular de los poderes públicos constitucionales se vea interrumpido.

A partir de aquí el autor realiza un recorrido histórico del estado de excepción en Alemania, Suiza, Italia, Inglaterra y Estados Unidos de Norteamérica, que concluye con las medidas tomadas por George Bush después del 11 de septiembre de 2001, tratando de ejemplificar en cada uno de los casos cómo las medidas de emergencia siempre han sido algo constante a través del tiempo.

3.6. El estado de excepción como estado kenomático

Una vez aclaradas las distinciones hechas por el autor, y la ubicación histórica del estado de excepción, pasemos ahora a descifrar, en este marco arqueológico y paradigmático, qué entiende por tal. Para el filósofo italiano, el estado de excepción constituye un estado kenomático, es decir, un vacío del derecho, que junto con la idea de indistinción, debe ser considerado como un mitologema jurídico, análogo al estado de naturaleza.

Ahora bien, si lo propio del estado de excepción es una suspensión (total o parcial) del ordenamiento jurídico, se pregunta Agamben ¿cómo puede tal suspensión estar comprendida en el orden legal? ¿Cómo puede una anomia estar inscrita en el orden jurídico? Y si el estado de excepción es, en cambio, solamente una situación de facto, y como tal extraña o contraria a la ley, ¿cómo es posible que el ordenamiento contenga una laguna precisamente en lo que concierne a la situación decisiva? ¿Y cuál es el sentido de esta laguna? A lo que responde:

En verdad, el estado de excepción no es ni externo ni interno al ordenamiento jurídico, y el problema de su definición concierne precisamente a un umbral, o a una zona de indiferenciación, en el cual dentro y fuera no se excluyen sino que se indeterminan. La suspensión de la norma no significa su abolición, y la zona de anomia que ella instaura no está totalmente escindida del orden jurídico.¹⁶

A continuación, Agamben dará el ejemplo más acabado de estado de excepción registrado en la historia, como será el *Iustitium* romano, que luego fundamentará a través de la *auctoritas* y su distinción con la *potestas* y el *imperium* de la Constitución romana.

¹⁶ *Ibid.*, p. 59.

4. El estado de excepción como *Iustitium*

El arquetipo del moderno estado de excepción es el *Iustitium*, que según Agamben no ha recibido suficiente atención por parte de los historiadores del derecho y de los teóricos del derecho público. El *Iustitium* consistía en lo siguiente:

Cuando llegaba la noticia de una situación que ponía en peligro a la República, el Senado emitía un *senatus consultum ultimum*, con el cual se les pedía a los cónsules y en algunos casos incluso al pretor y a los tribunos de la plebe y, en el límite, a cada ciudadano, que tomaran cualquier medida que se considerase necesaria para la salvación del Estado. Este Senado consulto tenía en su base un decreto que declaraba el *tumultus*¹⁷ y daba lugar usualmente a la proclamación de un *Iustitium*.¹⁸

Este *Iustitium* significa literalmente interrupción, suspensión del derecho. Para Agamben, implicaba no una mera suspensión de la administración de justicia, sino del derecho como tal. De ahí que su principal y último sentido era la producción de un vacío legal.

Inmediatamente aclara el autor que no estamos ante una dictadura, es decir, que esta interrupción o suspensión de todo el orden jurídico no puede ser interpretada a través del paradigma de la dictadura, ya que en la Constitución romana el dictador era una figura específica de magistrado elegido por los cónsules, cuyo *imperium* le era conferido a través de una *lex curiata* que definía los objetivos. En el *Iustitium*, por el contrario, afirma Agamben, no se da la creación de una nueva magistratura.¹⁹ El poder ilimitado que tenían los magistrados resultaba no de que se les hubiese conferido un *imperium* dictatorial, sino de la suspensión de las leyes que vinculaban su accionar.

Acá radica el problema, en haber confundido estado de excepción y dictadura, como le ocurrió a Schmitt,²⁰ a Rossiter y a Friedrich. “En todos estos casos el error era interesado, ya que ciertamente era mucho más fácil justificar jurídicamente el estado de excepción inscribiéndolo en la tradición prestigiosa de la dictadura romana que restituyéndolo a su auténtico, pero más oscuro, paradigma genealógico en el derecho romano: el *Iustitium*”.²¹

Por esto, el estado de excepción no se puede definir o explicar a través del modelo dictatorial, como la suma o plenitud de poderes (estado pleromático del derecho), sino como el estado *kenomático*, es decir, como un vacío y una interrupción del derecho.

¹⁷ *Tumultus* era la situación de emergencia que se declaraba en Roma luego de la guerra externa, una insurrección o una guerra civil.

¹⁸ Giorgio Agamben, *Estado de excepción*, op. cit., pp. 85-86.

¹⁹ *Ibid.*, p. 94.

²⁰ Carl Schmitt, *Teología política*, trad. de Francisco Javier Conde e Introducción de Luis María Bandieri, Buenos Aires, Struhart.

²¹ *Ibid.*, p. 95.

Este recorrido genealógico sobre el *Iustitium* se puede resumir en cuatro tesis: 1) el estado de excepción no es una dictadura (constitucional o inconstitucional, comisarial o soberana), sino un espacio vacío del derecho, una zona de anomia en la cual todas las determinaciones jurídicas –y sobre todo, la distinción misma entre público y privado– son desactivadas. 2) Este espacio vacío de derecho parece ser, por alguna razón, tan especial al orden jurídico que este debe tratar por todos los medios de asegurarse una relación con aquel, casi como si para fundarse debiera mantenerse necesariamente en relación con una anomia. 3) El problema crucial relacionado con la suspensión del derecho es el de los actos cometidos durante el *Iustitium*, cuya naturaleza parece escapar a toda definición jurídica; en cuanto no son ni transgresivos ni ejecutivos ni legislativos, parecen situarse, con respecto al derecho, en un absoluto no-lugar. 4) Es a esta imposibilidad de definir y a este no-lugar que responde la idea de una fuerza de no-ley; es como si la suspensión de la ley liberase una fuerza o un elemento místico, una suerte de maná jurídico del cual tanto el poder como sus adversarios, tanto el poder constituido como el poder constituyente, intentan apropiarse.²²

5. *Auctoritas*, fundamento del *Iustitium*

Ahora bien, después de lo dicho surge el siguiente interrogante: ¿cuál es el fundamento del *Iustitium*?, es decir, el fundamento del poder del Senado para suspender el derecho a través del *senatus consultum ultimum*. Este lo encontrará Agamben, no en el *imperium* ni en la *potestas*, sino en la *auctoritas*.

El concepto de *auctoritas* se refiere a una fenomenología jurídica relativamente amplia que tiene que ver tanto con el derecho privado como el derecho público. Pero lo más importante para Agamben es que no tiene nada que ver con la *potestas* o el *imperium* de los magistrados o del pueblo, pero que aun así forman juntas un sistema binario. Así lo explica el autor: “La *auctoritas* parece actuar como una fuerza que suspende la *potestas* donde esta tenía lugar y la reactiva allí donde esta ya no estaba en vigor. Consiste, en definitiva, en un poder que suspende o reactiva el derecho pero que no rige formalmente como derecho”.²³

A partir de aquí, Agamben realiza sus conclusiones y el papel que tendrá el estado de excepción entre la *auctoritas* y la *potestas*. “El sistema jurídico de Occidente se presenta como una estructura doble, formada por dos elementos heterogéneos y, aun así, coordinados: uno normativo y jurídico en sentido estricto –que podemos aquí inscribir por comodidad bajo la rúbrica *potestas*– y uno anómico y metajurídico –que podemos llamar con el nombre de *auctoritas*–”.²⁴

²² *Ibid.*, pp. 10-101.

²³ *Ibid.*, p. 144.

²⁴ *Ibid.*, p. 154.

Vemos cómo el autor refleja la relación entre ambos conceptos, al punto tal que uno y otro se necesitan, ya que el elemento jurídico o normativo precisa y necesita del elemento anómico o metajurídico, pero a su vez la *auctoritas* se refiere solo a una relación de suspensión de la *potestas*. La dialéctica entre ambos conceptos es antagónica, pero conectada funcionalmente.

La pregunta que surge es qué viene a hacer el estado de excepción en esta situación dialéctica, pero funcional, entre ambos elementos. Y la respuesta es que el estado de excepción será el dispositivo que debe articular y mantener unidos a estos dos aspectos de la máquina jurídico-política creando, como ya se vio, ese umbral de indecidibilidad entre anomía y nomos, entre vida y derecho, entre *auctoritas* y *potestas*.

El objetivo de esta indagación, aclara Agamben, en la urgencia del estado de excepción en el cual vivimos, es sacar a la luz la ficción que gobierna por excelencia nuestro tiempo, este espacio vacío en el cual la acción humana sin relación con el derecho tiene frente a sí una norma sin relación con la vida.

De aquí se desprende la tesis de que del estado de excepción en el que vivimos no es posible el regreso al Estado de derecho, puesto que ahora están en cuestión los conceptos mismos de Estado y de derecho. Pero sí es posible intentar detener la máquina, exhibir la ficción central, porque entre violencia y derecho, entre la vida y la norma no existe, para Agamben, ninguna articulación sustancial.

6. Valoración crítica

Después de este recorrido por la obra estudiada de Giorgio Agamben, nos queda realizar la valoración crítica de la misma, a través de las siguientes cinco conclusiones.

6.1. Pretensión omnicomprendiva débil

Como se explicó, en la metodología utilizada por el autor italiano vemos que hay una intención omnicomprendiva de su tesis, tratando de aplicarla como una situación general y comprensiva de toda la realidad jurídica y política occidental, cuyo escenario normal sería este estado de excepción permanente en el que vivimos día a día. Está claro que si bien se pueden reconocer algunos de los ejemplos del estado de excepción que nombra el autor a lo largo de su obra, de ninguna manera se puede sintetizar y simplificar la realidad política occidental a esa situación excepcional denunciada porque, de la misma manera, se podrían citar innumerables ejemplos de concordia política y jurídica, históricos y actuales, y sostener todo lo contrario a su tesis.

Por tanto, se puede observar una falta de fundamentación objetiva y fuerte de las afirmaciones expresadas a lo largo de la obra. Agamben recurre a proposiciones que están solo justificadas en cuanto ficciones, y por tanto sus conclusiones podrán tener solo ese carácter ficticio, es decir, parcial y subjetivo, pero nunca un carácter racional, objetivo, real y omnicomprendivo. Una proposición se tiene por racionalmente justificada cuan-

do es la conclusión de una inferencia formalmente correcta y materialmente verdadera, probable o válida, según el caso.²⁵ De lo contrario, las premisas no estarán justificadas de manera racional y la conclusión dejará de estarlo.

Estamos ante otra de las características del pensar jurídico moderno, como es la negación de una instancia trascendente del mundo para fundar el orden jurídico o político; ya no tiene prioridad lógica ni ontológica el ser sobre el devenir, sino el devenir sobre el ser. Nada existe permanentemente, sino la ley del cambio perpetuo. La realidad fundamental es el devenir.²⁶

6.2. No cognitivismo ético

La segunda conclusión a la que se podría arribar en general de la obra de Agamben es su intención de no plantear el tema de la perfección humana. No interesa hablar sobre el bien, los bienes humanos, la virtud o los valores como aquellas instancias de perfección en el hombre, es decir, del arte de la vida buena, como le llamaban los clásicos. Debemos recordar con MacIntyre que resaltar las virtudes como instancias de perfección humana no es solo para mantener las relaciones necesarias a fin de lograr la multiplicidad de bienes, sino también para mantener aquellas tradiciones que proporcionan, tanto a las prácticas como a las vidas individuales, su contexto histórico necesario.²⁷

Solo importa, para Agamben, sacar a la luz la ficción que gobierna por excelencia nuestro tiempo, este espacio vacío en el cual la acción humana sin relación con el derecho tiene frente a sí una norma sin relación con la vida. Por esta razón no es posible volver al estado de derecho, porque esto implicaría una instancia de valoración ética, jurídica y política, es decir, reflexionar no solo sobre el ser sino sobre el deber ser. De ahí que algunos autores hablen de Estado de justicia como sinónimo de Estado de derecho²⁸ dada su íntima relación.

De esta manera, solo es posible exhibir la ficción central, ya que no habrá articulación sustancial en este estado de excepción en el que se vive. A partir de esto se entiende algo bastante llamativo a lo largo de la obra: la ausencia de las nociones centrales de la ética occidental como son la justicia, la equidad, el bien común, la prudencia, la igualdad, la dignidad, la libertad, entre otras.

²⁵ Georges Kalinowski, *Concepto, fundamento y concreción del derecho*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1982, p. 84. También se puede consultar del mismo autor, *Introducción a la lógica jurídica*, Buenos Aires, Eudeba, 1973.

²⁶ Réginald Garrigou-Lagrande, *El realismo del principio de finalidad*, Buenos Aires, Ediciones Desclée, 1949, p. 20.

²⁷ Alasdair MacIntyre, *Tras la virtud*, Barcelona, Crítica, 1987, p. 274.

²⁸ Werner Goldschmidt, *La ciencia de la justicia*, citado por Germán Bidart Campos, *Doctrina del Estado democrático*, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1961, p. 141.

6.3. Desfundamentación del Estado

En tercer lugar, a lo largo de toda la obra se puede observar un abandono del estudio de las causas formal y final del Estado. No hay una sola página sobre el estudio de la esencia del Estado, del deber ser, más allá de la coyuntura; la única preocupación e intención de Agamben es poder ver la situación de excepción, de emergencia actual en que, según el autor, vivimos. Desaparecida la causa final del Estado, ya no se puede hablar de bien común, dando por fundamento de la sociedad política por excelencia una estructura precaria y sin sustento. Como afirma Zuleta Puciero,

la realidad política es una realidad humana y, como tal, está orientada por finalidades éticas, cuya consideración resulta imprescindible si se procura la comprensión del fenómeno sociopolítico en su integridad. Una ciencia que deje de lado estos datos está condenada de antemano al fracaso de sus conclusiones, necesariamente afectadas de una insuficiencia antivital y ahistórica.²⁹

En este mismo sentido desaparece también la causa formal del Estado, es decir, aquel principio que informa los elementos materiales y los convierte en su ser estatal, el orden o unión que establecen los agentes, de donde emanan, como elementos propios, la autoridad y el ordenamiento jurídico-positivo; vale decir, la pluralidad de hombres radicados en un territorio constituye la materia del Estado, y la unión u orden que estatuyen esos hombres es su forma.³⁰ Ya no se trata de “instituir y de articular”, como de “destituir y de desarticular”. Por eso, Agamben quiere pensar al hombre en desconexión, no en el misterio metafísico de la conjunción, sino en el misterio práctico y político de la separación.

6.4. Desfundamentación del orden jurídico

Sin fundamento del orden político y del Estado desaparece el orden jurídico, cuya misión y necesidad surgen como propios del orden. No hay Estado o régimen sin derecho. La juridicidad del régimen se da y existe de manera simultánea con él; cronológicamente, desde que hay Estado hay derecho que le imprime organización.³¹ Acá debemos recordar la doctrina aristotélica de la politicidad del derecho cuando el Estagirita afirmaba:

²⁹ Enrique Zuleta Puciero, “Consideraciones en torno a la obra *Política y filosofía práctica* de Wilhem Hennis”, *Ethos*, núm. 1, 1973, pp. 327-328, citado por Massini Correas, *La desintegración del pensar jurídico en la edad moderna*, op. cit., p. 38.

³⁰ Arturo Enrique Sampay, *Introducción a la teoría del Estado*, Buenos Aires, Ediciones Theoría, 1996, p. 407. También se puede consultar Sergio Raúl Castaño, *El Estado como realidad permanente*, Buenos Aires, La Ley, 2003, en particular el cap. II, pp. 19-43.

³¹ Germán J. Bidart Campos, *El régimen político de la “Politeia” a la “Res Publica”*, Buenos Aires, Ediar, 1979, p. 255.

El por qué sea el hombre un animal político, más aún que las abejas y todo otro animal gregario, es evidente. La naturaleza no hace nada en vano; ahora bien, el hombre es entre los animales el único que tiene palabra. Pero la palabra está para hacer patente lo provechoso y lo nocivo, lo mismo que lo justo y lo injusto; y lo propio del hombre con respecto a los demás animales es que él solo tiene la percepción de lo bueno y de lo malo, de lo justo y de lo injusto y de otras cualidades semejantes, y la participación común en estas percepciones es lo que constituyen la familia y la ciudad.³²

Esta pérdida de las dimensiones conceptual y real del orden jurídico deja de lado toda significación y designación de las palabras con las ideas y realidades, y los términos y enunciados jurídicos, dando por resultado una intención pragmática del lenguaje del derecho en la que este termina reduciéndose a una realidad instrumental, constitutivamente manipulable y disponible, sin ningún núcleo indisponible o inmodificable por la praxis humana, lo que conduce a un vaciamiento progresivo de las realidades jurídicas.³³

6.5. Escepticismo ético, jurídico y político

Por último, esta teoría termina en un claro escepticismo donde ya no hay posibilidades de conocer en forma racional y objetiva la verdad práctica del orden ético, jurídico y político; no hay un conocimiento de lo que debe ser, sino en todos los casos de lo que es, con independencia de su verdad o error, justicia o injusticia, es decir, con independencia de su verdadero deber ser o deber no ser. Leamos al propio Agamben:

La realidad es que, como los juristas saben perfectamente, el derecho no tiende en última instancia al establecimiento de la justicia. Tampoco al de la verdad. Tiende exclusivamente a la celebración del juicio, con independencia de la verdad o de la justicia. Es algo que queda probado más allá de toda duda por la fuerza de cosa juzgada que se aplica también a una sentencia injusta.³⁴

El derecho no tiene otra vida que la que consigue integrar dentro de sí a través de la exclusión inclusiva de la *exceptio*: se nutre de esta y sin ella es letra muerta. En este sentido realmente el derecho no tiene por sí mismo ninguna existencia pero su ser es la vida misma de los hombres.³⁵

³² Aristóteles, *La Política*, *op. cit.*, p. 159.

³³ Carlos Ignacio Massini Correas, *Filosofía del Derecho – I – El derecho, los derechos humanos y el derecho natural*, 2ª. ed., Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2005, pp. 18-19.

³⁴ Giorgio Agamben, *Homo sacer III. Lo que queda de Auschwitz*, citado por Teresa Farfán Cabrera y Javier Meza, “Giorgio Agamben o la erudición crítica del genealogista”, *Argumentos*, año 19, núm. 52, 2006, p. 64.

³⁵ Giorgio Agamben, *Homo sacer. El poder soberano y la nuda vida*, *op. cit.*, 2003, p. 31.

Como se observa, el escepticismo es claro y sin lugar a dudas; solo hay que aceptar la situación dada, la crítica sin propuestas, alternativas ni principios, en una clara actitud negativa, no positiva o constructiva. Bien observa Owen Fiss esta actitud al analizar la escuela crítica del derecho:

Los estudiosos de la escuela crítica no intentan superar la incertidumbre, ellos gozan de ella. Antes que imponer una estructura intelectual sobre todas las intuiciones en conflicto entremezcladas dentro de esos conceptos normativos, los estudiosos de la escuela crítica aceptan como algo dado dicha apertura o la indeterminación. El propósito de este ejercicio es negar la pretensión distintiva del derecho como una forma de racionalidad. El derecho no es lo que parece (objetivo y capaz de producir respuestas correctas) sino más bien simples políticas con otra apariencia.³⁶

En la medida en que no volvamos a comprender lo jurídico y lo político en clave de perfección humana, de vida buena, de ejemplaridad, es muy difícil establecer una fundamentación racional y objetiva de nuestras instituciones jurídico-políticas, por la sencilla razón de la ausencia de algún marco referencial al cual recurrir y poder valorar. Este es el sentido que viene buscando el movimiento de rehabilitación de la filosofía práctica desde hace algunos años, cuando trata de retomar nuevamente el orden de los fines y valores del obrar humano en sociedad. En este sentido, afirma *John Finnis*, uno de sus mayores representantes:

La filosofía práctica es una reflexión disciplinada y crítica sobre los bienes que pueden realizarse en la acción humana y sobre las exigencias de la razonabilidad práctica. De manera que cuando decimos que el teórico descriptivo debe proceder [...], adoptando un punto de vista práctico, queremos decir que él debe apreciar la importancia o significación de las semejanzas y las diferencias dentro de su materia de estudio preguntándose qué sería considerado importante o significativo en ese campo por aquellos cuyos intereses, decisiones y actividades crean o constituyen la materia estudiada.³⁷

7. Conclusiones

De esta manera, al recuperar las exigencias de razonabilidad práctica, se podrán superar doctrinas como la analizada, cuya pretensión de mero análisis descriptivo y restrictivo de la experiencia tratan de olvidar los presupuestos necesarios para una vida buena y comunitaria.

³⁶ Owen M. Fiss, "¿La muerte del derecho?", *Doxa*, núm. 10, 1991, p. 132.

³⁷ John Finnis, *Ley natural y derechos naturales*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2000, p. 46.

Bibliografía

- AGAMBEN, Giorgio, *Homo sacer I. El poder soberano y la nuda vida*, Valencia, Pre-Textos, 1998.
- _____, *Lo que queda de Auschwitz. El archivo y el testigo*, Valencia, Pre-Textos, 2000.
- _____, *Homo sacer. El poder soberano y la nuda vida*, Valencia, Pre-Textos, 2003.
- _____, *Estado de excepción*, Buenos Aires, Adriana Hidalgo Editora, 2005.
- _____, *La comunidad que viene*, Valencia, Pre-Textos, 2006.
- _____, *El reino y la gloria. Una genealogía teológica de la economía y del gobierno*, Buenos Aires, Adriana Hidalgo Editora, 2008.
- ARISTÓTELES, *Ética a Nicómaco - La Política*, introducción de Antonio Gómez Robledo, México, Porrúa, 1996.
- BIDART CAMPOS, Germán J., *Doctrina del Estado democrático*, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1961.
- _____, *El régimen político de la "Politeia" a la "Res Publica"*, Buenos Aires, Ediar, 1979.
- CASTAÑO, Sergio Raúl, *El Estado como realidad permanente*, Buenos Aires, La Ley, 2003.
- FARFÁN CABRERA, Teresa y Javier MEZA, "Giorgio Agamben o la erudición crítica del genealogista", *Argumentos*, año 19, núm. 52, 2006.
- FINNIS, John, *Ley natural y derechos naturales*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2000.
- FISS, Owen M., "¿La muerte del derecho?", *Doxa*, núm. 10, 1991.
- GARRIGOU-LAGRANDE, Réginald, *El realismo del principio de finalidad*, Buenos Aires, Ediciones Desclée, 1949.
- GOLDSCHMIDT, Werner, *La ciencia de la justicia*, Madrid, Aguilar, 1958.
- KALINOWSKI, Georges, *Introducción a la lógica jurídica*, Buenos Aires, Eudeba, 1973.
- _____, *Concepto, fundamento y concreción del derecho*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1982.
- MACINTYRE, Alasdair, *Tras la virtud*, Barcelona, Crítica, 1987.
- MASSINI CORREAS, Carlos Ignacio, *La desintegración del pensar jurídico en la edad moderna*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1980.
- _____, *Filosofía del Derecho - I - El derecho, los derechos humanos y el derecho natural*, 2ª. ed., Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2005.
- PLATÓN, *Las Leyes*, edición bilingüe, traducción, notas y estudio preliminar de José M. Pavón y Manuel Fernández-Galiano, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1960.
- RUIZ GUTIÉRREZ, Adriana María, "La nuda vida: entre el poder soberano y una analítica del biopoder", *Logos*, núm. 22, 2012, pp. 55-73.
- SAMPAY, Arturo Enrique, *Introducción a la teoría del Estado*, Buenos Aires, Ediciones Theoría, 1996.
- SCHMITT, Carl, *Teología política*, trad. de Francisco Javier Conde e Introducción de Luis María Bandieri, Buenos Aires, Struhart.
- VILLEY, Michel, *Compendio de Filosofía del Derecho*, t. I, Navarra, Ediciones Universidad de Navarra, 1979.
- ZULETA PUCIERO, Enrique, "Consideraciones en torno a la obra *Política y filosofía práctica* de Wilhem Hennis", *Ethos*, núm. 1, 1973, pp. 327-328.

Eliana de Rosa* (Argentina)

El ideal del *rule of law* en la teoría jurídica de John Finnis

RESUMEN

Aunque el origen del ideal del *rule of law* se sitúa en la noción de Estado de derecho y régimen constitucional, el mero cumplimiento de requisitos formales no evita que se produzca un uso arbitrario del poder. De ahí que el acabado tratamiento del *rule of law* requerirá necesariamente avanzar sobre una perspectiva que indague su aspecto sustancial. Puesto que una ley implica una restricción a la libertad humana, y las normas jurídicas están destinadas a ciudadanos racionales y, en consecuencia, libres y responsables, el derecho no puede abandonar su necesidad de justificación intrínseca para mantener su pretensión de obligatoriedad, esto es, presentarse como una razonable guía y coordinación de la acción social. Por tanto, el tratamiento del aspecto valorativo no puede ser eliminado sin que el ideal del *rule of law* pierda todo su significado y función.

Palabras clave: aspecto formal, aspecto sustancial, desiderátum, bien común, John Finnis, razonabilidad práctica, significado focal, ley natural.

ZUSAMMENFASSUNG

Wenngleich der Ursprung des Ideal der Rechtsstaatlichkeit (*rule of law*) im Konzept des Rechtsstaats und der Verfassungsordnung liegt, kann dennoch die bloße Erfüllung formalrechtlicher Voraussetzungen nicht verhindern, dass es zu einem Machtmissbrauch kommen kann. Daher ist eine umfassende Behandlung der Rechtsstaatlichkeit notwendigerweise um eine Perspektive zu erweitern, in der auch ihr materiellrechtlicher Aspekt untersucht wird. Da mit jedem Gesetz eine Einschränkung der menschlichen Freiheit verbunden ist und die rechtlichen Normen an vernünftige und somit freie und verantwortlich handelnde Bürgerinnen und Bürger gerichtet sind, kann sich das Recht der inhärenten Notwendigkeit einer Rechtfertigung nicht entziehen, wenn es seinen Geltungsanspruch aufrecht erhalten will, dass heißt, wenn es sich als vernünftige Anleitung zu und Koordina-

* Abogada de la Universidad Nacional de Cuyo. Profesora en Ciencias Jurídicas, Facultad de Filosofía y Letras de la Universidad Nacional de Cuyo. elianadelelio@yahoo.com.ar

tion von gesellschaftlichem Handeln darstellen möchte. Deshalb kann die Betrachtung des Wertespektes nicht außer Acht gelassen werden, wenn das Ideal der Rechtsstaatlichkeit nicht insgesamt seine Bedeutung und Funktion einbüßen soll.

Schlagwörter: Formalrechtlicher Aspekt, materiellrechtlicher Aspekt, Desideratum, Gemeinwohl, John Finnis, praktische Angemessenheit, sachbezogene Bedeutung, Naturrecht.

ABSTRACT

Although the origin of the ideal of the Rule of Law has been located in the notion of Rule of Law in and of itself as well as in constitutional rule, mere compliance with formal requirements does not prevent the arbitrary use of power. In this regard, the consideration of the Rule of Law necessarily requires advancing beyond a perspective that delves into its substantial aspect. As laws imply a restriction on human freedom and legal norms are intended for rational citizens who are, therefore, free and responsible, the law itself cannot abandon the need for intrinsic justification in order to maintain its claim to being compulsory, i.e. it presents itself as a reasonable guide for the coordination of social actions.

Keywords: Formal law, substantive law, desideratum, common good, John Finnis, practical reasonableness, focal meaning, natural law.

1. Introducción

Muchos autores sitúan el origen del ideal del *rule of law* en la concepción continental de Estado de derecho y lo vinculan a la noción de *Rechtsstaat* o régimen constitucional, el cual propone el monopolio estatal del derecho señalado por Max Weber, concibiéndolo como una industria tendiente a controlar la concentración del poder normativo, a través de un régimen de separación de poderes y de un correlativo sistema de pesos y contrapesos entre ellos, y relacionando la noción de ley con el cumplimiento exhaustivo de una serie de requisitos de carácter formal que deben reunir las reglas jurídicas (tales como la generalidad, irretroactividad, comprensividad, promulgación, etc.). Sin embargo, es menester advertir que aun cuando este constituye un aspecto importante del *rule of law*, un estudio exclusivamente circunscrito al mero cumplimiento de requisitos formales no evita que se produzca un uso arbitrario del poder normativo. De ahí la necesidad de desentrañar la profunda razón justificativa por la cual la ley del Estado debe ser de una determinada manera y no de otra. Lo que equivale a decir que el estudio y análisis del *rule of law* o *imperio del derecho* no puede ser abordado desde una perspectiva exclusivamente centrada en el aspecto formal del derecho, sino que su acabado tratamiento requerirá necesariamente avanzar hacia una perspectiva que indague su aspecto sustancial.

Puesto que una ley implica una restricción a la libertad humana, y las normas jurídicas están destinadas a ciudadanos racionales y, en consecuencia, libres y responsables, el

derecho no puede abandonar su necesidad de justificación intrínseca para poder mantener su pretensión de obligatoriedad, esto es, presentarse como una razonable guía y coordinación de la acción social.

Por tanto, el tratamiento del “aspecto valorativo no puede ser eliminado sin que el ideal del *rule of law* pierda todo su significado y función”.¹

Entre los estudios recientes de mayor envergadura sobre la noción de *rule of law* o imperio del derecho figura el efectuado por el profesor de la Universidad de Oxford John Finnis, quien lo ha abordado desde una perspectiva eminentemente sustancial.

En efecto, Finnis comienza el tratamiento del tema con una referencia a las características formales del orden jurídico que hacen del mismo un sistema que regula su propia creación y funcionamiento. Asimismo, siendo el derecho un orden coactivo, esta nota no puede ser estudiada con carácter excluyente, toda vez que la autoridad jurídica sería necesaria y, por tanto, su existencia estaría justificada, aun en un mundo en el que los ciudadanos obedecieran espontáneamente los preceptos que integran dicho sistema jurídico.

Ello obliga necesariamente a tratar aquellas notas que, además de la coactividad, definen a todo ordenamiento jurídico, a saber: a) “que introduce previsibilidad en las interacciones humanas”;² por tratarse de un sistema de reglas que constituyen y regulan el funcionamiento de instituciones, las que a su turno se encargan de dictar reglas, de aplicarlas y de asegurar su efectivo cumplimiento; b) validez de la normas, que se evidencia en el hecho de haber sido dictadas de conformidad con aquellas que regulan su creación; c) condiciones de aplicación de las reglas a actos jurídicos particulares por parte de sujetos privados; d) la existencia y validez de las reglas se justifican en la medida en que los actos pasados que las crearon proporcionan razones suficientes y excluyentes para actuar ahora de la manera entonces regulada; y, finalmente, e) sostiene Finnis que “esta última técnica es reforzada por el postulado operativo de que toda cuestión práctica o problema de coordinación actual ha sido ‘previsto’, en todos sus aspectos, por alguno o algunos de tales actos jurídicos pasados”.³

No obstante, el autor considera incompleta esta explicación si se omite la necesaria relación que existe entre las características de índole formal antes mencionadas y las exigencias generales de justicia y del bien común.

La expresión Estado de derecho o imperio de la ley (*rule of law*) es aquella que corresponde adscribirle a un sistema jurídico que se encuentra formal, sustancial e institucionalmente en “buen estado”. Para que un sistema jurídico realice acabadamente el imperio del derecho será necesario, según Finnis, que se configuren una serie de condiciones formales a las que el autor denomina desideratas. Ellas son, en primer lugar, (i) que las reglas del sistema jurídico en cuestión sean de carácter prospectivo, no retroactivas; (ii)

¹ Cf. M. Magnini y F. Viola, *Diritto naturale e liberalismo, Dialogo o conflitto?*, Torino, G. Giappichelli Editore, 2009, p. 11.

² Cf. John Finnis, *Natural Law and Natural Rights*, 2ª. ed., Oxford, Oxford University Press, 2011, p. 268.

³ *Ibid.*, p. 269.

que no sean de cumplimiento imposible; (iii) que sus reglas sean promulgadas, (iv) claras y (v) coherentes entre sí; (vi) deben ser suficientemente estables de modo que permitan a sus destinatarios orientar su comportamiento, a través del conocimiento de las mismas; (vii) que el dictado de normas de carácter particular se encuentre orientado por otras reglas que a su vez hayan sido promulgadas, claras, estables y generales, y, por último, (viii) que “aquellos que poseen autoridad para crear, administrar y aplicar reglas en virtud de un cargo oficial (a) han de dar cuenta del cumplimiento de las reglas aplicables a su actuación y (b) de hecho aplican el derecho coherentemente y según su tenor”.⁴

De todos estos desiderátums, Finnis se detiene particularmente en el octavo y hace hincapié en que el imperio del derecho se configuraría solo en aquellos supuestos de hecho en los que se pueda constatar la concurrencia de ciertas cualidades del proceso que solo es posible lograr a través de “la institución de una autoridad judicial, y de su ejercicio por personas profesionalmente preparadas y motivadas para obrar conforme a derecho”,⁵ lo que equivale a hablar de independencia del poder judicial.

El imperio del derecho se presenta así como una virtud de la interacción de la comunidad humana, vale decir, los miembros de una comunidad solo podrán desarrollar su identidad, esto es, poseer y estar en condiciones de ejercer efectivamente su dignidad de sujetos auténticamente libres y responsables, en la medida en que sean protegidos del peligro de vivir sus vidas para la utilidad de otros. El derecho deviene, o debiera devenir, por tanto, en instrumento eficaz para que quienes se encuentran sometidos a sus reglas encuentren en él una justificación para su obediencia espontánea, porque es a través de ella como los individuos crean y afianzan una identidad que perdura a lo largo de toda la vida. Este es el valor primario de la predecibilidad, que el derecho procura establecer a través de las cinco características formales. Pero también el valor primario de la noción de régimen constitucional,⁶ sobre el que se sustenta la salud de la república, es garantía de que los gobernantes no ejercerán el poder teniendo en cuenta sus intereses privados o partidistas, sino teniendo como horizonte último la consecución del bien común de la sociedad. En tal sentido, el mecanismo de la separación de poderes se presenta como uno de los principios rectores de la república, que debe estar adecuadamente consagrado en las constituciones escritas, y regulado mediante un sistema de pesos y contrapesos que asegure el equilibrio entre los tres poderes del Estado. Así se consagra el ideal del gobierno de las leyes y no de los hombres.

Finnis sostiene que un componente esencial del concepto de régimen constitucional (que constituye a su turno un aspecto del *rule of law*) es que exista una relación de reciprocidad entre gobernantes y gobernados, materializada en que “las exigencias de la autoridad son respetadas a condición de que la autoridad respete las exigencias del bien común”.⁷ Por tanto, el sentido fundamental de los desiderátums enumerados será

⁴ *Ibid.*, p. 270-271.

⁵ *Ibid.*, p. 271.

⁶ *Ibid.*, p. 272.

⁷ *Ibid.*, p. 273.

garantizar a los ciudadanos, miembros de una determinada comunidad y sometidos a una autoridad política, que estarán exentos de toda forma de manipulación del gobernante de turno, pudiendo desenvolverse en la vida social y política como sujetos dotados de libertad, dignidad y capacidad de autodeterminación. El imperio del derecho se erige así en una exigencia de justicia e igualdad.

2. Limitaciones al principio del *rule of law*

Finis dedica este apartado a considerar brevemente cuándo se configura el abuso al imperio del derecho y a describir en qué consiste. Para ello, trae a colación la cuestión planteada por Lon Fuller y sus críticos. En efecto, la pregunta que se plantea es si “una tiranía entregada a fines perniciosos puede perseguir esos fines por medio de un imperio del derecho plenamente legítimo”.⁸ A lo que Finis agrega que este debate no logró clarificar el sentido relevante de “poder”.

Advirtiendo el hecho de la multiplicidad de nociones de orden jurídico y de sociedad, y de la legitimidad de la mayoría de ellas, no obstante, esta misma circunstancia es la que hace preciso distinguir la noción de su uso; este último está subordinado a principios y exigencias de la razonabilidad práctica. Al respecto, el profesor de Oxford señala que el mismo Fuller parece depender de la premisa o “pretensión” de que “no se encontrará históricamente una tiranía que haya operado coherentemente por medio del derecho”.⁹ Sin embargo, es menester advertir que la pretensión auténticamente relevante, en realidad, es otra. Hablar de tiranía equivale a considerar un tipo de régimen en que los gobernantes actúan sirviendo a sus propios intereses, al margen o incluso en contra de los intereses de la comunidad y de las exigencias derivadas del bien común, lo que el autor califica de *explotador*. Asimismo, un régimen de esta naturaleza es susceptible de ser calificado de *ideológico*, toda vez que los detentadores del poder persiguen sus objetivos teniéndolos por buenos para la comunidad, pero con fanatismo, prescindiendo de toda consideración del bien humano objetivo o proyectando un tipo de bien sustentado en ideologías dominantes, pero que no guarda relación con el bien común de la sociedad objetivamente considerado. Un régimen de tales características prescinde de fundamentos racionales para adherirse a las exigencias de legalidad. Tal habría sido el caso histórico de la Alemania nazi, pues, en tales casos, los gobernantes no buscan “ayudar a las personas a constituirse a *sí mismas* en la comunidad”¹⁰ sino que persiguen fines sectarios, particulares y determinados.

En consecuencia, Finis se aparta de Fuller al sostener que la pretensión verdaderamente relevante es que un régimen en el cual concurren las características antes descritas carece “de razón por sí misma suficiente para someterse a la disciplina de operar cohe-

⁸ *Idem.*

⁹ *Idem.*

¹⁰ *Ibid.*, p. 274.

rentemente por medio de exigentes procesos de derecho, supuesto que el sentido racional de tal autodisciplina es precisamente el valor de la reciprocidad, equidad y respeto por las personas que el tirano, *ex hypothesi*, desprecia”.¹¹ De este modo, Finnis califica de erróneo el argumento de los críticos de Fuller, según el cual el *rule of law* deviene simplemente en instrumento que puede ser utilizado de manera eficaz para fines moralmente buenos, pero también para fines malos. En efecto, el autor sostiene que adherir a este principio limita considerablemente la libertad de maniobra de un determinado gobierno, lo que implica reducir la eficacia para el mal, cuando este se desvíe de las exigencias que surgen de la razonabilidad práctica. Esto será posible, particularmente, por medio de la adhesión al octavo desiderátum, el de la conformidad de los funcionarios con reglas preanunciadas y estables.

Otro aspecto del *rule of law*, que habría sido reconocido ya por Platón, es la popularidad ideológica de la que han gozado a lo largo de la historia los ideales de legalidad y de derecho. Al respecto, señala Finnis que se trata de “un favor no enraizado en una captación firmemente razonable de principios prácticos”,¹² lo que abre paso a que quienes conspiran contra el bien común “procuren obtener y retener el poder por medio de una adhesión a formas constitucionales y legales que sea ‘escrupulosa’ a pesar de ser insincera, temporal y motivada tácticamente”.¹³ Cuando ello ocurre, no resulta posible afirmar que el imperio del derecho constituya una auténtica garantía para el bien común.

En consecuencia, el autor sostiene que, en ciertas ocasiones, la única forma de asegurar todos los aspectos del bien común en su verdadero sentido es, no mediante la sujeción a la ley o constitución, sino mediante un apartamiento de las mismas, dejando a salvo, claro está, que tal apartamiento exige una “imponente responsabilidad y muy mesurada razonabilidad práctica”, que él denomina *statemanship* o “capacidad de estadista”. De ello se desprenden dos corolarios, a saber: uno práctico y otro reflexivo. El primero supone que los términos consagrados constitucionalmente gozan de una flexibilidad que permite su ampliación o restricción necesarias para evitar que sean manipulados o explotados por los actuales detentadores del poder.

Como efecto de este se desprende el corolario reflexivo que, dice Finnis, no es otra cosa que retomar el principio básico de que “la autoridad, una de cuyas especies es el gobierno mediante la ley, es la responsabilidad que deriva, como decía Fortescue, ‘por obra de la ley y la naturaleza’”,¹⁴ vale decir, considerando necesidades permanentes de lo que constituye objetivamente un bien para los integrantes de la comunidad.

¹¹ *Ibid.*, p. 273-274.

¹² *Ibid.*, p. 274.

¹³ *Idem.*

¹⁴ *Ibid.*, p. 275.

3. ¿Qué debe entenderse por derecho?

A su turno, no resulta posible analizar el *rule of law* sin abordar el tratamiento que el profesor de Oxford le dedica al significado del término ‘derecho’. En efecto, en el capítulo de *Natural Law and Natural Rights* dedicado a las características principales del derecho y al estudio del imperio del derecho, Finnis aclara el término introduciendo la noción de “significado focal” (*focal meaning*) del fenómeno jurídico, haciendo referencia a:

Reglas producidas de acuerdo con reglas jurídicas regulativas, por una autoridad determinada y efectiva (ella misma identificada normalmente y, normalmente, constituida como institución mediante reglas jurídicas) para una comunidad “completa”, y apoyadas por sanciones en conformidad con disposiciones de instituciones juzgadoras guiadas por reglas [...] dirigida a resolver razonablemente cualquiera de los problemas de coordinación de la comunidad [...] para el bien común de esa comunidad [...].¹⁵

En efecto, se trata de un intento de construir una noción del fenómeno jurídico que refleje una multitud de fenómenos concebidos como casos de auténticos ordenamientos jurídicos (*central cases*), desde una perspectiva fáctica o sociológica, histórica y cultural. No se trata, por tanto, de tomar el término ‘derecho’ en un sentido unívoco, sino que este “significado focal” supone una referencia primaria a ciertos tipos de fenómenos sociales existentes, teniendo la potencialidad de extenderse y aplicarse a casos análogos en los cuales está ausente algún elemento descriptor del caso central.

El autor arriba, de este modo, a la conclusión de que “el derecho, en sentido focal del término, se realiza plenamente solo cuando cada uno de estos términos componentes se realiza plenamente”.¹⁶

No es posible soslayar que el análisis del profesor de Oxford apunta, no solo a la presencia de elementos formales, a la hora de elaborar una definición de derecho, sino también a la necesaria referencia a elementos sustanciales, como la necesidad de que el ordenamiento jurídico sirva al bien común, según una “forma en sí misma adaptada a ese bien común por características como especificidad, minimización de la arbitrariedad, mantenimiento de la reciprocidad entre los súbditos del derecho, tanto unos como otros en sus relaciones con las autoridades legítimas”.¹⁷ Sin referencia al bien común de la comunidad a la que está destinada a regir, aun cuando un determinado fenómeno jurídico encuadre en el esquema de carácter “lógico formal” propuesto por Max Weber, la noción de derecho queda vacía de contenido y carente de su necesaria justificación autoritaria.

Por último, Finnis considera que el análisis del *rule of law* no puede comprenderse cabalmente desde una concepción del fenómeno jurídico abordada exclusivamente desde

¹⁵ *Ibid.*, p. 276.

¹⁶ *Ibid.*, p. 277.

¹⁷ *Ibid.*, pp. 276-277.

una perspectiva formal, que prescindiera del contenido que se les dé a las normas jurídicas que lo integran. En efecto, dicho análisis parte de la premisa sentada por el jurista inglés del siglo XVI Christopher St. German, según la cual: “En toda ley positiva bien hecha hay alguna cosa de ley de la razón”, esto es, en palabras de Finnis, “comprender la relación (las relaciones) entre las leyes particulares de sociedades particulares y los principios permanentemente relevantes de la razonabilidad práctica”.¹⁸

La operación por mediante la cual se hace derivar un precepto jurídico positivo de la ley natural o de un principio de la razón práctica se efectúa a través de un proceso analógico de deducción, por medio del cual es posible demostrar que las conclusiones arrojadas en el conjunto de operaciones que integran dicho proceso obtienen su fuerza vinculante de principios básicos de razonabilidad práctica. Al respecto, Finnis ejemplifica este proceso con las normas que se refieren al delito de homicidio, las que deben su justificación a la exigencia según la cual la vida humana constituye un bien cuyo valor intrínseco es captado de manera inmediata por el individuo racional.

No obstante, el autor aclara que este proceso de recepción de principios morales en un sistema jurídico merece aún mayor atención, lo que conduce el análisis al tratamiento de las categorías de ley humana o positiva elaboradas por Tomás de Aquino. En efecto, según el Aquinate, los preceptos o normas que integran un ordenamiento jurídico positivo pueden derivar de la ley natural, bien como “conclusiones deducidas de principios generales” o bien como “determinaciones de directivas generales”¹⁹ (*determinatio*). Esta última operación a cargo del legislador racional se explica por analogía con las artes prácticas, en el sentido en que el artista o el arquitecto tiene una idea general o “forma” (v. g. cuadro o casa) que, a través de una segunda operación, se concretará en “este cuadro” o “esta casa” en particular, con características que, sin lugar a dudas, responderán a esa idea general, pero con aspectos y especificaciones propias. Por tanto, la realización del objeto en cuestión, no obstante estar informada por la idea general o básica, no se encuentra, sin embargo, plenamente determinada sino hasta que el objeto en realidad exista o haya sido construido completamente.

Al estudiar este proceso, Finnis señala que “estas fórmulas, que enfatizan tan fuertemente la libertad racional de elección del legislador, pueden resultar equívocas si no se las considera tan solo como un teorema subsumido dentro de una teoría general”,²⁰ y esta no puede ser otra que, citando a Tomás de Aquino, “toda ley establecida por los hombres tendrá el carácter de ley en tanto y en cuanto se deriva de la ley natural”.²¹ Ello implica que los preceptos que debieran integrar un sistema jurídico en particular están determinados de antemano por la exigencia general de justicia y, por tanto, incumbe al legislador la razonable tarea de efectuar esas determinaciones de acuerdo con las cir-

¹⁸ *Ibid.*, p. 281.

¹⁹ Tomás de Aquino, *Summa Theologiae*, I-II, q. 95, a. 2c.

²⁰ Finnis, *op. cit.*, p. 285.

²¹ Tomás de Aquino, *Summa Theologiae*, I- I, a. 95, a. 2c: “*omnis lex humanitus posita instantum habet de ratione legis in quantum a lege natura derivatur*”.

cunstancias también particulares de cada sociedad. Esta tarea de definición a cargo del legislador está informada por principios propios, distintos de los del ciudadano, que incluyen los desiderátums con los que se cumple la fórmula del *rule of law*.

En esta última cuestión, el profesor de Oxford se detiene para efectuar un distingo entre aquellos principios de “primer grado” –que el legislador debe tener en cuenta en razón de su importancia, por estar intrínsecamente vinculados a bienes humanos básicos, cuyo reconocimiento y consecuente consagración legislativa han sido fruto de acumulativos esfuerzos del pasado– y principios de “segundo grado” –que cumplen la función de guiar la interpretación y aplicación de reglas y principios cuya existencia presuponen aquellos–.

Finalmente, concluye el autor que “los principios centrales del precepto jurídico sobre el homicidio, el hurto, el matrimonio, o los contratos”, por ejemplo, “puede ser una aplicación directa de reglas de razonabilidad universalmente válidas, pero el esfuerzo de integrar estas materias con el imperio del derecho exigirá del juez y del legislador innumerables elaboraciones que en la mayoría de los casos participan de la segunda forma de derivación”.²² Finnis afirma que uno de los factores que justifican la necesidad de autoridad es la multiplicidad de elecciones adecuadas, pero contrapuestas, de medios para el logro de fines y, por tanto, es tarea del gobernante la elección de los mismos, pero esta elección (*determinatio*) concreta en la realidad, en adelante, constituirá la solución justa para quienes están sujetos a su autoridad. Por tanto, siendo la autoridad la que resuelve la mayoría de cuestiones prácticas en la vida de una comunidad, se debe enfatizar su necesario complemento: “Una *determinatio* solo podrá tener autoridad para un individuo razonable, si ella es en su contenido, coherente con las exigencias básicas de la razonabilidad práctica”. “El acto de ‘poner el derecho’”, expresa el autor, “es un acto que puede y debería ser guiado por reglas y principios ‘morales’, que esas normas morales son una cuestión de razonabilidad objetiva, y no de capricho, convención o mera decisión”,²³ y que además de justificar la existencia de las diversas instituciones vigentes en el derecho positivo, ofrece una base racional para orientar el ejercicio de la autoridad por parte de los gobernantes dentro de un marco de legitimidad y justificar el correlativo deber de obediencia de los ciudadanos.

4. Conclusión

Actualmente, no es posible afirmar que este ideal se cumpla de manera acabada puesto que todavía asistimos a sistemas políticos que, aun cuando están organizados constitucionalmente, continúan gobernando con intereses partidarios e impidiendo que importantes sectores de la población desarrollen una adecuada capacidad de autodeterminación para un ejercicio consciente y responsable de su ciudadanía. Las normas

²² Cf. Finnis, *op. cit.*, p. 289.

²³ *Ibid.*, p. 290.

jurídicas devienen así en instrumentos manipulables por los detentadores del poder con el objeto de concentrar funciones, perpetuarse en ellas o avanzar sobre los otros poderes del Estado.

En conclusión, en la teoría jurídica del profesor de Oxford, el ideal del *rule of law* se presenta como un fenómeno que indudablemente consta de un aspecto formal que no puede ser ignorado y que se evidencia en el conjunto de requisitos que deben reunir las normas jurídicas en orden a su validez intrasistemática. No obstante, este aspecto es condición necesaria de todo ordenamiento jurídico, pero no suficiente ni evita que los preceptos que lo integran sean objeto de manipulación por quienes detentan el poder. De donde surge la ineludible necesidad del aspecto sustancial, que será el que justifique no solo la pretensión de obligatoriedad, sino también el deber de obediencia.

Este aspecto supone, por un lado, la necesidad de que quienes se encuentran sometidos a reglas jurídicas puedan ver en el derecho un instrumento idóneo para garantizar el despliegue de sus capacidades de autodeterminación como ciudadanos que integran una determinada comunidad política. Y, por otro, implica un límite preciso a la acción de los gobernantes, ya que, en palabras de Finnis, “las exigencias de la autoridad son respetadas a condición de que la autoridad respete las exigencias del bien común”.²⁴ Y, correlativamente, el bien común se convierte en objeto primario del derecho, cuando el gobernante es capaz de reconocer en sus gobernados la dignidad humana que les es propia, la que es inherente a su naturaleza de seres racionales. Por tanto, debe crear y promover las condiciones que permitan a los miembros de una comunidad desarrollarse como individuos libres, conscientes y responsables.

Por último, las normas y los preceptos que integran un sistema de derecho no pueden tener cualquier contenido, sino que deben comprender las relaciones que existen entre las particulares circunstancias históricas, sociales y culturales de cada sociedad en concreto, en conjunción con principios permanentemente relevantes de razonabilidad práctica, que se correspondan con bienes humanos básicos y exigencias universales de justicia. Aquí tiene su lugar la ética de las virtudes, que deviene un complemento necesario de las exigencias formales del *rule of law*, pero que habrá de ser objeto de estudio en un trabajo ulterior.

Bibliografía

DE AQUINO, Tomás, *Summa Theologiae*, t. IV, Madrid, BAC, 1956.

FINNIS, John, *Natural Law and Natural Rights*, 2ª. ed., Oxford, Oxford University Press, 2011.

MAGNINI, M. y F. VIOLA, *Diritto naturale e liberalismo, Dialogo o conflitto?*, Torino, G. Giappichelli Editore, 2009.

²⁴ *Ibid.*, p. 273.

Ramiro Dillon* (Argentina)

Del Estado de derecho al Estado constitucional de derecho. La revolución legal mundial según Carl Schmitt

RESUMEN

Los cambios sociales de la modernidad obligan a discernir su dirección. El Estado moderno, nacido contra el absolutismo, se convirtió en Estado de derecho basado en la legalidad como principio de racionalidad general. Lo político se configuró con la noción de "soberanía del pueblo" y jurídicamente surgió el positivismo estatal. El Estado constitucional de derecho reemplazó la racionalidad objetiva como fundamento de legitimidad por un pluralismo de valores propio de las sociedades individualistas. El neoconstitucionalismo confrontó la legalidad estatal con los principios internacionales de derechos humanos por la actividad ponderativa de los jueces. La reducción de la verdad al relativismo del valor llevó a su imposición y a la promoción de la guerra civil por medio de la ruptura de la legalidad estatal y su soberanía. Entre los grandes espacios actuales de poder, lo político se reedita por una vuelta a la soberanía y a la institucionalidad jurídica de los órdenes concretos.

Palabras clave: absolutismo, libertad, Estado de derecho, principio de legalidad, normativismo, Estado constitucional de derecho, legalidad y legitimidad, decisionismo, derechos humanos, relativismo, neoconstitucionalismo, pretorianismo, lesa humanidad, soberanía, espacios políticos, nacionalismo, concordia.

ZUSAMMENFASSUNG

Die gesellschaftlichen Veränderungen der Moderne machen eine Richtungsbestimmung erforderlich. Der aus dem Gegensatz zum Absolutismus entstandene moderne Staat entwickelte sich zum auf der Legalität als allgemeinem Vernunftprinzip beruhenden Rechtsstaat. Für die Konfiguration des Politischen wurde der Begriff der "Souveränität" des

* Abogado, doctorando DE la Universidad Católica Argentina. Profesor de Historia de las Ideas Políticas, Universidad de Mendoza. ramirodillon@hotmail.com.

Volkes" bestimmend, während auf juristischem Gebiet der Staatspositivismus entstand. Im Verfassungsrechtsstaat wurde die objektive Rationalität als Legitimitätsgrundlage von einem für individualistische Gesellschaften typischen Wertpluralismus abgelöst. Der Neokonstitutionalismus konfrontierte mit Hilfe der abwägenden richterlichen Tätigkeit die staatliche Legalität mit den internationalen Menschenrechtsprinzipien. Die Reduzierung der Wahrheit auf einen Werterelativismus führte zu dessen Durchsetzung und der Begünstigung von Bürgerkriegen aufgrund des Bruchs mit der staatlichen Legalität und seiner Souveränität. Im Bereich zwischen den Macht-Großräumen von heute erfolgt eine Neubestimmung des Politischen mittels einer Rückkehr zur Souveränität und der rechtlichen Institutionalisierung konkreter Regeln.

Schlagwörter: Absolutismus, Freiheit, Rechtsstaat, Legalitätsprinzip, Normativismus, Verfassungsrechtsstaat, Legalität und Legitimität, Dezisionismus, Menschenrechte, Relativismus, Neokonstitutionalismus, Prätorianismus, verletzte Menschlichkeit, Souveränität, politische Räume, Nationalismus, Einheit.

ABSTRACT

Social changes produced by modernity require analysis to determine how they will continue. The Modern State, which came into existence under absolutism, was converted into the legality of the Rule of Law based on the principle of general rationality. Politics were configured under notions of the "sovereignty of the people" together with state legal positivism. Constitutional Rule of Law replaced objective rationality as a basis of legitimacy for a pluralism of values proper to individualistic societies. Neo-constitutionalism confronted state legality with international human rights principles through judges' considerations and rulings. The reduction of truth to the mere relativism of value has led to the imposition of said relativism and promotion of the civil war due to the breakdown of state legality and sovereignty. Amongst the current major areas of power, the political arena has returned to sovereignty and a legal institutional structure comprised of specific orders.

Keywords: Absolutism, freedom, rule of law, rule of law, normativism constitutional rule of law, legality and legitimacy, decisiveness, human rights, relativism, neoconstitutionalism, praetorianism, crimes against humanity, sovereignty, political spaces, nationalism, concord.

1. Introducción

Un signo preclaro de los tiempos modernos es la vertiginosa velocidad de sus cambios sociales. La historia del último siglo nos guía por una prieta y variada colección de regímenes políticos y jurídicos a cual más diferente del anterior: desde el imperio de los Habsburgo y los zares a los totalitarismos nacionales y el comunismo, pasando por el triunfo de la democracia liberal y, finalmente, por la instalación de un neoconstitucionalismo utópico y global.

En ese singular contexto, las inauditas guerras mundiales, por su crueldad y poder técnico de exterminio, fueron sin duda el signo de una crisis; como los picos de fiebre del cuerpo enfermo que es Europa. Y cuando se creyó pasado lo peor, la Guerra Fría demostró que el pulso por los grandes espacios no era menos agresivo, ni sus métodos más racionales.

Para hacer honor a la verdad, las últimas noticias demuestran que la ilusión de progreso que la modernidad concibió desde los altares de la diosa razón, el positivismo científico y el optimismo antropológico no dieron los frutos esperados.

Frente a este panorama, la empresa que debemos encarar comienza por alcanzar un juicio objetivo, es decir, por discernir estos signos de los tiempos para barruntar, siquiera, una alternativa restauradora desde el pivote de un pensamiento político y jurídico realista.

Con ese fin, nuestro aporte querrá dar un diagnóstico desde el nacimiento del Estado de derecho a partir de la ríspida herencia entre derecho y fuerza venida del decadente absolutismo de las monarquías ilustradas, para llegar al modo actual en que dicho problema se reedita por el retorno a un decisionismo que reclama por sus fueros la aplicación de un geometrismo legal corregido y aumentado.

2. Estado de derecho y comunidad política

Al decir de Carl Schmitt,¹ el Estado como obra magna del racionalismo occidental moderno hizo su aparición tras la caída de las grandes formas políticas históricas: la ciudad, el imperio y el reino. De entre ellas –se apresura a destacar el instinto católico del jurista de Plettenberg–, nada hubo como la unidad de orden europea significada en la *Res Publica Christiana*.²

Sin embargo, el mismo autor nos interpela a fijar el foco en lo sustancial que es, por sobre las instituciones jurídicas, la capacidad de lo político, es decir, la condición representativa de una posibilidad, de una potencia natural, asumida por el Estado como gran máquina leviatánica, sin perjuicio de las fuerzas neutralizadoras encabezadas por las corporaciones o los poderes indirectos.³

Ese nudo de lo político se halla integrado por la conflictividad humana, la publicidad del orden social y el poder o la autoridad, como forma soberana de gobierno y “alma” de la comunidad política.⁴

El Estado, monárquico en sus primeros pasos, pasó a ser Estado de derecho por la fusión con la noción de pueblo y “soberanía popular”, valiéndole así la hegemonía origi-

¹ Carl Schmitt, *El concepto de lo político*, Buenos Aires, Struhart & Cía., 2006, p. 19.

² Carl Schmitt, *Teología política*, Buenos Aires, Struhart & Cía., 2005, p. 37.

³ Carl Schmitt, *El Leviatán en la teoría del Estado de Thomas Hobbes*, Buenos Aires, Struhart & Cía., 2002, p. 39.

⁴ Santiago Ramírez, *La filosofía política de Santo Tomás de Aquino*, Madrid, Instituto León XIII, 1951, p. 43.

naria del poder constituyente. La nación sustituyó en la identidad democrática de una “conciencia de sí”, la suma representación que el rey tuviera en otros tiempos.⁵

El Estado de derecho como forma política surgió entonces de una coyuntura histórica provocada por la decadencia representativa de los regímenes monárquicos. La curva decreciente culminó en una concentración cada vez mayor de poder, fruto de la falta de idóneos herederos dentro de las casas dinásticas y, al mismo tiempo, por el proporcional crecimiento de los aludidos poderes indirectos representados en una burguesía que fue divorciando, como se desprende el alma del cuerpo por la muerte, la identidad pública entre el rey y sus súbditos, es decir, el pueblo.⁶

Esto hizo que el Estado de derecho, producto de la Ilustración, tuviese como finalidad “asegurar los beneficios de la libertad” (Constitución de la Nación Argentina: Preámbulo), concentrada en las prerrogativas de una burguesía pujante y beneficiada por la concentración de capital y poder que el mundo mercantil del nuevo *nomos* del mar, liderado y promovido por la industria preeminentemente inglesa,⁷ proveyera a los súbditos de esta nueva religión del economicismo liberal-burgués.⁸

El toque de clarín, el despertar del “tercer Estado”, fue por tanto una reacción a los abusos de poder de los Estados absolutistas. La bandera de combate se llamó “libertad”, concebida ya no como un medio subordinado a los fines comunes y totales de un Estado central, sino como principio ilimitado al cual el poder de control estatal debía sujetarse, esto es, limitarse. En otras palabras, todo lo que la ley no prohibiera se consideró desde entonces permitido.

El Estado de derecho liberal decimonónico limitará su poder haciendo uso de una ficción teórica: la ley es el producto de la soberanía popular, titular del poder constituyente.⁹

De este modo, como enseña Luis M. Bandieri:

El Estado se encuentra así limitado por su propio derecho positivo, lo que encierra desde ya una paradoja: está sujeto a la ley, pero no hay ley que no pueda, con las debidas formalidades, abrogar. La acción del Estado no es legítima si no es legal; esto es, si no obedece a un ordenamiento de normas preexistentes. Se hace coincidir derecho con ley escrita, en proceso que culmina en el positivismo normativista.¹⁰

Pero lo que pareció una revolución copernicana no lo fue tanto, porque el nuevo orden se instaló en la prerrogativa regia del principio de legalidad, como forma específicamente atributiva de la soberanía del Estado.

⁵ Carl Schmitt, *Teoría de la constitución*, Madrid, Revista de Estudios Privados, 1934, p. 89.

⁶ *Ibid.*, pp. 330-331.

⁷ Schmitt, *Teología política*, *op. cit.*, p. 177.

⁸ Arturo Sampay, *La filosofía del Iluminismo y la Constitución Argentina de 1953*, Buenos Aires, Depalma, 1944, p. 51.

⁹ Schmitt, *Teoría de la Constitución*, *op. cit.*, p. 171.

¹⁰ Luis María Bandieri, *El Derecho*, Buenos Aires, Universidad Católica Argentina, 2011.

El “dios mortal” fue herido entre sus escamas leviatánicas, pero no muerto, y el cetro del monopolio del poder no pudo serle arrebatado. La revolución burguesa provocó la muerte y transfiguración del Estado monárquico al legislativo, pero no pudo contra aquella inercia histórica de centrar las últimas instancias del poder. Como dijera G. Zagrebelsky,¹¹ “el principio de legalidad no era más que la culminación de la tradición absolutista del Estado”.

El derecho quedó sujeto al Estado, y la ley será desde entonces fruto de una racionalidad de garantía contra el intervencionismo arbitrario y omnímodo. Y, sin embargo, la reserva del soberano político siempre quedaría para aquellos casos de “excepcionalidad legal”,¹² con lo cual se abre la dimensión de un orden previo fundante del derecho positivo.

La convivencia entre el principio de legalidad y el ejercicio soberano por la previsión de la situación excepcional permitió la supervivencia de lo político en el Estado y conservó la representación de una forma de unidad política autónoma de sus pares, pero no necesariamente de su historia, su tradición y sus instituciones naturales y convencionales.¹³

En otras palabras, el Estado de derecho representó lo más moribundo de su expresión original hobbesiana, pero aún fue capaz de representar un orden nacional, continental y soberano.

Por eso el constitucionalismo decimonónico, en el positivismo de su expresión, no alcanzó a socavar el remanente soberano del principio de legalidad para “constituir”, con el mismo herramental, un Estado de derecho que pudiese reclamar para sí el principio de autodeterminación de los pueblos¹⁴ con el único –y no menor– requisito de la racionalidad.

En este sentido, dirá el jurista alemán:

La legalidad, como una de las tres formas típicas de la legitimidad, en el sentido de Max Weber –carismática, tradicional y racional–, presupone una normalización racional. Si se priva al concepto de ley de toda relación de contenido con la razón y la justicia, conservándose al mismo tiempo el Estado legislativo con el concepto de legalidad que le es específico, el cual concentra en la ley toda la majestad y la dignidad del Estado, entonces toda ordenanza de cualquier especie, todo mandato y toda disposición puede hacerse legal.¹⁵

El Estado de derecho se valió del positivismo kelseniano, admirablemente combatido por Carl Schmitt; pero tuvo sin embargo en su cosmovisión (*Weltanschauung*) una forma política pasible de remitirse, por medio de la reserva de soberanía popular, a un

¹¹ Gustavo Zagrebelsky, *El derecho dúctil*, Madrid, Trotta, 2009, p. 7.

¹² Schmitt, *Teología política*, *op. cit.*, p. 23.

¹³ Schmitt, *Teoría de la constitución*, *op. cit.*, p. 146.

¹⁴ Carl Schmitt, “Nacionalsocialismo y derecho internacional”, en *Escritos de política mundial*, Buenos Aires, Heracles, 1995, p. 41.

¹⁵ Carl Schmitt, *Legalidad y legitimidad*, Buenos Aires, Struhart & Cía., 1994, p. 8.

orden propio, a un pensamiento del orden concreto (*konkretes Ordnungsdenken*) para un Estado determinado en un territorio determinado.¹⁶

El *nomos* de la tierra pudo pervivir detrás de las formas constitucionalistas decimonónicas. El iluminismo racionalista de sus promotores conservó una forma política propia, referida a un pueblo y a una nación determinados, en los cuales hicieron aún reposar el principio constitutivo del orden público, y de ese modo fijar dos principios graníticos: el de legalidad por el lado jurídico y el de reserva de la soberanía popular por el político.

Todavía no se había producido el divorcio entre ley y orden, y podían combinarse ambos principios en una forma pública estatal razonable. En este sentido, dirá Schmitt:

El contraste no es de Derecho y Ley, sino de un concepto bien entendido de Ley, a distinción de un formalismo desesperado que caracteriza como Ley todo lo que surge en el procedimiento prescrito para la Legislación. Lo que precisamente falta es el *Nomos*, y el abuso consiste en desconocer el *mínimum* que debe quedar del viejo concepto racional de Ley auténtica, en desconocer el carácter general de la norma jurídica. Todo lo que se diga del imperio de la Ley o del imperio de la norma, todas las expresiones relacionadas con la “normatividad”, son, en sí mismas, contradictorias y confusas cuando desaparece ese carácter general y puede pasar por “norma” o “Ley” cualquier mandato, cualquier medida.¹⁷

La Constitución pudo ser aquella en sentido ideal,¹⁸ pero también aquella otra en sentido realista-positivo, que definiera Carl Schmitt¹⁹ como una decisión consciente de la unidad política, a través del pueblo como titular del poder constituyente, que adopta por sí y se da para sí una particular forma de existencia política.

Derecho y fuerza fueron los componentes de una antinomia que debía superarse por la primacía de la razón sobre el decisionismo y la inteligencia sobre la voluntad. En palabras de Carl Schmitt:

La ley no es la voluntad de uno o muchos hombres, sino una cosa general-racional; no *voluntas*, sino *ratio*. Esto vale, sin distinción de formas de gobierno, para monarquía, aristocracia y democracia. Por eso distingue Aristóteles una democracia en que impera la ley, de otra clase de democracia en que imperan las resoluciones populares [...] También para Santo Tomás de Aquino la Ley es una *rationis ordinatio*, en contraste con la voluntad, conturbada por las pasiones, de un individuo o de una masa de hombres [...] El contraste más acusado frente a este concepto de ley propio del Estado de derecho lo ofrecen los representantes del absolutismo del Estado. Hobbes acuñó en esto la fórmula clásica: *auctoritas, non veritas, facit legem*

¹⁶ Carl Schmitt, *Sobre los tres modos de pensar la ciencia jurídica*, Madrid, Tecnos, 1996, p. 11.

¹⁷ Schmitt, *Teoría de la constitución*, op. cit., p. 165.

¹⁸ *Ibid.*, p. 41.

¹⁹ *Ibid.*, p. 4.

(Leviathan, cap. 19) [...] En la lucha contra este concepto absolutista de ley y en la lucha contra el postulado de los representantes del absolutismo, según el cual el príncipe está *legibus solutus*, se afinó la conciencia del concepto de ley propio del Estado de derecho.²⁰

Un sistema legal absolutamente cerrado y normativista puede caer en el purismo de legalizar cualquier acción política, con el pretexto de legitimarla por encarnarse positivamente en el derecho vigente. De ese modo, si la legalidad fuese convertible con la legitimidad, terminaría ganando la voluntad del poderoso de turno por sobre el control de racionalidad de la norma.

El Estado de derecho se preservó de esta legalidad identificada con la legitimidad y también con la mera decisión política que, por ilegal que fuese, pudiera legitimarse por su presunta adecuación al espíritu de la Constitución y las leyes generales.

Del imperio de los hombres al imperio de la ley hay un paso importantísimo para suplir el voluntarismo decisionista con un cuadro jurídico racional, que no inventa sino que reconoce un orden previo, asentado en un lugar propio, en un tiempo determinado y para un pueblo determinado y que se da a sí mismo, en obediencia a un derecho justo, su forma decisiva de unidad política.

Esta concepción básica del Estado de derecho envuelve, tanto desde el punto de vista histórico como desde el lógico, una recusación del “imperio de los hombres”, se trate de un individuo, o de una asamblea o corporación, cuya voluntad se coloca en el lugar de una norma general, fijada de antemano e igual para todos. Imperio de la ley significa, ante todo y en primer término, que el legislador mismo queda vinculado a su propia ley y que su facultad de legislar no es el medio de una dominación arbitraria. La vinculación del legislador a la ley es posible, sin embargo, solo en tanto que la ley es una norma con ciertas propiedades: rectitud, razonabilidad, justicia, etc. Todas estas propiedades presuponen que la ley es una norma general. Un legislador cuyas medidas concretas, órdenes especiales, dispensas y quebrantamientos, valgan también como leyes, al igual que sus normaciones generales, no está ligado a su ley en ninguna forma concebible; la “vinculación a la ley” es una expresión sin sentido para aquellos que pueden hacer “leyes” arbitrarias.²¹

De esta manera, parte Schmitt²² del reconocimiento de las bondades del Estado de derecho en el cual el gobierno de las leyes se funda en su generalidad, como formas legislativas racionales superiores al mismo legislador, que debe de este modo estar sujeto a ellas aun cuando se atribuya él mismo su impulso y declaración.

²⁰ *Ibid.*, p. 163.

²¹ *Ibid.*, p. 162.

²² Carl Schmitt, *Sobre el parlamentarismo*, Madrid, Tecnos, 1990, p. 54.

El carácter general del concepto de ley en el Estado de derecho retiene el avance del privatismo propiciado, tanto desde el decisionismo oficial de los absolutismos modernos²³ como de los sectores económicos privados de la sociedad. En este orden, dirá:

Lo que preserva al Estado de derecho de su completa disolución en el absolutismo de las cambiantes mayorías parlamentarias es el resto de respeto que todavía se da en la realidad hacia ese carácter general de la ley [...] La ley no puede [debe] ser mala, injusta; pero a consecuencia de su condición general y abstracta se reduce al *mínimum* ese peligro. El carácter protector de la ley, su misma razón de ser, estriba en su carácter general.²⁴

La generalidad impone su obligación y pervivencia, pues en esto participa, en la determinación de sus principios, de lo justo natural, es decir, del mismo derecho natural. Del siguiente modo hará Schmitt la vinculación entre un orden legal y otro:

El concepto de ley propio del Estado de derecho se encuentra, pues, dentro de una cierta tradición; los ejemplos ya aportados pueden aumentarse con facilidad. Las distintas propiedades de la Ley que vienen al caso (justicia, razonabilidad) se han hecho problemáticas por haber perdido su evidencia el Derecho natural [...] A una propiedad, sin embargo, no cabe renunciar sin que el Estado de derecho mismo desaparezca: el carácter general de la norma jurídica. Ahí se encuentra la seguridad última de la vieja distinción del Estado de derecho entre ley y mandato, *ratio* y voluntad, y, con ello, el último resto del fundamento ideal del Estado burgués de derecho.²⁵

La racionalidad, pues, consiste en el ejercicio de la potencia capaz de lo real, lo verdadero. Y por eso es todo lo contrario a una legalidad funcionalista, sea al vacío axiológico de la neutralidad positivista o al decisionismo geométrico legal de los regímenes histórico-progresistas, intérpretes exclusivos del movimiento material de la historia que les confiere, indudablemente, un derecho a la tiranía.²⁶

Si se abandona una política atenta a la racionalidad de la norma general, se abandona también el efecto jurídico que tiene dicha obligación objetiva: el principio de legalidad, y con él la seguridad jurídica y la relativa previsión de los actos públicos estatales.

²³ Schmitt, *Legalidad y legitimidad*, *op. cit.*, p. 16.

²⁴ Schmitt, *Teoría de la constitución*, *op. cit.*, p. 181.

²⁵ *Ibid.*, p. 164; Carl Schmitt, *La dictadura*, Madrid, Revista de Occidente, 1968, p. 41.

²⁶ Schmitt, *La dictadura*, *op. cit.*, p. 25; Schmitt, *Sobre el parlamentarismo*, *op. cit.*, p. 73.

3. El neopositivismo del Estado constitucional de derecho

El llamado Estado constitucional de derecho modificó sustancialmente la cosmovisión y el paradigma del antiguo Estado de derecho, reemplazando la racionalidad objetiva fundante de la legalidad por una multiplicidad de valores y principios que viven en las actuales sociedades pluralistas, donde el centro gravitatorio se ubica, exclusivamente, en la autonomía del hombre.²⁷

La nueva legalidad relativista opuso sus fueros al derecho contenido en la legalidad positiva. De este modo, se produjo un nuevo control de legalidad del derecho al derecho, es decir, de la ley positiva a los nuevos derechos humanos de estructura abierta, consagrados en constituciones y convenciones internacionales.

El nuevo orden de la legalidad humanista exigió, inevitablemente, que los instrumentos jurídicos internacionales tuviesen mayor jerarquía que los códigos políticos o constituciones locales, pudiéndose integrar como derecho positivo al ordenamiento público nacional. Así lo dejó sentado, sin perjuicio de su excepción, el artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (1969) al fijar que un Estado no puede alegar normas de derecho interno para incumplir las obligaciones emergentes de un tratado internacional. Y en el orden nacional, nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación se sumó a dicha tendencia e integró como costumbre internacional la imprescriptibilidad de ciertos delitos, en contra del principio de legalidad según el cual “nadie puede ser penado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso” (CN, art. 18). Concretamente, los efectos de aquellos pronunciamientos violaron los principios legales de prohibición de retroactividad de la ley penal más grave y el de cosa juzgada (ver las sentencias Arancibia Clavel, Fallos 327:3312 del 24 de agosto de 2004; Simón, Fallos 328:2056 del 14 de junio de 2005).

El ya clásico jurista checo Hans Kelsen²⁸ acuñó el concepto de *Grundgesetz* o “norma fundante” del orden positivo, que inspiró las condiciones de paz y seguridad del Estado de derecho liberal. La imagen de la pirámide jurídica representó para entonces la típica cosmovisión ordenada y distinta del racionalismo moderno.

El nuevo Estado constitucional de derecho atomizó ese *Grundgesetz* invirtiendo la imagen piramidal. De este modo, el derecho positivo debe ahora fundar su legitimidad en una constitución global, mundial, planetaria; en otras palabras, utópica, pues se compone de un concierto indeterminado de principios supremos de derechos humanos que tienden indefectiblemente a oponerse a la forma política estatal representada en el antiguo principio de legalidad.

A través del control de legitimidad que el neoconstitucionalismo hace de las leyes nacionales, lo que en realidad se socava es la autonomía soberana del Estado.

²⁷ Zagrebelsky, *op. cit.*, p. 13.

²⁸ Hans Kelsen, *Teoría pura del derecho*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 1982, p. 201.

El Estado constitucional de derecho debe ser políticamente neutral, vale decir, ya no aquel “dios mortal” que unifica en la obligatoriedad general de sus leyes a sus súbditos considerados “sujetos de imputación de las normas”²⁹ sino el sujeto pasivo obediente a los nuevos principios del humanismo relativista.

Se realiza la profecía que Schmitt³⁰ denunciara germinalmente en la antinomia entre “nomos” de la tierra y “nomos” del mar que, a su entender, explicarían toda la historia universal. Este nuevo paradigma o cosmovisión planetaria (*Weltanschauung*) proviene del divorcio del hombre moderno con su tierra, su patria y su historia. La opción existencial, que ata su destino, es hoy la del mundo global marítimo que significa la primacía de lo económico, lo técnico y lo cosmopolita.³¹

El nuevo “nomos” planetario revolucionó la histórica necesidad de un *topos* continental representado en el derecho constitucional estatal por un derecho global humanitario.

Ha llegado, pues, la verdadera hora de la revancha. La prerrogativa del nuevo ciudadano del mundo (*Das Weltbürgerrecht*) titular de derecho y garantías absolutas, que juzga las leyes del Estado y las tacha de inconstitucionales, según el nuevo criterio de validez universal. Porque el obstáculo que debe remover el neoconstitucionalismo es el mismo Estado nacional.

En este sentido, dirá L. Bandieri:

A mi juicio, aunque por diversas razones que las de los constitucionalistas clásicos, el Estado constitucional de derecho, y el neoconstitucionalismo que es su soporte teórico, no representan una divisoria de aguas respecto del Estado de derecho y el constitucionalismo clásico. Ambos resultan productos de la modernidad, con la diferencia de que el Estado de derecho es propio de una fase cenital y el Estado constitucional de derecho de una fase crepuscular de la modernidad. En realidad, no es en las expresiones “constitución” o “derecho”, repetidas por unos y otros, donde aparecen los signos críticos y la necesidad de “traducción”, sino en el vocablo “Estado”. El Estado, como forma política, es lo que parece haber entrado en su ocaso histórico y cabe plantearse si el neoconstitucionalismo no resulta una manera de conferir, bajo una impostación global, una dosis de sobrevida a la estatalidad menguante.³²

Este nuevo constitucionalismo, por tanto, no caracteriza la forma política de un Estado; más bien, el Estado parece caracterizar la forma política neoconstitucionalista limitándose a importarla y hacerla cumplir a sus componentes materiales: pueblo y territorio. Se ha llamado a esta forma política “constitución sin soberano”,³³ y acierta la noción en cuanto expresa la idea de una constitución global; pero en realidad la soberanía

²⁹ *Ibid.*, 13.

³⁰ Carl Schmitt, *Tierra y mar*, Madrid, Trotta, 2007.

³¹ Carl Schmitt, *Diálogo sobre los grandes espacios*, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1962.

³² Bandieri, *op. cit.*

³³ Kirchheimer, citado en Zagrebelsky, *op. cit.*, p. 13.

simplemente ha pasado de manos: del Estado moderno a los tribunales internacionales que administran el nuevo orden legal mundial.

Este orden subvertido del individuo indefinido, errante y solitario, que lleva en su naturaleza buena el potencial de sus derechos y cuya identidad realiza su libertad irrestricta, siente lógicamente la agresión de cualquier tipo de norma pública estatal que le imponga obligaciones según los cánones clásicos de la justicia legal.

El hombre moderno republicano halló su homogeneidad democrática en la subordinación de su libertad política a la gloria del Estado, al amor a la patria, consistente en “una preferencia continua del interés público sobre el interés de cada cual”;³⁴ El moderno neoconstitucionalista halla su homogeneidad en la indeterminación dogmática de su persona, parte independiente de una sociedad integrada exclusivamente por una “constelación plural de biografías”;³⁵

4. Una legalidad para la guerra civil

El relativismo ocupa hoy el lugar de la certeza objetiva del ser real. El Romanticismo y la Ilustración conjuraron la maldición de Anteo, tentando al hombre común a abandonar el realismo telúrico de su tradición continental y a lanzarse a una aventura incansable en el espacio vacío de la indeterminación y el nihilismo.

La reducción de la verdad, como propiedad trascendental del ente, a ser un “valor”, traviste su realidad en un sustituto positivista de la metafísica.³⁶ El relativismo de los valores se instala en un ordenamiento espacial vacío, y el desarraigo metafísico pide a gritos la distracción y el divertimento indefinidos, es decir, la trágica ausencia de descanso.

La técnica se convierte así en el sustituto supersticioso de la religión del movimiento y el progreso indefinidos, y la tecnocracia en el opio de pueblos sin referencias ni identidad.

El ateísmo del hombre moderno devino en el nihilismo del hombre posmoderno, que no cuenta ni con un Dios inmóvil al cual poder odiar. Por el contrario, la fungibilidad desesperada de los valores tomados y desechados, sin placer ni disgusto, lo muestra más precario que nunca y sometido a un tremendo *pathos* que, como dijera F. Nietzsche, despierta el horror de un “nuevo escalofrío”.

El hombre moderno cree de manera experimental ya en este valor, ya en aquel, para después dejarlo caer; el círculo de los valores superados y abandonados es cada vez más amplio, se advierte siempre más el vacío y la pobreza de valores, el movimiento es imparable, por más que haya habido intentos grandiosos por desacelerarlo. Al final, el hombre se atreve a una crítica de los valores en general; no reconoce su origen; conoce bastante como para no creer más en ningún valor; he

³⁴ Montesquieu, *El espíritu de las leyes*, Madrid, Orbis, 1980, p. 55.

³⁵ Andrés Gil Domínguez, *Estado constitucional de derecho*, Buenos Aires, Ediar, 2011, p. 88.

³⁶ Martin Heidegger, *Caminos del bosque*, Madrid, Alianza, 2010.

aquí el *pathos*, el nuevo escalofrío [...] La que cuento es la historia de los próximos dos siglos.³⁷

Así como las declaraciones de principios enmascaran hoy la ausencia de principios,³⁸ los nuevos valores humanitarios de naturaleza expansiva y circular indican, en el fondo, la guerra civil que engendra su tiranía. Así lo explica el jurista de Plettenberg:

Esto se debe a que lo específico del valor radica justamente en que este, en lugar de tener un ser, solo tiene validez. La posición de los valores es por consiguiente nula si no se impone; la validez tiene que ser continuamente actualizada, esto es, se la tiene que hacer valer para que no se disuelva en una vacía apariencia. Quien dice “valor” quiere hacer valer e imponer.³⁹

El valor absoluto de los nuevos principios que “positivizan lo que se consideraba prerrogativa del derecho natural”,⁴⁰ asume el carácter de una dictadura del relativismo y la opinión.

“Estas son –dirá Zagrebelsky–⁴¹ las supremas exigencias constituciones [...] [y] únicamente en este punto debe valer la intransigencia y [...] las antiguas razones de la soberanía.

El consenso de los “derechos fundamentales” incorporados a las convenciones y los tratados internacionales propone una unanimidad totalitaria bajo el ropaje nominal democrático, pues no existe ningún resabio de este tipo en las declaraciones y los principios custodiados por una minoría contramayoritaria compuesta de intelectuales iniciados en los nuevos paradigmas, pero a quienes no alcanza la capacidad roma del ciudadano común. La puesta en valor, como dijera Schmitt, obliga a hacer valer y, al mismo tiempo, a desplazar de la legalidad a quien no los reconozca.

La doctrina del valor celebra su auténtico triunfo en la elucidación de la cuestión de la guerra justa. Eso reside en la naturaleza de la cosa. Todo miramiento para con el adversario cae, se convierte por cierto en un no-valor cuando la lucha contra este adversario es una lucha por los valores supremos. El no-valor carece de derechos frente al valor y ningún precio es demasiado elevado para la imposición del valor más elevado. En consecuencia, aquí solo hay aniquiladores y aniquilados. Todas las categorías del derecho clásico de la guerra, del *ius publicum europaeum* –enemigo justo, razón justa de guerra, moderación de los medios de combate y comportamiento ordenado, *debitus modus*– se convierten irremediabilmente en víctimas de

³⁷ F. Nietzsche, citado en Franco Volpi, *El nihilismo*, Buenos Aires, Siruela, 2007, p. 191.

³⁸ *Idem*.

³⁹ Carl Schmitt, *La tiranía de los valores*, Buenos Aires, Hydra, 2009, p. 131.

⁴⁰ Zagrebelsky, *op. cit.*, p. 114.

⁴¹ *Ibid.*, p. 15.

esta ausencia de valor. El impulso hacia la imposición del valor se convierte aquí en una coerción a la ejecución inmediata del valor.⁴²

El brazo secular de estas nuevas inquisiciones serán los jueces, cuya función actual no consiste ya en juzgar según la ley –es decir, aplicando el principio de legalidad–, sino en juzgar la misma ley estatal. Primero para doblarla contra cualquier control de constitucionalidad y luego para romperla por un control de convencionalidad que reemplaza aquella fuente de legitimidad. El juez del neoconstitucionalismo actual no obedece la ley pública nacional, sino los principios supremos del nuevo orden global.

Por tanto, en lugar de juzgar desde el Estado, su nueva función consiste en juzgar al Estado y a los órganos de su administración que no se adecuen a este nuevo positivismo.

Convertidos los jueces en comisarios del ideologismo internacional de los derechos humanos abiertos y expansivos, a costa de la legalidad local, volvemos por otros fueros a la identidad entre derecho y fuerza, al absolutismo arbitrario de los nuevos soberanos y a la guerra civil que supone la identidad entre legalidad y legitimidad.

Se reedita la pregunta de Schmitt, “¿*quis iudicavit?*”.⁴³ Pues la clave es identificar la sede del ejercicio de la soberanía, que a través del neoconstitucionalismo ha pasado de manos de la autoridad personal de los representantes de una forma política estatal, a los jueces de un Estado judicial donde la última razón de lo político corresponde a un magistrado que decide con base en principios internacionales que transforman la politicidad real del derecho en la súper legalidad ideologizada de principios extraños y utópicos.

Estos nuevos señores del derecho sustituyen al legislador reemplazando el contenido político de soberanía existente detrás de la ley positiva, a costa de “superar” el principio de legalidad.

Lo que fuera antaño el triunfo de la razón sobre la voluntad, es decir, sobre la fuerza, se ve fatalmente revertido, puesto que lo que debía estar informado por la razonabilidad de una adecuación política prudente al orden de las cosas, es hoy instrumento de un geometrismo legal más o menos opresivo.

Fue, en efecto, Carl Schmitt quien denunció que la identidad entre legitimidad y legalidad representada por el neopositivismo de los principios internacionales de derechos humanos provoca la discordia civil de todo proceso “de facto”.

Por todas partes –dirá– domina el positivismo jurídico, lo cual significa el reconocimiento de la tesis de que el derecho lo pone quien se impone de hecho. El positivismo jurídico no quiere decir otra cosa, sino la transformación del derecho en una imposición de imposiciones. Es al propio tiempo el reconocimiento de la “fuerza normativa de lo fáctico”, una especie interesante de fuerza que no solo se ha descubierto en Alemania ni solo a partir de 1933. Todavía en estos días,⁴⁴ el repre-

⁴² Schmitt, *La tiranía de los valores*, op. cit., p. 144.

⁴³ Schmitt, *Teología política*, op. cit.

⁴⁴ Schmitt escribió este apéndice a la obra *Legalidad y legitimidad* a fines de 1949.

sentante inglés en la ONU ha declarado, con relación al reconocimiento del nuevo Gobierno comunista de China, que un reconocimiento jurídico internacional no tiene más que apoyarse en la realidad fáctica. La juridicidad del nacimiento no es una característica del poder estatal.⁴⁵

Casualmente, en este lugar conclusivo de su obra, advierte Schmitt⁴⁶ que la causal de esta identidad entre legalidad y legitimidad que produce el positivismo se da por una orfandad de la noción real de *auctoritas*, es decir, de una verdadera causa espiritual anterior al ordenamiento humano que la pronuncia y especifica.

No podemos desvincular al nuevo derecho de los principios obligatorios mundiales a la identidad de las potencias políticas que, en la historia reciente, no solo ganaron guerras sino que conquistaron la idea de criminalización del enemigo atribuyéndose a sí mismas una superioridad ética.

Ello es lo que les da derecho a la tiranía a través de este nuevo positivismo de principios. La autoridad espiritual de los representantes del bien contra el “eje del mal” es la nueva y única fuente de legitimidad mundial. En palabras de Carl Schmitt:

Esta transformación del poder en legalidad es una consecuencia del positivismo. Es inevitable que se produzca tan pronto como una comunidad política se aleja de la Iglesia. Sociológicamente, es una parte del desarrollo de la era técnica industrial. Desde el punto de vista de la historia de la Filosofía, forma parte de la transformación del pensamiento-sustancia en pensamiento-función, transformación que hasta hace poco nos había sido ensalzada como un espléndido progreso científico y cultural.⁴⁷

El proceso descrito concluye en la despolitización de la legalidad y en la creación de un Estado de policía que controla, persigue y castiga al enemigo político declarado fuera de la ley, fuera de la humanidad; enemigo de “lesa humanidad”.

Por eso dirá Schmitt⁴⁸ que a la transformación del derecho en legalidad siguió inmediatamente la transformación de la legalidad en arma de guerra civil. El poder de la ley puede, en opinión de Schmitt,⁴⁹ conquistar lo que las revoluciones históricas procuraron en los hechos: imponer un *statu* público subvertido mediante la fuerza normativa de lo fáctico.

El positivismo legal de antaño, que tuviera su origen en una concepción individualista y liberal, pero política detrás del concepto de “soberanía del pueblo”, tiene en el positi-

⁴⁵ Schmitt, *Legalidad y legitimidad*, op. cit., p. 126.

⁴⁶ *Ibid.*, p. 116.

⁴⁷ *Ibid.*, p. 126.

⁴⁸ *Ibid.*, p. 127.

⁴⁹ Carl Schmitt, *La revolución legal mundial*, Buenos Aires, Hydra, 2012, p. 50.

vismo de hogaño un verdadero poder revolucionario capaz de imponerse y afirmarse como la única fuente de legitimación.⁵⁰

Y si es cierto que la historia del derecho internacional no es otra cosa que la historia del concepto de guerra, no cuesta observar cómo los nuevos paradigmas del neoconstitucionalismo, en el plano internacional, han modificado también el modo de guerrear. Así lo señala el politólogo Alessandro Campi:

En efecto, la guerra-duelo, no discriminante, centrada en la diferenciación neta entre milicias combatientes y poblaciones civiles, regulada por normas y procedimientos, obra maestra junto con el concepto de “Estado” del *ius publicum europaeum*, de hecho le cedió el lugar a la guerra como crimen internacional legalmente sancionado por organizaciones internacionales. Con el advenimiento de un derecho internacional inspirado en principios humanitarios, que aportan nuevas líneas de división y una concepción discriminatoria en las relaciones entre los Estados, se desvanece, por lo tanto, la idea del *iustus hostis*, de un enemigo que también puede tener razón. Lo que significa, en perspectiva, abrir de nuevo y completamente el abismo de la guerra civil, en una dimensión de aniquilamiento total y planetario, que se logra a partir del desvanecimiento de cualquier limitación y de la evolución contextual de las técnicas de destrucción.⁵¹

El concepto de paz que tiene el derecho internacional actual se encuentra exento de la contemplación de un enemigo, jurídicamente reconocido y, por tanto, despolitizado en su germen mismo.⁵² La consecuencia fatal es el retorno a la fuerza como derecho de las bestias, maquillada y reforzada por una condición de superioridad moral que, a modo de legitimidad, impide cuestionar los fundamentos espirituales de esta nueva religión de Prometeo.

5. Conclusiones

Como vimos, entre las poliédricas manifestaciones de la modernidad, una de ellas es la revolución espacial que, de a poco, fue disolviendo las fronteras del antiguo pluriverso de Estados políticamente soberanos.

No podríamos afirmar la necesaria retracción espacial al movimiento expansivo del universalismo global, pero sí tomar la polémica noción schmittiana de *Grossraum*, o “gran espacio”, que tuvo para nuestro autor un sentido cualitativo y no expansionista,

⁵⁰ Reinhard Mehring, *Carl Schmitt. Aufstieg und Fall*, München, Verlag C. H. Beck, 2009, p. 564.

⁵¹ Alessandro Campi, “Gran espacio y unidad política del mundo”, en Corbetta y Piana (comps.), *Política y orden mundial. Ensayos sobre Carl Schmitt*, Buenos Aires, Prometeo, 2008, p. 75.

⁵² Julien Freund, *¿Qué es la política?*, Buenos Aires, Struhart & Cía., 2003.

como aclarara a sus interrogadores en Nüremberg.⁵³ *Grossraum* supone un concepto cualitativo de espacio, en un sentido vivo, asentado en un orden propio, concretizado de historia, geografía, idioma, religión y todos los elementos que significan e identifican a una comunidad política. Otro término utilizado por nuestro autor es el de *Leistungsraum*, o “espacio de desarrollo”, que remite a la idea de un lugar potenciado, cualificado, singularizado e individuado por un lugar determinado.

No es solamente la referencia espacial la que conforma el modo de existencia de los pueblos, sino el arraigo a una tradición anterior que inspira el nacimiento de sus instituciones naturales y jurídicas.

Politizar es lo contrario de criminalizar, es decir, significa reconocer y respetar. Los grandes espacios de poder muestran poco a poco su impolítica debilidad y la necesidad de restauración de órdenes concretos y locales que reediten y renueven una institucionalidad jurídica y política propia.

Consciente de la inevitable decadencia del Estado moderno, ensaya Carl Schmitt un osado retorno a la noción federativa de imperio dentro de la cual poder construir nuevas determinaciones espaciales y territoriales, a mitad de camino entre el Estado en su formulación clásica y el universalismo de las grandes potencias.⁵⁴

Como dirá L. Bandieri,⁵⁵ recordando la llamada “confederación empírica” de Juan Manuel de Rosas, a esos grandes espacios confederales les conviene la definición realista del soberano que da Schmitt, más que la vieja definición bodiniana, con los atributos del absoluto, que el Estado-nación centralizado mantiene cada vez más de un modo meramente nominal y formulario.

De ese modo podrían concebirse nuevos espacios de soberanía territorial, en el reconocimiento político de su condición y su destino. En palabras de Carl Schmitt:

La nueva idea, ordenadora de un nuevo derecho internacional, es nuestra idea de imperio que se origina en un ordenamiento de los “grandes espacios”, basado en la nación e impregnado de nacionalismo. En esta se halla el punto principal de una nueva concepción del derecho internacional, generada en la idea nacional, y que le otorga consistencia a los elementos de orden contenidos en la idea de Estado, pero al mismo tiempo permite justificar las modernas visiones espaciales y las fuerzas vivas políticamente operantes.⁵⁶

Del Estado de derecho al Estado constitucional de derecho, la modernidad ha avanzado sobre la soberanía estatal por la pérdida de la primacía de la razón y la reedición del voluntarismo ideológico.

⁵³ Joseph Bendersky, *Carl Schmitt. Theorist for the Reich*, Princeton, Princeton University Press, 1983, pp. 243-273.

⁵⁴ Campi, *op. cit.*, p. 72.

⁵⁵ Luis María Bandieri, *Introducción a Carl Schmitt. El concepto de lo político*, Buenos Aires, Struhart & Cía, 2006, p. 20.

⁵⁶ Schmitt, 1938, citado en Campi, *op. cit.*, p. 72.

Puede que sea tiempo de volver, sin demagogias populistas, por la prudencia obediente al bien común público, a la concordia de nuestra comunidad política.

Bibliografía

- BANDIERI, Luis María, *Introducción a Carl Schmitt, El concepto de lo político*, Buenos Aires, Struhart & Cía, 2006.
- _____, *El Derecho*, Buenos Aires, Universidad Católica Argentina, 2011.
- BENDERSKY, Joseph, *Carl Schmitt. Theorist for the Reich*, Princeton, Princeton University Press, 1983.
- CAMPI, Alessandro, *Gran espacio y unidad política del mundo*, en Juan Carlos CORBETTA, y Ricardo PIANA, (comps.), *Política y orden mundial. Ensayos sobre Carl Schmitt*, Buenos Aires, Prometeo, 2008.
- FREUND, Julien, *¿Qué es la política?*, Buenos Aires, Struhart & Cía., 2003.
- GIL DOMÍNGUEZ, Andrés, *Estado constitucional de derecho*, Buenos Aires, Ediar, 2011.
- HEIDDEGER, Martin, *Caminos del bosque*, Madrid, Alianza, 2010.
- KELSEN, Hans, *Teoría pura del derecho*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 1982.
- MEHRING, Reinhard, *Carl Schmitt. Aufstieg und Fall*, München, Verlag C. H. Beck, 2009.
- MONTESQUIEU, *El espíritu de las leyes*, Madrid, Orbis, 1980.
- SAMPAY, Arturo, *La filosofía del Iluminismo y la Constitución Argentina de 1953*, Buenos Aires, Depalma, 1944.
- SCHMITT, Carl, *Teoría de la constitución*, Madrid, Revista de Estudios Privados, 1934.
- _____, *Diálogo sobre los grandes espacios*, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1962.
- _____, *La dictadura*, Madrid, Revista de Occidente, 1968.
- _____, *Sobre el parlamentarismo*, Madrid, Tecnos, 1990.
- _____, *Legalidad y legitimidad*, Buenos Aires, Struhart & Cía., 1994.
- _____, “Nacionalsocialismo y derecho internacional”, en *Escritos de política mundial*, Buenos Aires, Heracles, 1995.
- _____, *Sobre los tres modos de pensar la ciencia jurídica*, Madrid, Tecnos, 1996.
- _____, *El Leviatán en la teoría del Estado de Thomas Hobbes*, Buenos Aires, Struhart & Cía., 2002.
- _____, *Teología política*, Buenos Aires, Struhart & Cía., 2005.
- _____, *El concepto de lo político*, Buenos Aires, Struhart & Cía., 2006.
- _____, *Tierra y mar*, Madrid, Trotta, 2007.
- _____, *La tiranía de los valores*, Buenos Aires, Hydra, 2009.
- _____, *La revolución legal mundial*, Buenos Aires, Hydra, 2012.
- RAMÍREZ, Santiago, *La filosofía política de Santo Tomás de Aquino*, Madrid, Instituto León XIII, 1951.
- VOLPI, Franco, *El nihilismo*, Buenos Aires, Siruela, 2007.
- ZAGREBELSKY, Gustavo, *El derecho dúctil*, Madrid, Trotta, 2009.

Daniel Alejandro Herrera* (Argentina)

Del Estado de derecho moderno al actual. Paradojas y justificaciones

RESUMEN

El Estado de derecho moderno nace en el seno de los Estados nacionales. Surge de los procesos revolucionarios de los siglos XVII y XVIII, y se desarrolla desde el Estado legal de derecho al Estado constitucional de derecho actual. El Estado de derecho, tal como lo conocemos, es un fenómeno moderno en el que se ve la íntima relación que existe entre lo político y lo jurídico, pero que se da de una manera nueva, pues en él confluye la moderna realidad política (Estado) como un constructo, un artificio, con la realidad jurídica (derecho) que pasa del *ius commune* en la concepción tradicional basada en la justicia de su contenido, interpretada por los juristas (doctrinarios) y jueces, al derecho nacional o estatal. Ahora bien, sin perjuicio de las distintas formas políticas y jurídicas que históricamente se puedan dar en la actualidad y en el futuro, podemos señalar como núcleo del verdadero Estado de derecho a la dignidad intrínseca de la persona humana, tanto en su dimensión individual como social, en su sustancialidad y en su relacionalidad, fundada en su naturaleza racional y política, con su ordenación al *bien común* (segundo elemento esencial de este núcleo) en sus distintos niveles de asociación, hasta llegar a la comunidad política y a la comunidad internacional (organizadas subsidiaria y solidariamente), en tanto que al constituir el conjunto de condiciones que permiten el desarrollo de las personas, de las asociaciones menores y de la comunidad en su conjunto, es el mejor bien de la propia persona humana, al ser lo que le permite desarrollarse plenamente como tal. En la presente disertación abordaré el periplo que desarrolla el Estado de derecho desde la aparición de los Estados modernos hasta la actualidad, mostrando algunas situaciones paradójicas a las que ha dado lugar y analizando las distintas justificaciones que se han realizado en el pensamiento filosófico, político y jurídico. Esta presentación tiene dos partes: 1) una breve descripción del desarrollo histórico del Estado de derecho moderno

* Doctor en Ciencias Jurídicas. Profesor titular ordinario de Filosofía del Derecho en la Universidad Católica Argentina (UCA), actual decano de la Facultad de Derecho de la misma universidad. daniel_herrera@uca.edu.ar.

hasta la actualidad, señalando sus distintos modelos y sus principales características, junto con algunas paradojas en el Estado de derecho actual; 2) un breve análisis de las distintas justificaciones teóricas respecto al Estado de derecho, especialmente centradas en su versión actual de Estado constitucional de derecho. Por último, haré algunas reflexiones personales. La primera parte es más descriptiva del panorama de la situación y la segunda más reflexiva de la misma desde el punto de vista filosófico.

Palabras clave: Estado de derecho, derechos humanos, normas, principios, *ius cogens*, *ius gentium*, derecho natural, derecho positivo.

ZUSAMMENFASSUNG

Der moderne Rechtsstaat ist aus den Nationalstaaten hervorgegangen. Ausgehend von den revolutionären Prozessen des 18. und 19. Jahrhunderts hat er sich vom Gesetzesstaat zum heutigen Verfassungsstaat entwickelt. Der Rechtsstaat, wie man ihn heute kennt, ist ein modernes Phänomen, in dem die direkte Beziehung zwischen den Bereichen von Politik und Recht zum Ausdruck kommt, dessen Ausprägung sich jedoch geändert hat; in ihm verbinden sich die moderne politische Realität (Staat) als künstliches Konstrukt mit der rechtlichen Realität (Recht), die vom *ius comune* der traditionellen, auf der von Juristen (Rechtsgelehrten) und Richtern ausgelegten inhaltlichen Gerechtigkeit beruhenden Konzeption in das nationale oder staatliche Recht übergeht. Ungeachtet der unterschiedlichen politischen und rechtlichen Formen, die er in der Gegenwart und Zukunft annehmen kann, kann man nun als Kern des wahren Rechtsstaats die der menschlichen Person innewohnende Würde nennen, sowohl in ihrer individuellen als auch in ihrer gesellschaftlichen Dimension, in ihrer Substantialität und ihrer Relationalität, die auf der vernunftmäßigen und politischen Natur mit ihrer Ausrichtung auf das Gemeinwohl (das zweite Grundelement dieses Kerns) auf verschiedenen Ebenen des Zusammenschlusses bis hin zur politischen und internationalen Gemeinschaft (und ihrer subsidiären und solidarischen Organisationsstruktur) begründet ist; sie erweist sich dabei durch die Ausbildung der Gesamtheit der Bedingungen, die die Entwicklung der Personen, der kleinsten Zusammenschlüsse und der Gemeinschaft insgesamt ermöglichen, als das wichtigste Gut der menschlichen Person, weil sie dieser ihre volle Entfaltung als solche ermöglicht.

Der vorliegende Beitrag befasst sich mit dem Werdegang des Rechtsstaats seit dem Auftreten des modernen Staats bis zur Gegenwart, zeigt dabei einige paradoxe Situationen auf, die aus ihm erwachsen sind, und analysiert seine unterschiedlichen politischen und rechtsphilosophischen Grundlegungen. Die Arbeit gliedert sich in zwei Teile: 1) eine kurze Beschreibung der historischen Entwicklung des modernen Rechtsstaats bis in die Gegenwart, wobei die verschiedenen Modelle und wesentlichen Charakteristika sowie einige Paradoxe des heutigen Rechtsstaats aufgezeigt werden, und 2) eine kurze Analyse der einzelnen theoretischen Grundlegungen des Rechtsstaats, vor allem in seiner derzeitigen Ausprägung als Verfassungsrechtsstaat. Einige persönliche Betrachtungen schließen den Beitrag ab. Der erste Teil gibt vor allem einen beschreibenden Überblick über die Situation, während der zweite einige Reflexionen dazu aus philosophischer Perspektive enthält.

Schlagwörter: Rechtsstaat, Menschenrechte, Normen, Grundsätze, *ius cogens*, *ius gentium*. Naturrecht, positives Recht.

ABSTRACT

The modern State under the rule of law was born within national states. It arose during the revolutionary processes of the 17th and 18th centuries and developed from the legal rule of law into the current constitutional rule of law. As we know it, the State under the rule of law is a modern phenomenon which shows the intimate relationship between political and legal elements, but with new aspects because modern political reality (the state) is a construction, an artifice which meets legal reality (the law). *Jus commune* in the traditional view, which is based on the justice of its contents and is interpreted by legal scholars and judges, gives way to national or state law. Notwithstanding the different political and legal forms which it may adopt now and in the future, we consider that the inherent dignity of the human person is the essence of the rule of law. This includes its individual and social dimensions, its substance and relationality, based on its rational and political nature, aptitude for the common good (the second core element) in the different levels of association reaching political and international communities (organized according to the principles of subsidiarity and solidarity). At the same time, since it comprises the set of conditions that foster the development of individuals, lower-level associations and the community as a whole, it is the human person's most valuable asset, which leads to the full development of the individual.

In this presentation I describe the path of the rule of law from the birth of modern states until the present, showing some paradoxical situations and analysing the different arguments put forth by political philosophers and legal scholars. It consists of two parts: 1) a brief outline of the historical development of the modern state under the rule of law until the present date, indicating its different models and their main features as well as some of the current paradoxes, 2) a brief analysis of the different theoretical justifications of the rule of law, especially those which focus on the current version of the constitutional rule of law. I will end with some personal reflections. The first part is more descriptive, the second, more philosophical.

Keywords: Rule of law, human rights, norms, principles, *ius cogens*, *ius gentium*, natural law, positive law.

PRIMERA PARTE

1. El Estado de derecho moderno

En la modernidad, lo político se centra en la nueva realidad del Estado, nombre que se impuso con Maquiavelo en el siglo XVI, cuando en *El príncipe* comienza la obra diciendo: “Todos los Estados, todas las dominaciones que ejercieron o ejercen imperio sobre los hombres fueron y son repúblicas o principados”.¹ Esto no quiere decir que Maquiavelo inventó la palabra, pues como dice Bobbio, él mismo no hubiera podido utilizarla al comenzar su obra, si la misma no existiera en el lenguaje de los siglos XV

¹ Maquiavelo, *El príncipe*, Madrid, Espasa Calpe Austral, 2007, p. 3.

y XVI.² Sin perjuicio de lo dicho, esto no significa que antes de la modernidad no existieran ciertas organizaciones o unidades políticas como las polis, ciudades, reinos o imperios que respondan a un concepto universal de lo político. Como dice el mismo Bobbio:

El problema real del que debe preocuparse quien tenga interés por entender el fenómeno del ordenamiento político no es si el Estado existe como tal únicamente de la época moderna en adelante, sino más bien si encuentra semejanzas y diferencias entre el llamado Estado moderno y los ordenamientos anteriores, si deben resaltarse más unas que otras, cualquiera que sea el nombre que quiera darse a los diferentes ordenamientos. Quien considere que solo puede hablarse de Estado cuando se hace referencia a los ordenamientos sobre los que trataron Bodin, Hobbes o Hegel, se comporta de esta manera porque observa más la discontinuidad que la continuidad, más las diferencias que las semejanzas; quien habla indiferentemente de Estado tanto en referencia al Estado de Bodin como en el caso de la polis griega, contempla más las analogías que las diferencias, más la continuidad que la discontinuidad.³

Ahora bien, el Estado moderno es aquel que sobre la base del principio de soberanía (Bodin), monopoliza las funciones de *imperio* y *normativas*, sobre un cierto territorio a él subordinado, donde la politicidad se convierte en estatalidad, y la juridicidad progresivamente se va a reducir de manera exclusiva a la positividad, al solo derecho positivo producido por el Estado, como luego lo va a proclamar el dogma positivista. Por su parte, para autores como Max Weber o Hans Kelsen el Estado moderno surgiría de la concentración del poder mediante el monopolio institucional de la fuerza en un territorio delimitado. Dice Weber: “El Estado moderno es una agrupación que con éxito e institucionalmente organiza la dominación, y ha conseguido monopolizar, en un territorio determinado, la violencia física legítima como medio de dominio”.⁴ Por su parte, afirma Kelsen: “La teoría normativa del Estado [...] ha indicado que el Estado es orden, concretamente orden normativo, orden jurídico, con lo que para ella el problema de la realidad del Estado coincide con el problema de la positividad del derecho”;⁵ y en su teoría pura, a su vez, sostiene: “El derecho es una técnica de coacción social estrechamente ligada a un orden social que ella tiene por finalidad mantener [...] el derecho aparece así como una organización de la fuerza”.⁶

² Cf. Norberto Bobbio, *Estado, Gobierno y sociedad, por una teoría general de la política*, México, Fondo de Cultura Económica, 2010, p. 86.

³ *Ibid.*, p. 92.

⁴ Max Weber, “Política y Ciencia”, en *Obras Selectas, Max Weber*, Buenos Aires, Distal, 2010, p. 408.

⁵ Hans Kelsen, *El Estado como integración. Una controversia de principio*, Madrid, Tecnos, 1997, p. 22.

⁶ Hans Kelsen, *Teoría pura del derecho*, Buenos Aires, Eudeba, 1973, p. 74.

Los Estados modernos son los antecedentes de los actuales Estados nacionales (aunque normalmente estas dos palabras y realidades van juntas, puede haber *naciones sin Estado* como sucedió mucho tiempo con la nación judía en la diáspora hasta la creación del Estado de Israel en 1948 y *Estados sin nación* como en el caso de la URSS en el siglo XX que constituía un megaestado artificial construido sobre la realidad de distintas naciones, como quedó reflejado luego de su caída). Estos Estados modernos surgen como resultado de la desmembración del imperio, de la pérdida de la unidad de la fe a partir de la Reforma, y de las guerras de religión que culminaron en la tolerancia recíproca establecida en la paz de Wetsfalia de 1648.

En el devenir histórico de los Estados modernos podemos distinguir distintas etapas: 1) el Estado absoluto y 2) el Estado de derecho. A su vez, dentro de este último, que será el eje central de esta disertación, podemos diferenciar dos modelos: 1) el Estado legal de derecho y 2) el Estado constitucional de derecho.

El Estado absoluto era aquel que se centraba en la supremacía y soberanía del rey, que al desmembrarse el imperio, como dijimos, queda como la autoridad suprema en los distintos reinos. Se crea una burocracia centralizada a cargo de la administración del Estado. Sin perjuicio de lo dicho, todavía se mantienen los distintos estamentos sociales, con sus derechos y sus respectivas jurisdicciones, y en caso de laguna del nuevo derecho centralizado en las ordenanzas del soberano, se aplican supletoriamente. De esta manera, extienden su vigencia en plena existencia del Estado absoluto.⁷ En el marco de estos Estados absolutos se van a formar los Estados nacionales cuando se produce *la sustitución de la soberanía del rey por la soberanía nacional*. En este marco nace el moderno Estado de derecho. En el Estado absoluto, el rey hacía la ley (*rex facit legem*), más allá de estar sometido a ciertas reglas de derecho común o tradiciones como las que, por ejemplo, regulaban la sucesión monárquica; en cambio, en el Estado de derecho, la ley hace el régimen (*lex facit regem*).⁸

En consecuencia, el Estado de derecho tal como lo conocemos hoy es un fenómeno moderno en el que se ve la íntima relación que existe entre lo político y lo jurídico, pero que se da de una manera nueva, pues confluye la moderna realidad política (Estado), como un constructo, un artificio, con la realidad jurídica (derecho) que pasa del *ius commune*, en la concepción tradicional basada en la justicia de su contenido, interpretada por los juristas (doctrinarios) y jueces, al derecho nacional o estatal, fundamentado en el principio de Hobbes: *Auctoritas non veritas facit legem*. En *teoría*, el primero se somete a la regulación del segundo, o sea, el Estado al derecho entendido sobre todo como ley. Dicho en otras palabras, es el gobierno de la ley, por lo cual todo, absolutamente todo, incluido el poder político, está regulado y, por tanto, subordinado a la ley. Ahora bien, en la *práctica* no siempre es así, pues justamente al arrogarse el Estado moderno el monopolio de la producción jurídica, al ser fundamentalmente la política y específicamente

⁷ Cf. Maurizio Fioravanti, "Estado y constitución", en Maurizio Fioravanti (ed.), *El estado moderno en Europa, instituciones y derecho*, Madrid, Trotta, 2004, p. 21.

⁸ Cf. Gustavo Zagrebelsky, *El derecho dúctil*, Madrid, Trotta, 1995, p. 21.

el poder político el artífice de la ley, muchas veces se ha producido el sometimiento del derecho al poder político de turno y paradójicamente dicho sometimiento se hacía en nombre y por medio de la ley, convirtiendo al derecho en instrumento de la política.

Más allá de las reflexiones filosóficas, en cuanto a su origen histórico, el Estado de derecho moderno, o también llamado *liberal*, se da con los procesos revolucionarios (siglos XVII, XVIII y XIX) que van a reemplazar a los Estados absolutos que surgen en Europa en la modernidad (no al régimen medieval anterior). En estos procesos revolucionarios podemos distinguir distintos modelos de Estados de derecho:

1. El inglés, más historicista y tradicionalista aunque individualista, donde se da por un lado una continuidad entre la monarquía hereditaria y el parlamentarismo con el establecimiento de un gobierno moderado *King in Parliament*: elemento monárquico (rey), elemento aristocrático (lords), elemento democrático (los Comunes) y, por otro lado, la continuidad entre las libertades medievales y las modernas (desde la Carta Magna de 1215 a la Declaración de Derechos de 1689 pasando por la petición de derechos de 1628 y el Acta de Hábeas Corpus de 1679). Donde el verdadero factor de unidad que constituye el *common law* lo aportan los jueces y no los príncipes o los legisladores.
2. Este modelo se va a extender a *América* donde los derechos individuales son reconocidos tanto en la Declaración de la Independencia de 1776 como en la Constitución de 1787 (y las demás constituciones de los Estados), estableciendo un gobierno equilibrado y moderado al modo inglés, junto a una rigidez constitucional de la que surge luego el control judicial de constitucionalidad (*judicial review*), a partir de *Marbury vs. Madison* en 1803 (presidencia de la Corte del juez Marshall). A diferencia del modelo inglés, hay poder constituyente y texto escrito, con supremacía de la Constitución y de los jueces que deben garantizarla por sobre el Parlamento y la ley (existía desconfianza en la supremacía del Legislativo), todo según el modelo que propone Hamilton en *El Federalista*.
3. El francés más individualista, ideológico y estatalista, donde se da una *ruptura radical con el régimen anterior*. El llamado a los Estados generales culminó con la proclamación en Asamblea Nacional del tercer Estado (Sieyès) y la supresión de los privilegios del *Ancien Régime*. A partir de allí se destacan la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 y la Constitución de 1791, donde, siguiendo el modelo roussoniano, los derechos naturales son entregados y convertidos en civiles por obra de la voluntad general. En virtud de la representación política, el poder constituyente se plasma en una supremacía legislativa (*legiscentrismo*) que debe proclamar y tutelar los derechos. Esto deriva luego en la centralización napoleónica que distingue entre la autonomía privada en el Código Civil y la heteronomía en el gobierno central y la administración. Con posterioridad se produce con la escuela de la exégesis el paso al más crudo positivismo. A diferencia del modelo inglés, y en coincidencia con el americano, hay poder constituyente y texto escrito, pero a diferencia de este último, hay

confianza en un legislador “virtuoso” o “iluminado” depositario de la voluntad general mediante la representación política, y desconfianza en los jueces que se convierten en meros aplicadores de la ley.⁹

Así podemos distinguir en la modernidad dos procesos simultáneos de positivización del derecho, no ajenos a su politización: 1) la constitucionalización con la supremacía de los derechos naturales convertidos en constitucionales (de primera generación) y su garantía justamente por la Constitución y los jueces en el modelo americano, donde el constitucionalismo clásico liberal constituirá las bases de un Estado constitucional de derecho que va a preceder casi 150 años a los Estados constitucionales de derecho europeos, que surgen luego de la Segunda Guerra y que van a popularizar esta denominación. 2) La codificación con la supremacía de la ley de la que derivan la existencia, reglamentación y garantía de los derechos en el modelo francés que se va a extender a todo el resto de Europa continental y luego a América Latina a través del proceso de codificación y el posterior paradigma exegético, en lo que algunos han dado en llamar Estado legal de derecho (en el caso de Argentina, como suele pasar muchas veces, se hace un *mix* por el cual seguimos el modelo americano en lo constitucional y el modelo francés en la codificación).

En virtud del dogma de la soberanía nacional, el Estado nacional moderno no reconocía ninguna autoridad o poder por encima suyo y, por tanto, tampoco ninguna regulación jurídica que no fuera especialmente aceptada por el propio Estado en el marco de sus relaciones internacionales. En consecuencia, todo el derecho, tanto interno como internacional, tiene su fuente cuasi exclusiva en la voluntad soberana de los Estados expresada por sus órganos pertinentes. De esta manera, el sistema internacional, así considerado, no permitía la injerencia de los Estados –ni individualmente, ni asociados– en los asuntos internos de otro Estado soberano, situación que era alterada de hecho solamente por el fenómeno de la guerra.

2. El Estado de derecho actual

La situación de los Estados nacionales fue así hasta mediados del siglo XX con la formación de las Naciones Unidas con posterioridad a la Segunda Guerra Mundial (sin perjuicio de un intento fallido de organización internacional después de la Primera Gran Guerra, con la Sociedad de las Naciones), como un sistema de organización jurídico-político de la comunidad internacional por encima de los Estados parte soberanos, aunque no se trata de un superestado. Esto no se dio naturalmente y sin dificultades. La corta historia de las Naciones Unidas (de un poco más de medio siglo) atestigua la difícil convivencia de un orden jurídico-político internacional con la existencia de órdenes jurídico-políticos soberanos en los distintos Estados. Tampoco

⁹ Cf. Maurizio Fioravanti, *Los derechos fundamentales*, Madrid, Trotta, 2009, pp. 25-53.

se logró una igualdad entre los Estados, pues si bien el principio de igualdad rige especialmente en la Asamblea, no sucede lo mismo en el Consejo de Seguridad integrado solo por algunos, y dentro de este aún podemos distinguir los miembros originarios permanentes con poder de veto (Estados Unidos, Rusia, China, Francia y Gran Bretaña) y los miembros agregados no permanentes elegidos por dos años por la Asamblea. En el caso de los primeros (miembros permanentes), el criterio utilizado es el *poder*, al ser potencias mundiales y, por tanto, tener mayor poder *de facto* que otros Estados, lo que le da cierto mayor poder *de iure* al integrar el Consejo de Seguridad con derecho a veto, como señalé.

En el plano jurídico-político parece imponerse una idea de derecho también originada en Occidente, como es la idea de los derechos humanos, hoy internacionalizada o pseudoglobalizada mediante lo que se conoce como el derecho internacional de los derechos humanos, constituido en un nuevo *ius cogens*, como derecho imperativo. Este derecho se ha transformado en virtud de los pactos y tratados internacionales en una especie de *super* o *supraderecho* por encima de los derechos nacionales de cada uno de los Estados, que por otra parte deben incorporarlo como parte fundamental del mismo, lo que constituye una verdadera transformación de la noción de soberanía nacional en el plano jurídico.

Así podemos distinguir, en este nuevo derecho internacional, un nivel o ámbito mundial, de otros niveles o ámbitos regionales. El primero (mundial) se constituye con la carta de las Naciones Unidas, la Declaración Universal de Derechos Humanos (1948), los pactos de derechos civiles y políticos por un lado, y de derechos sociales y económicos por otro (1966), junto con la existencia de pactos o tratados sobre derechos específicos (p. ej., contra la tortura, contra la discriminación de la mujer, la Convención de los derechos del Niño, etc.). Este sistema mundial nace en el marco del conflicto Este-Oeste que surge en el mundo de la posguerra, y por eso se puede ver en las negociaciones tanto de la declaración universal de 1948 como de los pactos de 1966, que las democracias occidentales promovían los derechos civiles y políticos (primera generación), mientras los países del Este, sometidos a regímenes comunistas, ponían el acento en los derechos económicos y sociales (segunda generación).¹⁰ El segundo (regional) se desarrolla en América, en Europa y posteriormente en África. En lo que respecta a nuestra región, se origina con la creación de la Organización de Estados Americanos (OEA) y la Declaración Americana de Derechos Humanos anterior por unos meses (mayo de 1948) a su símil universal (diciembre de 1948), y con la Convención Americana de Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica) de 1969, pero que entró en vigor en 1978 cuando fuera ratificada por un número de Estados necesario para su puesta en vigencia. A diferencia de lo que ocurría a nivel mundial, en 1948 este sistema en su origen no es afectado por el conflicto Este-Oeste (recién una década después se establece en Cuba por vía revolucionaria el primer gobierno marxista en la región), sino que está claramente

¹⁰ Cf. Juan Antonio Carrillo Salcedo, *Dignidad frente a barbarie - la Declaración Universal de Derechos, cincuenta años después*, Madrid, Trotta, 1999, p. 50.

identificado con el Oeste liderado por Estados Unidos (sede tanto de la OEA como de la ONU) y compuesto por democracias liberales, en alternancia con gobiernos militares a lo largo y ancho de la región (en Argentina, en 1948 estaba en pleno apogeo el peronismo que propiciaba una tercera posición a la tensión Este-Oeste). Sin perjuicio de lo dicho, es paradójico y llamativo que el principal país de la región y primera potencia mundial (Estados Unidos), posteriormente no haya ratificado la Convención, ni reconocido la jurisdicción de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH). El fundamento de esa decisión política no es justamente que Estados Unidos sea contrario a la protección de los derechos humanos que con anterioridad a la norma internacional se encuentran reconocidos y garantizados en la propia Constitución de ese país (se podrá criticar muchas cosas del país del norte, con razón o sin ella, pero no justamente esto). El verdadero fundamento es que Estados Unidos no quiere reconocer ninguna norma por encima de su Constitución y ninguna jurisdicción más allá de su Corte Suprema.

Simultáneamente, en la Europa de posguerra, especialmente en los países derrotados (Alemania e Italia), se establecen nuevos órdenes constitucionales con la sanción de la constitución italiana de 1947 que entra en vigencia el 1 de enero de 1948, y la ley fundamental alemana de 1949. Posteriormente, en 1976 se sanciona la Constitución de Portugal, dos años después de que la llamada Revolución de los Claveles derrocará al régimen vigente en Portugal desde hacía 30 años y, por su parte, tres años después de la muerte de Franco (1975) va a ocurrir lo mismo en España con la sanción de la Constitución de 1978. Estos cambios constitucionales dan origen a lo que se va a conocer como el nuevo paradigma del Estado constitucional y social de derecho, que viene a reemplazar al viejo paradigma del Estado legal de derecho, donde las constituciones dejan de ser meras cartas políticas programáticas, en tanto que incluyen los derechos humanos establecidos en las declaraciones internacionales (con la inclusión de los derechos de segunda y tercera generación, sociales y otros derechos) como núcleo del nuevo paradigma, considerados como principios directamente operativos, por encima de las leyes, y aplicables directamente por los jueces, en especial por los nuevos tribunales constitucionales (Alemania en 1951, Italia en 1956, España en 1979 y Portugal en 1982) que en el modelo constitucional europeo ejercen un control de constitucionalidad concentrado, a diferencia del control difuso existente en el modelo americano. A partir del tratado de Roma de 1950, con la sanción de la Convención Europea de Derechos Humanos se va a dar origen a un sistema de protección regional.

En este nuevo paradigma del Estado constitucional y social de derecho (hoy vigente incluso allende Europa, y especialmente en América con la vigencia de la Convención Americana de Derechos Humanos en 1978 y la creación de la Corte Interamericana en 1979) se produce, por una parte, una constitucionalización de todo el derecho mediante la expansión del derecho constitucional sobre las otras ramas o disciplinas del derecho, tanto público como privado, a través de la aplicación directa de las normas constitucionales operativas por encima de las normas legales, despojando en muchos casos a estas de su virtualidad jurídica. Al mismo tiempo, se produce una internacionalización del derecho constitucional con la incorporación a las constituciones del derecho interna-

cional de los derechos humanos; derecho que no se limita al aspecto normativo con la supremacía constitucional de los tratados internacionales de derechos humanos respecto de las leyes, sino que se extiende al aspecto jurisdiccional con la aparición de las cortes internacionales tanto a nivel regional (la Corte Interamericana o la Corte Europea) como mundial (la Corte Internacional de Justicia, la Corte Penal Internacional, etc.). En materia de derechos humanos, tanto la Corte Europea como la Americana ejercen el control de convencionalidad, que es una especie de control de constitucionalidad internacional y que, más allá del reconocimiento de ciertos márgenes de apreciación exclusiva de los Estados (más en Europa que en América), obligan a estos a adaptar su ordenamiento jurídico, tanto legal como jurisdiccional, a los términos de la convención regional de derechos humanos (los jueces internos tienen que hacerlo). Por último, simultáneamente a estos dos procesos se da una constitucionalización del derecho internacional, dado que estos documentos y organismos internacionales constituyen la estructura constitucional de un nuevo orden jurídico-político internacional.¹¹

Con motivo del nacimiento de verdaderos sistemas internacionales de protección de los derechos humanos aparece la persona con su intrínseca dignidad como nuevo sujeto de derecho internacional, junto con los Estados nacionales y contra esos mismos Estados en tanto y en cuanto no reconozcan o violen esos derechos fundamentales. Si bien los Estados siguen siendo los sujetos de derecho originarios en el derecho internacional, las personas serían sujetos de derecho derivados.¹² Como dice el profesor español Rafael de Asís, el proceso de internacionalización de los derechos humanos

se caracteriza por un cambio en la relación entre el individuo y el Estado. Por el lado del Estado, aparece una instancia de poder superior a él, lo que a su vez produce que el concepto clásico de soberanía se tambalee. En determinados ámbitos del derecho se amplía su esfera de validez limitada anteriormente a las fronteras nacionales. Por el lado del individuo, su estatus varía, estableciendo ciertas relaciones con esa nueva instancia, lo que produce a su vez modificaciones respecto a las que mantenía con el poder estatal. Desde esta perspectiva, los derechos fundamentales ya no se refieren exclusivamente a una relación de dos polos, individuo y Estado, sino que aparece un tercer elemento representado por una instancia supranacional.¹³

3. Situaciones paradójicas del nuevo paradigma

El catedrático español plantea que la fundamentación, el reconocimiento, la implementación y la garantía de los derechos humanos o derechos fundamentales se da en

¹¹ *Ibid.*, p. 102.

¹² Cf. Juan Pablo Albar Álvarez, *El derecho internacional de los derechos humanos y el derecho internacional humanitario*, Santiago de Chile, Legalpublishing, 2008, p. 11.

¹³ Rafael de Asís, *Las paradojas de los derechos fundamentales como límites al poder*, Madrid, Dykinson, 2000, p. 57.

el marco de situaciones paradójicas: 1) como la que existe entre la noción de derecho fundamental como límite al poder del Estado y la necesidad del reconocimiento del sistema de protección internacional por parte de los Estados a través de sus poderes para limitar; 2) la que se da entre el reconocimiento del estatus de la persona humana como sujeto internacional además de los Estados, e incluso contra los Estados, como sucede en caso de violaciones de los derechos humanos, pero por otro lado dicho estatus también depende del reconocimiento de los Estados de someterse convencionalmente al derecho internacional de los derechos humanos; 3) también la que se da para algunos entre el poder constituyente como fuente del derecho y del poder y los poderes constituidos que de derecho y de hecho ejercen el poder y determinan el derecho; 4) también, por un lado, entre la idea de los derechos humanos como límites del poder de los Estados y, por otro, la cuestión de quién fija los límites a estos nuevos poderes supranacionales.¹⁴

Si bien es cierto que la necesidad del reconocimiento convencional de los Estados de someterse al sistema internacional de los derechos humanos hace que la limitación del poder del Estado dependa de la situación paradójica del reconocimiento voluntario de este de autoobligarse o autosometerse, también es cierto que de hecho hoy existe una presión internacional de tal envergadura que es casi imposible que un Estado pueda autoexcluirse sin soportar consecuencias políticas, jurídicas y económicas muy graves. Quizás este sea un privilegio que solo pueden darse algunas superpotencias al desconocer ciertos aspectos del sistema que no convienen a sus intereses (como es el caso ya señalado de Estados Unidos) sin sufrir las correspondientes consecuencias como cualquier otro Estado. Este es un ejemplo actual de la desigualdad entre los Estados fundada en cuestiones de poder y que la verdadera paradoja, por tanto, es *entre un poder que tiende a expandirse ilimitadamente* a menos que lo limite otro poder opuesto, *y la idea de un derecho que racionalice y limite al poder*, aunque para hacerlo dependa de la fuerza del propio poder estatal por limitar.

La cuestión tampoco se resuelve con la tradicional distinción entre poder constituyente y poderes constituidos (necesariamente tiene que existir algo más que fundamente el poder del constituyente). Pues ni el primero (constituyente) es absolutamente libre para incorporar cualquier contenido al orden político-jurídico de los distintos Estados nacionales, dado que hoy se encontraría limitado por un derecho internacional de los derechos humanos que obligatoriamente tiene que reconocer e incorporar en las distintas constituciones, sin perjuicio de tener que resolver la cuestión de la fundamentación de los mismos, a fin de determinar si se trata de realidades preexistentes e indisponibles o de la imposición de un derecho positivo supraestatal e internacional por encima del derecho positivo estatal y nacional. Ni los segundos (constituidos) son tan limitados por el primero, porque luego de recibir el poder del constituyente son los que efectivamente ejercen el mismo y se transforman en fuente del derecho, al delimitar jurídicamente los

¹⁴ *Idem.*

alcances del derecho y de los derechos, aunque para hacerlo no pueda desconocer los límites impuestos por el poder constituyente originario.

No menos compleja es la otra paradoja de la limitación del poder internacional que, como todo poder, no es ajeno a la extralimitación, incluso sin respetar las zonas de reserva de los distintos Estados nacionales que de esta manera se verían ante el peligro de una intromisión arbitraria violatoria de su soberanía. Si se diera esta situación paradójica, ¿quién limita al poder internacional? ¿Acaso los derechos de los pueblos organizados como Estados nacionales pueden ser límite al poder de las instancias internacionales o supranacionales? ¿O son los mismos derechos fundamentales los que limitan tanto al poder de los Estados nacionales como al de la misma comunidad internacional y de sus órganos? La respuesta a esta cuestión no es fácil, si es que la tiene dentro de la lógica interna del propio sistema. Hoy por hoy se están dando los primeros pasos en la delimitación de este nuevo derecho. Quizás con el tiempo pueda verse más claro el panorama y prime la prudencia por sobre las ambiciones desmedidas y los intereses mezquinos, lo que por el momento no parece lo más probable, lamentablemente.

Ahora bien, el fenómeno del multiculturalismo plantea nuevos y complejos problemas al esquema de este nuevo derecho, pues se presenta una *nueva paradoja* entre un sistema jurídico que responde a un molde cultural, como es el del Occidente secularista que pretende alcanzar dimensiones universales a través del derecho internacional de los derechos humanos, y las particularidades propias de la diversidad cultural, con las identidades propias de cada cultura, lo que en principio parecería que requeriría un derecho propio a cada realidad cultural. Dicho de otra manera, la encrucijada que se da entre una universalización e internacionalización pseudoglobalizada del derecho por encima de los derechos nacionales, como manifestación de la globalización del mundo actual y la particularización e intranacionalización del derecho dentro de los distintos derechos nacionales, como manifestación del multiculturalismo existente, ya sea de raíces étnicas, religiosas, etc.

Sin embargo, y aquí reside lo fundamental de la paradoja, estas reivindicaciones multiculturales de las minorías nacionales y de las pluralidades étnicas dentro de los distintos Estados son planteadas en términos de derechos, particularmente de aquellos de las minorías. Es cierto que estos reclamos se dan fundamentalmente en el seno de sociedades y democracias occidentales, más que en otras de distinto origen cultural, aunque sin perjuicio de ello, plantea no pocos problemas para compatibilizar los derechos de las mayorías con los de las minorías.

En suma, ¿cómo se puede compatibilizar la universalidad del derecho de los derechos humanos que parece imponerse en todo el mundo con la diversidad cultural, que responde a distintas identidades, tradiciones y raíces? ¿Cómo se puede compatibilizar el Estado de derecho propio de los distintos Estados nacionales con un Estado de derecho supranacional, que a su vez se internaliza en cada uno de los Estados? ¿Cómo se puede compatibilizar ese Estado de derecho a su vez nacional e internacional internalizado con los derechos de las minorías culturales diversas (por etnias, religiones, migraciones, etc.), respetando su identidad cultural, sin que afecte al bien común de cada nación con

su propia identidad política y cultural? En definitiva, ¿cómo compatibilizar el Estado de derecho constitucional con su núcleo duro compuesto por el derecho internacional de los derechos humanos como expresión jurídica de la globalización o mundialización, con el multiculturalismo, el pluralismo cultural o la diversidad de las culturas?

SEGUNDA PARTE

4. Distintas teorías en la búsqueda de una justificación del sistema

A continuación señalaré algunas de las principales teorías y autores que intentaron algún tipo de justificación filosófica al sistema jurídico actual. Sin perjuicio de marcar las diferencias –y a mi entender deficiencias– del planteo de cada uno de ellos, es importante señalar el interés común por rescatar un contenido de justicia en el orden jurídico-político (más allá de las problemáticas concreciones históricas no exentas de injusticias y arbitrariedades), frente a una concepción formalista y positivista que deja la cuestión del contenido del derecho a la arbitrariedad del legislador y del que detenta el poder. Esta intencionalidad (aunque no siempre concretada, ni debidamente justificada) requiere tanto la posibilidad como la necesidad de un diálogo intercultural que permita poner el acento en las coincidencias más que en las diferencias.

4.1. La distinción entre normas y principios en Dworkin y Alexy

Como dijimos, este derecho internacional de los derechos humanos constituye hoy el núcleo duro del nuevo paradigma del Estado constitucional de derecho, al ser incorporado como parte medular en las constituciones, por ser considerado esencia constitucional. Este nuevo paradigma no funciona como un sistema de normas puramente formal, en el cual el legislador de turno podría incorporar cualquier contenido, sino que constituye en sí mismo un sistema de *normas y principios* con contenido sustancial o material que el ordenamiento jurídico tiene que incluir. Justamente, son los derechos fundamentales o los derechos humanos los que surgen de esos principios u operan a modo de principios.

Esta distinción entre normas o reglas y principios la encontramos tanto en Dworkin como en Alexy. A los dos se los suele presentar como representantes de un neoconstitucionalismo moderado, aunque a decir verdad hay que distinguir que Dworkin se maneja dentro del modelo americano, fiel a una tradición jurídica y constitucionalista anterior a la aparición del neoconstitucionalismo, mientras que Alexy, desde una posición neokantiana, puede considerarse como un referente en la filosofía del derecho del neoconstitucionalismo, especialmente centrado en la interpretación de las sentencias del tribunal constitucional alemán.

Dworkin, fundándose en la distinción entre normas y principios, elaboró su crítica al positivismo que consideraba al derecho como un sistema exclusivo de normas dictadas por los órganos competentes y de acuerdo con un determinado procedimiento formal (tomando especialmente la versión de Hart). A diferencia de las normas que se identifican por su origen o *pedigree*, los principios valdrían para Dworkin por el peso de su contenido que debe ponderarse para su adecuada interpretación y aplicación.¹⁵ Por su parte, Alexy distingue entre principios como *mandatos de optimización* que deben ponderarse de acuerdo con las posibilidades jurídicas (en relación con otros principios y con las normas) y fácticas (en relación con los hechos), y normas como *mandatos definitivos* que deben ser realizados, que se aplican *in totum* o no se aplican porque son desplazados por otras normas en caso de conflicto normativo o por principios en el caso de conflicto entre normas y principios. Así, ambos consisten (principios y normas) tanto en permisiones como en prohibiciones. Para el iusfilósofo alemán, los derechos individuales pueden tener tanto la forma o el carácter de mandato de optimización (principio) como de mandato definitivo (norma). Esto se da así porque el derecho lleva necesariamente una pretensión de corrección que complementa su coerción, implicando una conexión necesaria entre el derecho y la moral como se ve en su aspecto más radical con su reformulación de la fórmula de Radbruch: la injusticia extrema no es derecho.¹⁶

Sin perjuicio de la similitud de lenguaje, hay notables diferencias entre ambos, especialmente entre el *consecuencialismo* de Dworkin cuando aplica (a mi juicio equivocadamente) los principios (que no explica de dónde los saca, quedando más bien como una práctica social, consuetudinaria, interpretada y aplicada autoritariamente por los jueces) a casos difíciles como el aborto o la eutanasia,¹⁷ y el *principalismo* de Alexy que si bien reconoce la necesidad de una metafísica para fundar los derechos, lo hace desde una perspectiva neokantiana. En lo personal, si bien me encuentro más cerca de Alexy que de Dworkin, tampoco considero totalmente adecuada la justificación del iusfilósofo alemán debido a su matriz kantiana, fundada en la autonomía de la voluntad, más que en la esencia o naturaleza humana.

4.2. El neoconstitucionalismo italiano de Ferrajoli y Zagrebelski

Una distinción semejante la encontramos en el neoconstitucionalismo italiano tanto de Ferrajoli como de Zagrebelsky (aunque el primero no se reconoce como neoconstitucionalista, prefiriendo el título de garantista). Para Ferrajoli, *todos los derechos fundamentales equivalen a vínculos de sustancia, que existen además de los de forma*, y condicionan la validez sustancial de las normas infraconstitucionales producidas, ex-

¹⁵ Cf. Ronald Dworkin, *Los derechos en serio*, Barcelona, Ariel, 1999.

¹⁶ Cf. Robert Alexy, *El concepto y la validez del derecho*, Barcelona, Gedisa, 2008, p. 185; *El concepto y la naturaleza del derecho*, Madrid-Barcelona, Marcial Pons, 2008, pp. 62 y 69.

¹⁷ Cf. Ronald Dworkin, *El dominio de la vida-una discusión acerca del aborto, la eutanasia y la libertad individual*, Barcelona, Ariel, 1998.

presando como manifestación máxima del derecho positivo los fines a que está orientado ese moderno artificio que es el Estado constitucional de derecho con lo cual se invierte, según él, la relación entre derecho y política, pues ya no es el derecho un instrumento de la política como en el Estado legal de derecho, sino que es la política un instrumento para la realización del derecho y especialmente de los derechos fundamentales. Este planteo no trasciende el ámbito del derecho positivo, e incluso del propio positivismo jurídico,¹⁸ concordando en esto con Bobbio, quien manifiesta que a esta altura de los acontecimientos no es necesario buscar un fundamento más allá de las declaraciones de derechos humanos existentes en la actualidad, ni buscar la razón de las razones como pretenden muchos iusnaturalistas.¹⁹ Ahora bien, de esta manera no supera los problemas de justificación de lo que él llama el paleopositivismo, dado que esos derechos existen en tanto y en cuanto son positivizados por las declaraciones de derechos, siendo un límite para las demás normas infraconstitucionales, pero que en sí mismos no están fundados más allá del acuerdo de voluntades que les dio origen, lo que constituye un fundamento débil e insuficiente. En cambio, para Zagrebelsky los principios constitucionales con su apertura a los derechos del hombre y a los grandes principios de justicia limitan a la ley. Aunque para el jurista italiano los principios constitucionales no son de derecho natural, sino más bien la instancia suprema del derecho positivo, que justamente positiviza lo que hasta entonces era una prerrogativa exclusiva del derecho natural, sin embargo, en cuanto a la determinación de la justicia y de los derechos humanos se asemejan en su formulación universalista y abstracta de los principios de derecho natural.²⁰ Esta dicotomía constituye una seria dificultad para su justificación, que adolecería de los mismos problemas de la justificación positivista en caso de no superar el nivel del derecho positivo, o caería en una justificación iusnaturalista y ya no solo neoconstitucionalista en caso de apelar a derechos preexistentes a su positivización e indisponibles para el legislador de turno. Ambos distinguen entre principios sustanciales o de contenido material (los derechos humanos individuales y colectivos) y los principios procedimentales o puramente formales (la democracia y los demás procedimientos establecidos para la toma de decisiones en un Estado democrático) por medio de los cuales también se proclaman o establecen los propios principios sustanciales o materiales (a través del consenso democrático). Como decía Nino, ante la imposibilidad de alcanzar un consenso absoluto, el procedimiento democrático se transforma en su sucedáneo.²¹

¹⁸ Cf. Luigi Ferrajoli, *Derechos y garantías, la ley del más débil*, Madrid, Trotta, 1999. Cf. *Principia Iuris, II, Teoría de la democracia*, Madrid, Trotta, 2011, p. 44.

¹⁹ Cf. Norberto Bobbio, "Sul fondamento dei diritti dell'uomo", *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, abril-junio, 1965.

²⁰ Cf. Zagrebelsky, *op. cit.*, p. 115.

²¹ Cf. Carlos S. Nino, *Ética y derechos humanos*, Buenos Aires, Paidós, 1984, pp. 26 y 239.

4.3. El Estado constitucional de derecho y la teoría de la acción comunicativa de Habermas

También desde una perspectiva pospositivista, pero idénticamente posmetafísica, Jürgen Habermas, basado en su teoría de la acción comunicativa a través del lenguaje, manifiesta que se puede reconstruir un consenso perturbado por medio del procedimiento democrático en el que los participantes lo hagan desde sus distintas tradiciones culturales y religiosas, con la sola condición de que las convicciones desde las que participan puedan ser traducidas al lenguaje posmetafísico común a todos, a fin de alcanzar un consenso mínimo de valores y derechos que un Estado de derecho constitucional y democrático tiene que reconocer.²² El carácter especialmente procedimental y posmetafísico del lenguaje de la razón comunicativa hace que la traducción propuesta vacíe de contenido sustancial a los principios con que los participantes confluyen desde sus tradiciones y culturas, lo que lleva a una dicotomía en la propia persona, considerada como ciudadana, por un lado, y como creyente o no creyente, por el otro. En otras palabras, se divide lo que en realidad es en sí mismo indivisible, pues es el mismo hombre el que es portador de tradiciones o creencias y el que participa desde ellas en el proceso democrático deliberativo. Asimismo, como señala Kaufmann, Habermas caería en una falacia procedimentalista al pretender establecer conclusiones materiales (los derechos humanos) a partir de premisas puramente procedimentales (procedimiento democrático).²³

4.4. El Estado constitucional de derecho y la teoría de la justicia de Rawls

De la misma manera, el último Rawls elabora su teoría de la justicia como una concepción política mediante un consenso entrecruzado de doctrinas razonables en un contexto fáctico de pluralismo por el cual las partes acuerdan mediante un contrato social unos principios de justicia para la estructura básica de la sociedad, que proclaman una igualdad de libertades fundamentales, de derechos y deberes (primer principio), y una igualdad de oportunidades y un principio de diferencia que justifiquen las desigualdades sociales en tanto y en cuanto benefician también a los más desventajados (segundo principio). Ahora bien, las doctrinas comprensivas (religiosas, filosóficas, etc.) que las nutren quedan relegadas al ámbito de la *razón privada*, poniendo el acento en aquellas cuestiones (especialmente procedimentales) que permiten un mínimo de acuerdo factible en el campo de la razón pública.²⁴

²² Cf. Jürgen Habermas, "Las bases premorales del Estado Liberal", diálogo con el filósofo Jürgen Habermas en la Academia de Baviera, enero de 2004, *La Nación*, 28 de junio de 2005.

²³ Cf. Arthur Kaufmann, *La filosofía del derecho en la posmodernidad*, Bogotá, Temis, 1998, p. 49.

²⁴ John Rawls, *La justicia como equidad, una reformulación*, Barcelona, Paidós, 2002, pp. 50 y ss. (Título original: *Justice as Fairness*, Harvard University Press, 2001).

Esto se ve más claramente en la conformación del consenso entrecruzado entre los distintos pueblos (no Estados), por el que se constituye para él un nuevo derecho de gentes (*The Law of peoples*) en el que se repiten las condiciones existentes en las distintas sociedades para arribar a un acuerdo político. Así propone clasificar a los pueblos en cinco tipos de sociedades domésticas según el régimen político que tengan: 1) *los pueblos liberales razonables* (las democracias constitucionales liberales); 2) *los pueblos decentes* (régimenes no democráticos pero bien ordenados dirigidos por una jerarquía consultiva decente y que respetan los derechos humanos); 3) *los absolutismos benignos* (al igual que el anterior respetan los derechos humanos, pero su régimen político no está bien ordenado porque niegan a sus miembros un papel significativo en la adopción de decisiones políticas); 4) *los Estados criminales o proscritos* (régimenes no democráticos que violan los derechos humanos); 5) *Los pueblos afectados por condiciones desfavorables o sociedades menos favorecidas* (serían los pueblos subdesarrollados que no son agresivos ni expansivos, pero carecen de las tradiciones políticas y culturales, el capital humano, la tecnología y los recursos necesarios para ser bien ordenados).²⁵ En la construcción de esta extensión de la teoría de la justicia a la sociedad internacional como nuevo derecho de gentes (*The Law of peoples*) ocupan un lugar central y tienen una función especial los derechos humanos. El respeto o la violación de estos es lo que en última instancia constituye uno de los criterios fundamentales para calificar a una sociedad como liberal o decente y también para justificar las intervenciones externas.

Al respecto puede hacerse extensiva la crítica realizada a Habermas, pues también la teoría de Rawls requiere la dicotomía entre el hombre como ciudadano y como portador de una doctrina comprensiva (religiosa, filosófica, etc.), entre razón pública y razón privada, lo que lleva a un dualismo que no responde a la unidad del hombre. De la misma manera, como señalan Kauffmann y Massini, puede imputársele de cometer la misma falacia procedimentalista pues mediante el procedimiento de construcción puramente formal llega a principios, con un contenido material que responde a un modelo ideológico que él propone como mejor (la concepción liberal socialdemócrata).²⁶

5. Algunas reflexiones finales

Como dice Innerarity:

5.1. La ruptura moderna entre razón y naturaleza se hace también visible en el nuevo orden político, cuyo principio constitutivo continúa siendo el *primado de la subjetividad* que discurre en paralelo con una concepción mecanicista de la natura-

²⁵ John Rawls, *El derecho de gentes y una revisión de la idea de razón pública*, Barcelona, Paidós, 2001, p. 14. (Título original: *The Law of peoples*, Harvard University Press, 1999).

²⁶ Cf. Kaufmann, *op. cit.*, p. 48. Cf. Carlos Ignacio Massini Correas, *Constructivismo ético y justicia procedimental en John Rawls*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2004, p. 120.

leza. Este antagonismo queda planteado en el esquema típico para la justificación del poder: *el binomio Estado de naturaleza-Estado de sociedad*. Para los modernos, la historia humana puede entenderse como el tránsito de la naturaleza a la cultura, del instinto a la razón, del individuo a la sociedad. En virtud de tal explicación, los pares mencionados son entendidos en radical oposición: el caos de la naturaleza frente al orden cultural, la particularidad sensible frente al universalismo abstracto de la razón, el egoísmo individual frente a la solidaridad política. En el plano concreto de la teoría política, ello *supone el abandono del viejo principio de la sociabilidad natural*. El hombre no debe ser entendido en adelante como “animal político”, sino como individuo soberano. La situación y condición humanas (lo que aquí hemos llamado su contexto social) no entran ya en la definición del hombre, sino a la manera de un añadido externo y circunstancial. El individuo es indiferente al lugar social. No es extraño que la moderna filosofía política haga del conflicto (natural) y no de la armonía social su punto de partida. Este planteamiento concuerda con la visión mecanicista de la naturaleza. La política es huida de la condición natural.²⁷

Es aquí justamente donde encontramos la clave de la cuestión, en un viraje del objetivismo ético-político-jurídico a un subjetivismo. En este plano se produce la sustitución del concepto de ley natural (*lex naturae*), entendida como dictamen de la recta razón fundada en la esencia o naturaleza humana (*natura hominis*), por la moderna noción de hombre en estado de naturaleza (*homo in natura*), que gira sobre la lucha por la autoconservación y el poder, como sucede en Hobbes o en Rousseau. Cabe aclarar que en el caso de Locke, más moderado, pretende armonizar ambas.²⁸

Es la cuna del individualismo ético, político, jurídico y económico que es coronado en el origen del Estado social como fruto del contrato o pacto social resultante del principio de la autonomía de la voluntad de los individuos y no en la sociabilidad y politicidad natural del hombre. Justamente en este punto es marcada la influencia de Rousseau sobre Kant y cómo a través de este último el principio de la autonomía de la voluntad se convierte en liminar de toda la praxis moderna, tanto individual como social o política tal como lo plantea en su proyecto cosmopolita de *paz perpetua*.²⁹

Lo mismo que Innerarity, desde otra perspectiva va a decir Ferrajoli:

Esta naturaleza *pacticia*, es por otro lado intrínseca a la noción política de “constitución democrática”. Lo es en el plano filosófico y lo es en el plano histórico. En el plano filosófico, es fruto de la idea contractualista, formulada por Hobbes y desarrollada después por el pensamiento ilustrado, de que el Estado no es, como en

²⁷ Daniel Innerarity, *Dialéctica de la modernidad*, Madrid, Rialp, 1989, p. 30.

²⁸ Cf. Francisco Leocata, “Las ideas iusfilosóficas de la Ilustración”, en *La codificación: raíces y perspectiva-El Código Napoleón*, Buenos Aires, Educa, 2003, p. 63.

²⁹ Cf. Immanuel Kant, *Hacia la paz perpetua. Un proyecto filosófico*, Buenos Aires, Prometeo, 2007.

la concepción clásica y premoderna, un hecho natural sino un fenómeno artificial y convencional, construido por los hombres para la tutela de sus necesidades o derechos naturales: el derecho a la vida según Hobbes, los derechos a la libertad y propiedad según Locke, los derechos políticos y sociales tal y como se han añadido en las constituciones del siglo XX. Esta idea moderna invierte la concepción aristotélica del derecho y de la comunidad política como entidades necesarias y naturales, lo que es natural no es el derecho y el Estado sino el no derecho y el estado de naturaleza, esto es, los seres de carne y hueso con sus necesidades naturales, mientras que el Estado es un artificio que se justifica solo en cuanto instrumento de tutela de las personas naturales. Es en este sentido en el que las cartas constitucionales y las declaraciones de derechos se configuran como pactos o convenciones democráticas, cuyas cláusulas son los principios y derechos fundamentales que de “naturales” se convierten, gracias a su estipulación en “positivos” y “constitucionales” [...] Pero es también la génesis histórica de las constituciones lo que confirma su naturaleza pacticia, de contratos sociales impuestos a los soberanos para limitar y vincular sus poderes en otro caso absolutos. Todas las constituciones dignas de este nombre han nacido como rupturas con el pasado y, a la vez, como proyectos de futuro. La idea del contrato social no es solo una categoría filosófica.³⁰

Esta idea del contrato social y del Estado de naturaleza como Estado hipotético la encontramos también en Rawls en su posición original (más inspirado en Locke y en Kant que en Hobbes) y en los autores neokantianos como Habermas o Alexy.

5.2. Justamente, estos derechos que surgen de los pactos constituyen los principios y el eje del nuevo paradigma del Estado de derecho constitucional como sistema de principios y normas que viene a reemplazar al llamado Estado de derecho legal positivista y formalista. Aquí reside la principal diferencia entre ambos modelos o paradigmas. En este *modelo constitucionalista o principialista*, los que operan a modo de principios o se derivan de los principios son justamente los derechos humanos o derechos fundamentales. Por tanto, el núcleo del nuevo paradigma lo constituye el derecho de los derechos humanos incorporado a las constituciones a través del reconocimiento de las declaraciones y los tratados internacionales, como también de los sistemas de protección que han sido creados para ello, como el europeo o el interamericano. Al respecto, la necesaria adecuación del ordenamiento jurídico interno al internacional o regional (art. 2 de la Convención Americana) podría llegar a incluir la discutible y discutida adecuación de la propia Constitución Nacional. Como ha sucedido con la Constitución de Chile como consecuencia del fallo de la Corte Interamericana en el caso de *La última tentación de Cristo*, que más allá de entrar a considerar si realmente dicha Constitución violaba la libertad de expresión consagrada en la Convención Americana, llevaría a plantearnos si a esta altura estamos ante un Estado constitucional de derecho o un Estado convencional de derecho, y a preguntarnos si las normas convencionales tienen jerarquía constitucional

³⁰ Luigi Ferrajoli, *Principia Iuris, II, Teoría de la democracia*, Madrid, Trotta, 2011, p. 48.

o supraconstitucional.³¹ Mucho más si tenemos en cuenta que, según la Corte Interamericana, el *corpus iuris* básico de convencionalidad al que hay que adecuarse está integrado además de la propia convención americana, por los otros tratados de derechos humanos y la interpretación jurisprudencial de la propia Corte.³² Tópico que tendría que ser objeto de otra investigación y que por tanto no abordaré dejándolo solamente planteado.

5.3. El sistema jurídico, al centrarse en la inclusión de principios que se encuentran receptados en textos constitucionales de textura abierta, requiere un adecuado proceso de interpretación. Por eso el momento culminante en el nuevo esquema es justamente el de la *interpretación* que fundamentalmente realiza el juez, en especial el juez constitucional en el caso de los tribunales constitucionales en aquellos países donde existen. Efectivamente, ya no es posible recurrir a la aplicación mecánica de la ley al caso concreto, como era en el modelo decimonónico, donde el juez era simplemente su voz, sin poder añadir nada a su función de repetidor de las palabras de la ley.

Hoy, sin duda, el peligro mayor es pasar de un *positivismo legalista* a un *positivismo judicial* (activismo judicial). Esto se logra a partir de una interpretación “libre” (muchas veces ideológica) de los derechos o principios contenidos en la Constitución, directamente operativos por encima de las leyes (el problema no está en la operatividad de los derechos sino en una interpretación extralimitada). Hay que recordar que el positivismo legalista dio lugar muchas veces a la *arbitrariedad legal*, al quedar reducidos los contenidos de las normas jurídicas a la voluntad ilimitada del legislador de turno, que tuvo su versión más arbitraria en los regímenes totalitarios del siglo XX. De la misma manera, un positivismo judicial puede llevar a la *arbitrariedad judicial*, si la función interpretativa de los jueces no se encuentra limitada por principios y reglas que no están disponibles a su exclusiva voluntad.

5.4. Ahora bien, la forma de evitar este riesgo no es volver al positivismo legalista anterior sino reconocer la intrínseca relación del derecho con la justicia con fundamento en el derecho natural que surge del propio ser del hombre y de su dignidad, en el que podemos encontrar estos auténticos principios ético-jurídicos orientadores del obrar humano, los cuales constituyen un núcleo indisponible, que configura un límite tanto para el legislador como para el intérprete, ya sea en el contenido de las normas o en su interpretación y aplicación. Esta adecuada fundamentación evitaría que los jueces, al interpretar, crearan o inventaran derechos, y más bien, reconocieran y garantizaran los derechos existentes en la realidad humana conforme a su naturaleza y que son previamente reconocidos, positivizados y garantizados por los tratados internacionales de derechos humanos y las constituciones.

³¹ CIDH, caso La última tentación de Cristo (Olmedo Bustos y otros) vs. Chile, Serie C, núm. 73.

³² CIDH, Opinión consultiva OC, 16/99, “El Derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso penal”, solicitada por los Estados Unidos Mexicanos, 1 de octubre de 1999, Serie A, núm. 16.

5.5. Podemos decir que nos puede gustar o no el sistema de derecho que rige en la actualidad, pero es el que hoy está en vigencia, el que se aplica. De la misma manera que nos podía gustar o no el modelo positivista formalista moderno, pero fue el que se impuso en una época determinada. Ahora bien, hay que hacer una distinción fundamental: una cosa es el sistema que funciona en la realidad y otra las teorías construidas para explicarlo o justificarlo. Se puede aceptar la realidad de la vigencia de este sistema de derecho sin que sea necesario suscribir alguna de las teorías que se han construido al respecto.

5.6. El problema de las distintas corrientes que se han construido para explicar este nuevo paradigma, ya sea de raíz empirista y hermenéutica (Dworkin), neokantianas (Alexy, Habermas, Rawls, etc.) o neoconstitucionalistas (Ferrajoli, Zagrebelsky, etc.), es la justificación o fundamentación de los principios (en el punto anterior vimos las falencias de cada uno en este punto). No vamos a discutir la importancia que tienen los derechos humanos y los procedimientos democráticos en el mundo actual y que puede considerarse un avance o progreso frente a modelos positivistas y formalistas, pero, cuando estos autores hablan de principios ¿se refieren a los mismos principios ontológicos (en el orden del ser) y gnoseológicos (en el orden del conocer) del derecho natural clásico? Creo que no.

Los principios del derecho natural clásico se fundan en la estructura misma de la realidad o naturaleza de las cosas humanas en el orden del ser y en la evidencia de su conocimiento en el plano de los principios de la razón práctica en el orden del conocer, que a partir de la noción de bien que tiene razón de fin, a su vez, dirige el obrar posterior. Este conocimiento evidente de los primeros principios prácticos (ley natural) es paralelo o correlativo (no deducido) al conocimiento de las inclinaciones naturales (Tomás de Aquino),³³ o de los bienes humanos básicos (Finnis),³⁴ en virtud de la convertibilidad entre ser y bien (*ens et bonum convertuntur*), y funda a su vez la estructura noética de todo conocimiento práctico posterior. A partir de allí, a medida que nos alejamos de los principios y nos acercamos al obrar circunstancial y concreto, es necesario complementar el juicio evidente de los principios universales, que en el orden práctico operan como fines, con el juicio prudencial, que además de estos debe tener en cuenta las circunstancias particulares a fin de poder elegir los medios adecuados en orden al obrar concreto. En este sentido, el verdadero juicio o mandato de optimización, para usar el lenguaje de Alexy, no se da en el plano del juicio sobre los principios (fines), sino más bien en el plano del juicio prudencial circunstanciado (medios) que no invalida el principio, como se ve en el conocido ejemplo del depósito del arma.³⁵

En cambio, en las teorías anteriormente señaladas, en lugar de principios (evidentes o derivados inmediatamente de principios evidentes) se trataría más bien de *postulados* proclamados como tales por razones ideológicas, políticas o de estructura gnoseológica,

³³ Cf. Tomás de Aquino, S. Th. 1^a, 2^a, Q. 94, 2.

³⁴ Cf. John Finnis, *Ley natural y derechos naturales*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2000, caps. III y IV.

³⁵ Cf. Tomás de Aquino, S. Th. 1^a, 2^a, Q. 94, 4.

como sucede con el apriorismo de raíz kantiana, a partir del acuerdo de voluntades, fruto del principio de autonomía de la voluntad. A diferencia de los principios, los postulados no se justifican ni se fundamentan sino que justamente se postulan o proclaman o, en el mejor de los casos, su fundamento es débil por remontarse a la mera autonomía de la voluntad. Y es a partir de ellos que se pretende fundar toda la estructura posterior. Todo esto tiene una consecuencia sumamente trascendente pues al no tener que justificarse pueden postularse nuevos derechos sin límite, como sucede con algunos “derechos humanos” creados o inventados sin que respondan a la intrínseca estructura y dinámica del ser humano.

Esto no significa que no pueda haber *diálogo* entre las distintas posturas. Puede haberlo y tiene que haberlo, buscando las diagonales y tendiendo los puentes que permitan acercar las distintas alternativas. Un diálogo que ponga más el acento en las coincidencias que en las divergencias, teniendo como norte la búsqueda sincera de la verdad. Así podremos dialogar consintiendo algunas cosas y disintiendo en otras con autores como Alexy, Zagrebelski o Habermas (como lo ha mostrado Ratzinger), sin que esto signifique la claudicación de las propias convicciones o negar la matriz de cada doctrina.

5.7. Para que no quede lugar a equívocos, hay que decir en primer lugar que los derechos humanos existen. En segundo lugar, que existen, no con una mera existencia contingente (como sería para quienes los consideran como un mero producto histórico en una época determinada), sino como una dimensión esencial del ser humano. Y en tercer lugar, que como tales, deben ser reconocidos y protegidos. Ahora bien, luego de estipular con firmeza esto, hay que señalar también que no son en sí mismos principios fundantes, sino más bien fundados. O en todo caso solo pueden ser fundantes y, por tanto, considerarse principios del obrar humano posterior, en la medida que son fundados en la naturaleza o esencia del ser humano anterior que subyace, en virtud del principio que dice que el obrar sigue al ser (*operari sequitur esse*).

En cambio, si fueran fundantes en sí mismos y no fundados, no tendría sentido plantearse la cuestión central del fundamento de los derechos humanos. Por otra parte, este fundamento no puede ser el mero consenso al que remiten la mayoría de las teorías, que a lo sumo puede considerarse un punto de referencia intersubjetivo, contingente y variable que no reúne las condiciones para ser considerado un fundamento objetivo. Por las mismas razones, tampoco puede ser fundamento una noción de dignidad humana identificada con la autonomía de la voluntad según el modelo kantiano, al que apelan otras. La dignidad humana y los derechos que se siguen de ella solo pueden fundarse en la esencia humana, en la naturaleza racional (que supone lo biológico) y política del hombre, pues no existen en el hombre aislado, sino inmerso en la comunidad; por eso, una de las notas esenciales del derecho y de los derechos es su referencia al otro (alteridad).

5.8. Lo mismo sucede con los llamados *principios procedimentales*, que tampoco son en sí mismos fundantes, dado que el solo y mero procedimiento o método no puede ser fundamento de realidades sustanciales o de contenido material, lo que constituiría un típico caso de falacia procedimentalista, como sostienen los ya citados Kaufmann y Massini. Sino que más bien son válidos en tanto estos procedimientos (que también

tienen su importancia y no hay que menospreciar) se fundan en los principios de justicia (formal y material), a los que tienen que respetar en sus distintas manifestaciones (general y particular) y en su diferente origen (natural y convencional). Principios de justicia que también se apoyan en la misma naturaleza racional y política del hombre.

5.9. De allí que si el derecho pretende dar una respuesta a la problemática actual, debe hacerlo desde la racionalidad y razonabilidad que le son intrínsecas (naturalmente) y, por tanto, comunes a todas las culturas, completando y complementando desde el derecho positivo (culturalmente), a través de las distintas fuentes (tradiciones, costumbres, convenciones), en todas sus instancias (tanto nacionales como internacionales, tanto constitucionales como constituidas), los principios del derecho natural que descubrimos en la propia naturaleza racional y política del hombre. Por eso, en este punto es importante rescatar la idea clásica del derecho natural para aplicarla al derecho internacional o derecho de gentes, común a todos los hombres (derecho de gentes natural), que, como todo derecho natural, necesita ser positivizado (derecho de gentes positivo). Esto no significa volver a recrear el *ius gentium* romano o el *ius inter gentes* que los teólogos españoles del siglo XVI aplicaron para explicar la realidad del nuevo mundo, porque el tiempo no vuelve atrás y estas realidades responden a circunstancias históricas propias de su época, que son distintas a las actuales. Sin embargo, sin perjuicio de las circunstancias cambiantes y de las distintas concreciones, sí podemos beber en las fuentes de los principios universales que las animaron y que mantienen su validez y vigencia por fundarse en la misma naturaleza humana y de las cosas (humanas) que se siguen de ella.

Ahora bien, sin perjuicio de las distintas formas políticas y jurídicas que históricamente se puedan dar en la actualidad y en el futuro, podemos señalar como núcleo del nuevo *ius gentium* a la dignidad intrínseca de la persona humana, tanto en su dimensión individual como social, en su sustancialidad y en su relacionalidad, fundada en su naturaleza racional y política, con su ordenación al *bien común* (segundo elemento esencial de este núcleo) en sus distintos niveles de asociación hasta llegar a la comunidad política y a la comunidad internacional (organizadas subsidiaria y solidariamente), en tanto que al constituir el conjunto de condiciones que permiten el desarrollo de las personas, de las asociaciones menores y de la comunidad en su conjunto, es el mejor bien de la propia persona humana, al ser lo que le permite desarrollarse plenamente como tal, sin perjuicio del destino trascendente (y también comunitario) al que está llamada.³⁶

Bibliografía

- ALBAR ÁLVAREZ, Juan Pablo, *El derecho internacional de los derechos humanos y el derecho internacional humanitario*, Santiago de Chile, Legalpublishing, 2008.
- ALEXY, Robert, *El concepto y la naturaleza del derecho*, Madrid-Barcelona, Marcial Pons, 2008.

³⁶ Cf. Concilio Vaticano II, *Gaudium et Spes*, 26.

- _____, *El concepto y la validez del derecho*, Barcelona, Gedisa, 2008.
- BOBBIO, Norberto, "Sul fondamento dei diritti dell'uomo", *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, abril-junio, 1965.
- _____, *Estado, Gobierno y sociedad, por una teoría general de la política*, México, Fondo de Cultura Económica, 2010.
- CARRILLO SALCEDO, Juan Antonio, *Dignidad frente a barbarie - la Declaración Universal de Derechos, cincuenta años después*, Madrid, Trotta, 1999.
- CONCILIO VATICANO II, *Gaudium et Spes*, 26.
- DE ASIS, Rafael, *Las paradojas de los derechos fundamentales como límites al poder*, Madrid, Dykinson, 2000.
- DWORKIN, Ronald, *El dominio de la vida-una discusión acerca del aborto, la eutanasia y la libertad individual*, Barcelona, Ariel, 1998.
- _____, *Los derechos en serio*, Barcelona, Ariel, 1999.
- FERRAJOLI, Luigi, *Derechos y garantías, la ley del más débil*, Madrid, Trotta, 1999.
- _____, *Principia Iuris, II, Teoría de la democracia*, Madrid, Trotta, 2011.
- FINNIS, John, *Ley natural y derechos naturales*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2000.
- FIORAVANTI, Maurizio, "Estado y constitución", en Maurizio FIORAVANTI (ed.), *El Estado moderno en Europa, instituciones y derecho*, Madrid, Trotta, 2004.
- _____, *Los derechos fundamentales*, Madrid, Trotta, 2009.
- HABERMAS, Jürgen, "Las bases premorales del Estado liberal", diálogo con el filósofo Jürgen Habermas en la Academia de Baviera, enero de 2004, *La Nación*, 28 de junio de 2005.
- INNERARITY, Daniel, *Dialéctica de la modernidad*, Madrid, Rialp, 1989.
- KANT, Immanuel, *Hacia la paz perpetua. Un proyecto filosófico*, Buenos Aires, Prometeo, 2007.
- KAUFMANN, Arthur, *La filosofía del derecho en la posmodernidad*, Bogotá, Temis, 1998.
- KELSEN, Hans, *Teoría pura del derecho*, Buenos Aires, Eudeba, 1973.
- _____, *El Estado como integración. Una controversia de principio*, Madrid, Tecnos, 1997.
- LEOCATA, Francisco, "Las ideas iusfilosóficas de la ilustración", en *La codificación: raíces y prospectiva-El Código Napoleón*, Buenos Aires, Educa, 2003.
- MAQUIAVELO, *El príncipe*, Madrid, Espasa Calpe Austral, 2007.
- MASSINI CORREAS, Carlos Ignacio, *Constructivismo ético y justicia procedimental en John Rawls*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2004.
- NINO, Carlos S., *Ética y derechos humanos*, Buenos Aires, Paidós, 1984.
- RAWLS, John, *El derecho de gentes y una revisión de la idea de razón pública*, Barcelona, Paidós, 2001. (Título original: *The Law of peoples*, Harvard University Press, 1999).
- _____, *La justicia como equidad, una reformulación*, Barcelona, Paidós, 2002. (Título original: *Justice as Fairness*, Harvard University Press, 2001).
- DE AQUINO, Tomás, S. Th. 1ª, 2ª, Q. 94, 2.
- WEBER, Max, "Política y Ciencia", en *Obras Selectas, Max Weber*, Buenos Aires, Distal, 2010.
- ZAGREBELSKY, Gustavo, *El derecho dúctil*, Madrid, Trotta, 1995.

Maris Köpcke Tinturé* (Inglaterra)

Desafíos del *rule of law*

RESUMEN

Para afrontar adecuadamente los desafíos del *rule of law*, tanto teóricos como prácticos, es preciso entender que él es la fuente de muchos de dichos desafíos. Existen tres tipos de desafíos que surgen del mismo *rule of law*. El primero consiste en la tensión entre los principios del *rule of law*. Para entender el segundo y el tercero, aún más importantes, debemos percatarnos de que la razón de ser del *rule of law* es la justicia. La justicia determina cuándo y en qué medida deben realizarse los principios del *rule of law* –y cuándo y en qué medida no–. Porque aunque el *rule of law* puede servir a la justicia, también está en potencial tensión con ella. Concretamente, el *rule of law* facilita ciertas injusticias (el segundo tipo de desafío) y es incapaz de atajar ciertas otras injusticias (el tercer tipo de desafío).

Palabras clave: *Rule of law*, injusticia, sistema jurídico, razón de ser, bien común.

ZUSAMMENFASSUNG

Um auf die theoretischen und praktischen Herausforderungen, vor denen die Rule of law steht, angemessen reagieren zu können, muss man zunächst verstehen, dass die Ursachen für viele dieser Herausforderungen in ihr selbst zu suchen sind. Aus der Rule of law ergeben sich dreierlei Herausforderungen. Die erste liegt im Spannungsverhältnis zwischen den Grundsätzen der Rule of law selbst. Um die beiden anderen, die noch gewichtiger sind, zu verstehen, müssen wir uns vor Augen führen, dass die Raison d'être der Rule of law die Gerechtigkeit ist. Das Ideal der Gerechtigkeit bestimmt, wann und in welchem Umfang die Grundsätze der Rule of law erzielt werden sollen - und wann und in welchem Umfang nicht, denn die Rule of law kann zwar der Gerechtigkeit dienen, steht aber auch in einem potentiellen Spannungsverhältnis zu ihr. Namentlich kann die Rule of law gewisse

* Licenciada en Derecho, Esade; máster en Derecho, European Academy of Legal Theory y Harvard; doctora de Oxford, donde es profesora. Su tesis recibió el European Award for Legal Theory 2011. mkopcketinture@gmail.com.

La autora agradece los útiles comentarios y correcciones de Carlos Massini.

Ungerechtigkeiten ermöglichen (Herausforderung des zweiten Typs) oder nicht dazu in der Lage sein, bestimmten Ungerechtigkeiten Einhaltung zu gebieten (Herausforderung des dritten Typs).

Schlagwörter: Rule of law, Ungerechtigkeit, Rechtssystem, Raison d’être, Gemeinwohl.

ABSTRACT

In order adequately to deal with the theoretical and practical challenges to the rule of law we must understand that many of them stem from the rule of law itself. There are three types of such challenges. The first one results from the tension among the principles of the rule of law. The second and third ones, which are even more important, come into view once we realize that the *raison d’être* of the rule of law is justice. Justice determines when and to what extent the principles of the rule of law must be put into effect – and when and to what extent they must not. For, although the rule of law may serve justice, there is also a potential tension between the two ideals. Specifically, the rule of law facilitates certain forms of injustice (the second type of challenge) and is incapable of tackling others (the third type of challenge).

Keywords: Rule of law, injustice, legal system, *raison d’être*, common good.

1. Introducción

En estas jornadas se nos invita a reflexionar sobre el “*rule of law*” y “los desafíos de la hora presente”. Los desafíos al *rule of law* son muchos y diversos. Los había en los tiempos en que Aristóteles abogaba por el gobierno de la ley y no de un hombre,¹ expresión que hoy asociamos con el *rule of law*; y los hay en el mundo actual, en todo rincón del planeta en el que una comunidad de personas busca regular parte de su vida en común a través de un sistema de derecho. Hay desafíos al *rule of law* en el terreno de los hechos, generados por políticas o acciones que se llevan a cabo en una comunidad. Y hay desafíos teóricos, planteados por quienes no creen en la capacidad de un sistema jurídico de servir a la justicia –o por quienes, directamente, no creen en la justicia (por ejemplo, desde el escepticismo moral)–.

Para entender, valorar y afrontar adecuadamente los desafíos al *rule of law* es preciso darle la vuelta a la cuestión y centrarnos en este como fuente de muchos de los desafíos que le amenazan. El *rule of law* es un ideal complejo, repleto de tensiones internas que, mal entendidas o mal paliadas, dan alas –y a veces razón– a quienes lo desafían. Es un ideal desafiante, y solo si comprendemos los desafíos que surgen del propio *rule of law*

¹ Aristóteles, *Ética a Nicómaco*, trad. José Luis Calvo Martínez, Madrid, Alianza Editorial, 2001, vol. 6, 1134b, p. 168; Aristóteles, *The Politics of Aristotle*, trad. Benjamin Jowett, Oxford, Clarendon Press, 1885, III. 15, 1287a, p. 101 y III. 15, 1286a, pp. 98-9.

–los desafíos *del rule of law*– seremos capaces de dar respuesta a muchos problemas que afligen a nuestras comunidades, incluidos los desafíos *al rule of law*.

Es común, en el discurso filosófico, jurídico y político, apelar al *rule of law* a modo de mantra indiscutible, de contenido evidente y obvia justificación. Esa práctica, sin embargo, hace un flaco favor al *rule of law*, y a los valores que lo justifican, pues nos aparta de una comprensión inteligente de sus límites y riesgos, que son los que determinan en última instancia qué es, exactamente, lo que la técnica jurídica puede hacer (y qué no), y cómo puede hacerlo (y cómo no), en aras de promover la dignidad de las personas y por ende el bien común.

Dedicaré estas páginas a esbozar tres tipos de desafíos del *rule of law*, desafíos internos de la idea misma. En primer lugar, los principios que lo conforman pueden estar en tensión entre sí (sección 3). Pero sin duda los desafíos más importantes nacen de la posible tensión entre el *rule of law* y su propia razón de ser: la justicia. Y este tipo de tensión puede darse tanto en el sentido de que el *rule of law* facilita ciertas injusticias (sección 7) como en el sentido de que es *incapaz de atajar* ciertas otras injusticias (sección 8).

A esta comprensión del *rule of law* no se llega meramente mediante una enumeración de los principios que supuestamente lo componen, sino a través de un análisis de la naturaleza y el fundamento de dichos principios. Para entender *qué* son esos principios debemos comprender *para qué* tiene sentido invocarlos. Esta es la metodología propia del pensamiento jurídico clásico (“derecho natural”) y que seguiremos aquí, partiendo de una primera aproximación a los principios del *rule of law* según son comúnmente entendidos (sección 2), y adentrándonos gradualmente en su razón de ser (de la sección 3 en adelante).

2. Los principios del *rule of law*

En efecto, la idea del *rule of law* suele explicarse por referencia a una serie de principios que son considerados como sus ingredientes o componentes. Pues, en sí misma, la expresión “*rule of law*”, acuñada en el mundo anglosajón pero de raíces aristotélicas,² dice poco. Literalmente designa el gobierno del derecho: el estado de cosas en que una comunidad humana está gobernada por un sistema jurídico en lugar de estarlo, podríamos decir, por el mero arbitrio o capricho humanos. ¿Pero exactamente en qué consiste este estado de cosas? ¿Cómo determinar si en una comunidad gobierna el derecho?

A lo largo de los últimos siglos, diversos autores anglosajones han desglosado el *rule of law* en sendas listas de principios, listas con cierto solapamiento pero también diferencias

² Sobre la imposibilidad de traducir *rule of law* al castellano, y la relación entre este concepto y conceptos afines manejados por la tradición jurídica de Europa continental, ver Ricardo García Manrique, *El valor de la seguridad jurídica*, México, Fontamara, 2007, pp. 169-77.

importantes. La filosofía del derecho y la doctrina jurídica actuales predominantemente manejan una concepción del *rule of law* que cabe sintetizar en los siguientes principios:

- a) Que las normas sean generales (aplicables a más de una persona en más de una ocasión).
- b) Que las normas sean promulgadas.
- c) Que las normas sean prospectivas (no retroactivas).
- d) Que las normas sean claras y determinadas (no vagas).
- e) Que las normas sean coherentes entre sí (ausencia de conflictos normativos).
- f) Que las normas sean de posible cumplimiento.
- g) Que las normas sean estables (en el tiempo).
- h) Que haya congruencia entre las normas promulgadas y su aplicación oficial.

Esta concepción del *rule of law*, desarrollada entre otros por Fuller, Raz y Finnis,³ es a menudo denominada “formal” o “procedimental” (por oposición a una concepción “sustantiva” o “material” que incluiría entre los principios la garantía de ciertos bienes o derechos humanos).⁴ Dice Gardner que es más propio hablar de una concepción “modal”. Tiene razón este autor cuando apunta que la mayoría de los ocho principios hacen referencia al contenido de las normas y a cuestiones sustantivas, no solamente formales o procedimentales.⁵ Considera Gardner, sin embargo, que estos principios en su conjunto configuran el *modo o método* característico que emplea un sistema jurídico para perseguir cualesquiera que sean los fines que persigue.⁶ Hay mucha verdad en esta afirmación, aunque tendremos ocasión de matizarla más adelante (sección 5).

3. Primer tipo de desafíos del *rule of law*: los principios están en tensión entre sí

Expuestos así los ingredientes del *rule of law*, no resulta difícil apreciar que entre ellos pueden darse tensiones, como el mismo Fuller en su día ya apuntó.⁷ Por ejemplo, cuanto más generales las normas de un ordenamiento, seguramente menos posible resultará su cumplimiento para algunas personas, pues no todos tenemos las mismas

³ Lon Fuller, *The Morality of Law*, ed. rev., New Haven y London, Yale University Press, 1969; Joseph Raz, “The Rule of Law and its Virtue”, en *The Authority of Law*, Oxford, Oxford University Press, 1979, pp. 210 y ss.; John Finnis, *Natural Law and Natural Rights*, Oxford, Oxford University Press, 2011 [1980], pp. 270-4.

⁴ Paul Craig, “Formal and Substantive Conceptions of the Rule of Law: An Analytical Framework”, *Public Law*, 1997, pp. 467 y ss. Una concepción “sustantiva” del *rule of law* tiene poca utilidad ya que se confunde con una concepción de la justicia o el bien común; en este sentido ver Raz, “The Rule of Law and its Virtue”, *op. cit.*, p. 211.

⁵ John Gardner, *Law as a Leap of Faith*, Oxford, Oxford University Press, 2012, pp. 198-204.

⁶ *Ibid.*, pp. 205-11, 293.

⁷ Fuller, *op. cit.*, p. 45.

capacidades: sin ir más lejos, un recién nacido no puede cumplir las obligaciones que podemos cumplir los adultos. Además, la existencia misma de órganos oficiales –que, entre otras cosas, crean y aplican las normas– presupone la existencia de normas que los constituyen y que regulan la actividad de quienes ocupan sus cargos y no la del resto de la población: otro límite necesario a una generalidad extrema. Por otro lado, la formulación de normas tan claras que sean comprensibles sin más por el ciudadano, sin ser interpretadas a la luz de otras normas y doctrinas del sistema, puede engendrar conflictos normativos; y la facilidad de comprensión puede estar reñida con la determinación (ausencia de vaguedad) de la norma. Más allá, un ordenamiento absolutamente estable –estático– no tardaría en contener normas de difícil cumplimiento, dada la inevitable fluctuación de las circunstancias sociales. Y en cuanto introducimos cambios en el sistema, sobre todo por vía judicial, sacrificaremos en alguna medida la prospectividad de las normas y la congruencia entre su versión promulgada y su aplicación.

De estas observaciones se desprende que el cumplimiento de los principios del *rule of law* es necesariamente una *cuestión de grado*. Dicho de otro modo, no cabe cumplir cada uno de estos principios a la perfección. Y es que no solamente se darán conflictos entre principios, sino que en el caso de algunos principios un cumplimiento perfecto –aun en ausencia de conflictos– sería indeseable: es el caso, sin duda, de la generalidad y la estabilidad. Fuller recurrentemente insiste en que los principios no deben ser cumplidos a la perfección. Nos dice que la “perfección” en el *rule of law* es algo más “complejo” que una realización total de todos los principios.⁸ Estamos, por tanto, ante una serie de principios que ni pueden ni –parece– deben seguirse más allá de un límite. Pero que pueden y –se nos dice– deben seguirse hasta cierto punto. Su cumplimiento solo puede y –aparentemente– debe ser una cuestión de grado.

Todo ello pone de relieve la necesidad de entender los *criterios* en función de los cuales debe gradarse el cumplimiento de los principios del *rule of law*. Estos criterios de alguna manera están implícitos en la idea del *rule of law*. Se trata de una suerte de metaprincipios que gobiernan las ocasiones y la intensidad con que deben implementarse los principios. Entender el *rule of law*, por ende, requiere conocer estos metaprincipios; requiere entender el para qué del *rule of law*. ¿En qué consiste la normatividad de lo que hasta ahora vengo llamando sus “principios”? Si son mandatos o requisitos, ¿quién o qué los exige?

4. ¿Qué es el *rule of law*?

Estas preguntas básicas con frecuencia quedan relegadas a un segundo plano en los debates acerca del contenido de los principios del *rule of law*. Pero teóricos como Fuller, Raz o Gardner son, hasta cierto punto, conscientes de la importancia de estos cuestionamientos. Existe consenso entre estos autores y muchos otros en que un cumplimien-

⁸ *Ibid.*, p. 41 y, en general, todo el capítulo 2.

to mínimo de cada uno de los principios del *rule of law* es una condición necesaria para siquiera poder hablar de la *existencia* de un ordenamiento jurídico. No cabe duda de que sin un mínimo de generalidad, promulgación, prospectividad, claridad, coherencia, congruencia (y por tanto eficacia), etc., no es que estemos ante un mal sistema jurídico, sino que no estamos ante un sistema jurídico propiamente dicho.⁹

Más allá de este cumplimiento mínimo, sin embargo, cuanto mayor sea la observancia de los principios, mejor. Eso entienden estos autores y con ellos todos los defensores del *rule of law*. Es por eso que a los principios del *rule of law* se los califica de “desiderata”. El “cuanto más, mejor”, claro está, tiene su límite en los puntos de saturación referidos en la sección anterior: el cumplimiento exagerado no es deseable. Pero antes de llegar a estos puntos de saturación, y pasado el punto mínimo necesario para la existencia del sistema, el sistema que sea más conforme con el *rule of law* será *mejor* que el que lo sea menos.

¿Mejor en qué sentido? Mejor *en tanto que sistema jurídico*, responden estos autores. Un sistema jurídico es más jurídico cuanto más cumple con el *rule of law* (hasta llegar a la saturación): es “más verdaderamente derecho”¹⁰ o “*law at its most legal*”.¹¹ Raz califica al *rule of law* como la “virtud específica” del derecho,¹² Green habla de “excelencia interna”¹³ y Fuller de “excelencia legal”¹⁴ o “moral interna del derecho”.¹⁵ Gardner, a su vez, afirma que el caso central del derecho es aquel que cumple con el *rule of law*.¹⁶ Es parte de nuestro concepto de derecho, entiende este autor, que el *rule of law* es un ideal para el derecho, un ideal que lo constituye como género.¹⁷ Estas lecturas tienen su reflejo en la denominación misma del concepto: gobierno (*rule*) del derecho (*of law*), es decir, el derecho puesto en práctica o implementado. Por eso al *rule of law* también se le llama legalidad (*legality*).

Pero es importante no contentarse con una explicación *meramente* “conceptual” de la naturaleza del *rule of law*. Decir que el derecho que lo satisface es *más derecho* (mejor en tanto que derecho) no nos ofrece ningún criterio con base en el cual decidir cuándo la conformidad con el *rule of law* es deseable y cuándo deja de serlo. Y, lo que es más importante, es una afirmación difícil de sostener sin una explicación de por qué el ideal del *rule of law* –y no, por ejemplo, el ideal de rima– es un ideal interno del derecho. ¿Por qué el derecho que cumple el *rule of law* es más derecho, pero el derecho que rima no lo

⁹ *Ibid.*, p. 39.

¹⁰ *Ibid.*, p. 200; también dice este autor que “tanto las reglas como los sistemas jurídicos pueden existir a la mitad, y de hecho así lo hacen”, p. 122.

¹¹ Leslie Green, “Positivism and the Inseparability of Law and Morals”, *New York University Law Review*, núm. 83, 2008, p. 1051; en este sentido, Gardner dice “there is law and then there is *legal law*”; Gardner, *op. cit.*, p. 194.

¹² Raz, “The Rule of Law and its Virtue”, *op. cit.*, p. 226.

¹³ Green, *op. cit.*, p. 1051.

¹⁴ Fuller, *op. cit.*, pp. 41-2.

¹⁵ Una expresión recurrente a lo largo del libro; *ibid.*

¹⁶ Gardner, *op. cit.*, p. 228.

¹⁷ *Ibid.*, pp. 190-4.

es? No valdrá apelar a la práctica lingüística de quienes utilizan el término “derecho”, que no tiene ni la regularidad, ni la precisión ni, sobre todo, la relevancia teórica necesaria para fundamentar una afirmación sobre lo que hace al derecho más propiamente derecho.

5. La razón de ser del *rule of law*

A las concepciones de Gardner y Fuller (y otras), propiamente entendidas,¹⁸ subyace un argumento acerca de la razón de ser moral del *rule of law*, que a su vez forma parte de un argumento más general acerca de la razón de ser moral del derecho. Según este sensato argumento, de origen clásico, el derecho es un instrumento especialmente apto para realizar la justicia en una comunidad,¹⁹ y parte de lo que contribuye a su capacidad son las características que, debidamente desarrolladas, denominamos *rule of law*. Este argumento clásico, que aquí solo cabe esbozar, puede desglosarse en dos ideas. La primera es un juicio sobre la adecuación de un medio a un fin: (i) el derecho es *capaz* de servir a la promoción de la justicia. Y la segunda idea consiste en un juicio comparativo entre varios medios potencialmente adecuados al mismo fin: (ii) la capacidad del derecho es *mayor* que la de formas de organización social alternativas.

i) Nos enseña la teoría del derecho natural que para realizar la justicia en una comunidad política es preciso transformar las normas de justicia (que son normas morales) en directrices específicas que puedan guiar la conducta de un gran número de personas de forma predecible y que sean efectivamente cumplidas. Las normas morales deben ser concretadas (lo que Aquino llama *determinatio*) precisamente porque son vagas: lo que significa que tienen lagunas o que son infradeterminadas.²⁰ Por ejemplo, toda persona está moralmente obligada a contribuir de modo equitativo a los gastos de su comunidad, pero las normas morales de equidad no especifican con exactitud de qué modo debe contribuir, con qué regularidad y mediante qué procedimiento. También está moralmente prohibido lesionar a otra persona de modo negligente, pero las normas morales guardan silencio sobre cómo exactamente debe regularse el tráfico de una ciudad, por qué lado debe conducirse y cuál es el límite de velocidad en cada tramo. De entre muchas posibles opciones debe escogerse *una*, descartando las demás, y debe hacerse cumplir, si es preciso coercitivamente, pues de otro modo las obligaciones morales en cuestión

¹⁸ Como explico en Maris Köpcke Tinturé, “Concept and Purpose in Legal Theory: How to ‘Reclaim’ Fuller”, *The American Journal of Jurisprudence*, vol. 58, núm. 1, 2013, pp. 75 y ss.

¹⁹ Entendida la justicia como aquellos aspectos del bien común que conciernen los actos externos entre personas sobre los que legítimamente se extiende la jurisdicción coercitiva del derecho; ver John Finnis, “Aquinas’ Moral, Political, and Legal Philosophy”, *Stanford Encyclopaedia of Philosophy*, 2014 (versión corregida). Disponible en: <http://plato.stanford.edu/entries/aquinas-moral-political/>, sección 6.1.

²⁰ Influyentes desarrollos de la idea de infradeterminación moral se hallan en Finnis, *Natural Law and Natural Rights*, *op. cit.*, pp. 111-8; John Finnis, *Fundamentals of Ethics*, Washington, Georgetown, 1983, pp. 86-94; Joseph Raz, *The Morality of Freedom*, Oxford, Oxford University Press, 1986, capítulo 13. Sobre *determinatio*: Finnis, *op. cit.*, pp. 281-90.

no serán cumplidas y, por tanto, los correspondientes derechos morales de nuestros conciudadanos resultarán vulnerados.

El argumento expuesto en el párrafo anterior puede resumirse diciendo que la promoción de la justicia da lugar a problemas de coordinación.²¹ Un problema de coordinación, en el sentido que nos interesa aquí, es una situación en la que la consecución de un fin moralmente necesario requiere una conducta colectiva convergente, y hay más de un patrón de conducta colectiva que en principio podría de manera razonable servir a ese fin si fuera generalmente adoptado: por lo que es necesario seleccionar (*concretar*) públicamente uno de los patrones de conducta disponibles y hacerlo *cumplir*.

Como afirma la tesis (i), un sistema jurídico tiene la capacidad de hacer ambas cosas –concretar y hacer cumplir– y por tanto de contribuir a la solución de problemas de coordinación en aras de la justicia. Entre las características de un sistema jurídico que le otorgan esta capacidad destacan las que constituyen el *rule of law*. El *rule of law* supone (aunque no lo afirme expresamente) que las normas jurídicas son positivas, es decir, son creadas por actos humanos. La positividad del derecho permite que este concrete –rellene– las normas morales, cuyo contenido por hipótesis se ha agotado, y por tanto que personas de convicciones morales muy diversas puedan coincidir en identificar las directrices resultantes. La claridad y la promulgación, así mismo, contribuyen a la identificación pública y a gran escala de las directrices, y la congruencia entre la versión promulgada y la aplicada supone que los órganos del sistema las hacen cumplir. Para atajar los muy diversos problemas de justicia que surgen en múltiples áreas de la vida social, relacionando para ello cargas y beneficios a través del tiempo y el territorio, será necesario un sistema altamente coherente y que haga manejable la inevitable complejidad de su contenido mediante normas debidamente generales. La creación de directivas prospectivas y estables, que por sus características permitan al ciudadano planificar su vida en función del comportamiento esperado de los conciudadanos y órganos del sistema, es esencial para el respeto a la autonomía humana y el cultivo del tipo de reciprocidad entre gobernantes y gobernados que solo un sistema jurídico, mediante el *rule of law*, puede proporcionar.

Por ende, el derecho no solamente es *capaz* de contribuir a la solución de problemas de coordinación, como afirma la tesis (i), sino que lo es *especialmente*, como afirma la tesis (ii). Ello es así porque su capacidad es *mayor* que la de cualquier otro método de regulación social que carezca sustancialmente del *rule of law*, como la costumbre, la propaganda o las exhortaciones ad hoc. El derecho, por tanto, es especialmente apto para

²¹ Esta jerga es utilizada, por ejemplo, en Finnis, *Natural Law and Natural Rights*, *op. cit.*, capítulo 9; John Finnis, *Collected Essays*, vol. IV: *Philosophy of Law*, Oxford, Oxford University Press, 2011, cap. 2; Raz, *The Morality of Freedom*, *op. cit.*, pp. 30, 49 y ss. Como se indica en esta literatura, no debe confundirse esta concepción de un problema de coordinación con la concepción homónima desarrollada en la teoría de juegos: por ejemplo, Thomas Schelling, *The Strategy of Conflict*, New York, Oxford University Press, 1963, pp. 81 y ss.; David Lewis, *Convention: A Philosophical Study*, Oxford, Blackwell, 2002, 1969, pp. 8 y ss.; Edna Ullmann-Margalit, *The Emergence of Norms*, Oxford, Oxford University Press, 1977, pp. 78 y ss.

promover la justicia en una comunidad política, y lo es gracias, notablemente, al *rule of law*. En este sentido puede decirse que la *razón de ser* del derecho, y del *rule of law*, es la promoción de la justicia mediante la coordinación. Lo que no significa, claro está, que el *rule of law* o el derecho *por sí solos* puedan realizar la justicia, y menos el bien común, pero sí que son instrumentos necesarios a tal efecto. Si deseamos expresar estas ideas en lenguaje “conceptual”, diremos que el derecho justo, que por tanto cumple el *rule of law*, es “más derecho” o es el “caso central” del derecho; y que la justicia y (como elemento suyo) el *rule of law* son ideales constitutivos del concepto de derecho.

Hemos localizado, de este modo, aquellos criterios o metaprincipios implícitos en el *rule of law* que determinan por qué y cuándo debemos realizar los principios. Los criterios en cuestión son criterios (morales) de justicia. Los principios del *rule of law*, más que requisitos conceptuales, son exigencias de justicia (por encima del cumplimiento mínimo necesario para la existencia del sistema). Esa es su naturaleza y esa es la fuente de su normatividad: lo que los hace deseables, *desiderata*.²² Debemos cumplir con ellos en tanto sirvan al fin que les es propio, el fin moralmente necesario al que son especialmente capaces de servir: la justicia. Y en tanto no lo hagan, debemos quebrantarlos o ignorarlos.

6. Tensiones entre el *rule of law* y su razón de ser

Decir esto, claro está, no es decir mucho desde el punto de vista práctico. Debe cumplirse el *rule of law* solo cuando produce justicia. ¿Pero cómo determinar cuándo ello es así? ¿Cómo saber en qué circunstancias cada elemento del *rule of law* contribuye a la justicia y en qué circunstancias la obstaculiza a fin de adecuar el diseño de nuestras normas y políticas jurídicas? La respuesta es compleja y no puede formularse de manera general. Mi cometido en estas páginas es el de explicar por qué la respuesta es compleja y sentar algunas de las bases para realizar el tipo de investigación detallada que es necesaria con respecto a todo (posible) ámbito de regulación jurídica.

Y la respuesta a estas preguntas es compleja porque así lo es la relación entre el *rule of law* y su razón de ser. De hecho, es una relación tumultuosa.

Para empezar, la relación entre *rule of law* y justicia es algo más que la relación entre un medio y un fin. El *rule of law* no es solamente el *modus operandi* característico de los sistemas jurídicos (como dice Gardner), y que servirá de *método* para alcanzar el *fin* de la justicia. El *rule of law* es método pero, contrariamente a lo que sugiere Gardner,²³ es también parte del fin. Pues el respeto por la autonomía humana, la imparcialidad en la

²² Fuller no articula claramente la idea de que la justicia es la razón de ser del *rule of law*. Ello es, creo, porque Fuller centra su atención en las *diferencias* entre el *rule of law* (al que llama “moral interna” del derecho) y la justicia (a la que llama “moral externa” o “fines sustantivos” del derecho); Fuller, *The Morality of Law*, *op. cit.*, especialmente el capítulo 4.

²³ Como indicábamos al final de la sección 2.

resolución de conflictos y la reciprocidad en la cooperación entre ciudadanos y gobernantes son en sí mismos aspectos esenciales de la justicia en una comunidad política.²⁴

Sin embargo, también pueden darse marcadas *tensiones* entre el *rule of law* y la justicia. Algunas tensiones han ocupado especialmente a la literatura. Es concebible, nos dicen algunos autores, que un sistema jurídico cumpla con el *rule of law* y, a pesar de ello, sea fundamentalmente injusto; después de todo, el *rule of law* es condición necesaria pero no suficiente de la justicia. Cumplir con él no garantiza un sistema justo en todos los respects. Puede darse, al menos en teoría, un respeto riguroso del *rule of law* en la creación y aplicación de normas de contenido perverso. ¿Pero es probable que ello ocurra? ¿Históricamente los regímenes injustos han respetado el *rule of law*? ¿Tiene un régimen injusto razones coherentes para respetarlo? Y si un régimen injusto de hecho lo respeta, ¿esto último mitiga su injusticia, aunque sea muy poco? ¿O, por el contrario, el *rule of law* no hace más que aumentar la injusticia resultante al dotar de eficacia a los malvados propósitos, del mismo modo que un cuchillo afilado incrementa la eficacia del asesino? Son estas las cuestiones principales sobre las que giró el famoso debate entre Hart y Fuller, y a las que otros muchos han realizado aportaciones.²⁵

Pero, en el fondo, estas cuestiones desvían nuestra atención del verdadero epicentro de la tensión entre el *rule of law* y la justicia. Estos autores se contentan con preguntar si puede darse injusticia *a pesar del rule of law*. Pero deberían preguntarse si puede darse injusticia *a causa* del mismo: es decir, si hay algo en el *rule of law* que hace que un sistema jurídico que lo cumple sea especialmente proclive o propenso a determinados tipos de injusticia. Si ello fuera así, estaríamos ante riesgos inherentes al *rule of law*, riesgos que serían la otra cara de la moneda de las muchas virtudes que tantos autores se han esforzado en destacar.²⁶

En las secciones que siguen sostengo que, efectivamente, existen riesgos de injusticia inherentes al *rule of law*. Al igual que una potente medicina, el *rule of law* tiene grandes virtudes pero es preciso saber en qué dosis y en qué ocasiones la debemos aplicar, pues de otro modo su uso dejará de responder a su razón de ser y puede llegar a traicionarla. No disponemos de un prospecto de instrucciones para el uso del *rule of law*. Nos incumbe, por tanto, desarrollarlo, y la forma de comenzar es reconocer los distintos tipos de riesgos inherentes al *rule of law*. Hemos hecho hincapié, más arriba (sección 3), en

²⁴ Son reflexiones implícitas en Fuller, que Finnis desarrolla con mucha mayor claridad; Finnis, *Natural Law and Natural Rights*, *op. cit.*, p. 274.

²⁵ Fuller, *op. cit.*; Herbert Hart, *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, Oxford, Clarendon Press, 1963, cap. 16; Raz, "The Rule of Law and its Virtue", *op. cit.*; Matthew Kramer, *In Defence of Legal Positivism: Law Without Trimmings*, Oxford, Oxford University Press, 1999, cap. 3; Nigel Simmonds, *Law as a Moral Idea*, Oxford, Oxford University Press, 2007, cap. 3.

²⁶ Esto no equivale a la afirmación raziana de que el *rule of law* es una "virtud negativa", lo que significa para este autor que la conformidad con el *rule of law* no produce un bien sino que evita un mal, un mal que solo puede ser causado por el derecho mismo (Raz, "The Rule of Law and its Virtue", *op. cit.*, 224). Mi interés reside en los posibles males que causa el propio *rule of law*, y cuya prevención o reducción puede requerir dejarlo de lado en lugar de utilizarlo.

un primer tipo de riesgo: la tensión entre principios (un exceso de un principio puede llegar a frustrar otro principio y con ello el *rule of law*). Estamos ahora en disposición de articular el segundo y tercer tipo de riesgos, que nacen de la tensión entre el *rule of law* y su razón de ser: la justicia. Me ocuparé de estos riesgos en las secciones 7 y 8 respectivamente. Se trata de los riesgos –los desafíos– más importantes, y los más olvidados: por un lado, el riesgo de que el *rule of law* facilite ciertas formas de injusticia y, por otro lado, el riesgo de que sea *incapaz de atajar* injusticias de determinada clase.

7. Segundo tipo de desafíos del *rule of law*: facilita ciertas formas de injusticia

Ya hemos apuntado antes, de paso, un modo obvio en el que cumplir con el *rule of law* puede generar injusticia: la realización exagerada de alguno de sus principios (secciones 3 y 4). Nos hemos hecho eco de la recurrente observación de Fuller, pacífica en la literatura, de que no es deseable implementar los principios más allá de un límite, una suerte de punto de saturación.

Pero es conveniente no centrar nuestra atención en escenarios extremos y por ello muchas veces sobresimplificados. Es importante percatarnos de que el cumplimiento del *rule of law* en circunstancias cotidianas, y en grado aparentemente debido, puede también ser fuente de injusticia, en los sentidos que explicaré. A tal efecto desglosaré algunos elementos del *rule of law* (aunque están estrechamente relacionados) e indicaré algunos de sus respectivos riesgos, cuya materialización fácilmente abundará en un sistema jurídico. Me concentraré en los elementos de positividad (7.1), generalidad (7.2), promulgación (7.3) y congruencia (7.4), y complementaré el análisis con una reflexión acerca de los mecanismos con que el derecho mismo puede paliar o minimizar estos riesgos (7.5).

7.1. Desafíos de la positividad

El *rule of law* presupone que el derecho es un producto de actos humanos: que es positivo.²⁷ La positividad del derecho, y concretamente el hecho de que las normas jurídicas predominantemente sean creadas por actos deliberados (ejercicios de autoridad), es una de las claves de la capacidad de todo sistema jurídico de solucionar problemas de coordinación. Ello es así porque las normas morales, por sí mismas, son demasiado vagas y controvertidas para proporcionar las concretas pautas de conducta colectiva que requerimos. El derecho es un artefacto, y esa es una de sus virtudes. Es moralmen-

²⁷ Como apuntábamos más arriba (sección 5).

te necesario que la validez jurídica de una norma no dependa (necesariamente)²⁸ de consideraciones morales.²⁹

Pero los riesgos de la positividad son evidentes. El bien común requiere virtud moral, incluso más allá de la justicia, pero el ser humano es moralmente falible, y así lo es toda creación suya, comprendidas las normas jurídicas. Que la validez jurídica de una norma no dependa de su corrección moral implica que normas inmorales pueden ser válidas. Es una posibilidad en la que Hart, Fuller y muchos otros han hecho hincapié, generalmente para demostrar que el *rule of law* no es garantía *suficiente* de la justicia. Pero cabe expresarlo más contundentemente. La posibilidad de normas inmorales válidas es *facilitada* precisamente por el *rule of law*: en concreto por la positividad, una característica que en el fondo es una virtud pero que puede acarrear este precio. Y lo acarreará muchas veces, pues un sistema capaz de coordinar a gran escala de modo eficaz debe gozar de supremacía en un amplio territorio; cuanta más supremacía, más cuestiones importantes en juego y, por tanto, en manos de quienes gobiernan, lo que incrementará la tentación de muchos de corromper o abusar del poder.

7.2. Desafíos de la generalidad

No hay derecho sin normas generales: normas aplicables a más de una persona en más de una ocasión, normas que no llevan nombres propios y que dispensan un mismo trato a *categorías* de personas y de situaciones. Como bien explica Schauer, una norma general –una regla– supone una generalización que ha sido diseñada para servir a una justificación de fondo, pero que en tanto que regla opera independientemente de esa justificación y puede no servirla.³⁰ La regla no sirve a la justificación en la medida en que es *supra* e *infraincluyente* y, por tanto, incluye y excluye situaciones que no debiera (a la luz de la justificación). Por ejemplo, la prohibición de hablar por el teléfono móvil mientras se conduce, cuya justificación es evitar distracciones, es *supraincluyente* con respecto al experto conductor capaz de controlar el volante mientras habla por teléfono en una calle vacía y es *infraincluyente* con respecto al conductor que se distrae al escuchar música fuerte. La generalidad implica *supra* e *infrainclusión*: un riesgo latente

²⁸ El paréntesis da cabida a la posición teórica (a veces llamada, confusamente, “positivismo jurídico incluyente”) según la cual es posible que una norma jurídica que confiere poderes, creada por un acto humano, establezca que una consideración moral es criterio de validez jurídica de otra norma o acto. Con todo, en un sistema capaz de coordinar este escenario será la excepción, no la regla.

²⁹ Desarrollo esta idea en Maris Köpcke Tinturé, “Finnis on Legal and Moral Obligation”, en Robert George y John Keown (eds.), *Reason, Morality and Law: The Philosophy of John Finnis*, Oxford, Oxford University Press, 2013, secciones II y III.

³⁰ Fred Schauer, *Thinking Like a Lawyer*, Cambridge MA, Harvard University Press, 2009, cap. 2, especialmente p. 16; Fred Schauer, “Rules and the Rule of Law”, *Harvard Journal of Law and Public Policy*, núm. 14, 1991, p. 349.

de injusticia, en tanto que supone dispensar un trato equivalente a lo que moralmente no lo es, o viceversa.³¹

Mientras que el riesgo de la positividad se materializa a causa de la falibilidad humana, y por tanto es teóricamente evitable, el riesgo de la generalidad es inherente a la estructura lógica del gobierno mediante reglas. Es un riesgo que puede reducirse pero no eliminarse. Schauer y Alexander, entre otros, han insistido correctamente en que la supra e infrainclusión no son defectos de las reglas sino características que hasta las mejores reglas jurídicas están condenadas a exhibir.³² Y es que la razón de ser del derecho es trazar líneas más allá de donde las traza la moral: tramos impositivos, edades mínimas de consentimiento, límites de velocidad, formalidades registrales, etc. En ello, precisamente, consiste la coordinación (sección 5).

7.3. Desafíos de la promulgación

La promulgación supone la articulación de una norma en forma pública. Aunque en teoría podría distinguirse entre la creación (válida) de una norma y su promulgación (pública), en todo sistema jurídico desarrollado ambas cuestiones tenderán a solaparse. Pues un sistema jurídico no puede existir, y mucho menos coordinar adecuadamente, sin que haya un consenso en la comunidad respecto a cuáles son los criterios de validez de las normas y los negocios jurídicos del sistema. Y dicho consenso solo puede darse si los criterios de validez predominantemente hacen referencia a características relativamente destacadas y fáciles de identificar por individuos distintos a través del tiempo, es decir, públicas: por ejemplo la publicación en diario oficial, la inscripción, la escritura, la declaración ante testigos u otros modos de expresión –promulgación– de la voluntad originante.

Dicho de otro modo, es moralmente necesario que un sistema jurídico cuente con un método relativamente público y, por tanto, fiable de *identificar* el significado jurídico de los actos humanos: de distinguir lo que es un ejercicio de poder jurídico y lo que no. La identificación del derecho da lugar a un problema de coordinación de segundo orden. Es un problema que responde a la necesidad de tener certeza sobre cuál es la “voz” del derecho, lo que a su vez es necesario para que el derecho pueda *concretar* la solución a los muchos y entrelazados problemas de coordinación de la vida social.

Pero el hecho de que el significado jurídico de un acto dependa de su expresión o registro por un método determinado –en definitiva, de su forma– implica que no siempre el significado jurídico de nuestros actos será aquel que le queríamos dar, sobre todo en la esfera de los negocios jurídicos. Un simple error puede hacer que la forma no coincida con la voluntad originante. Expectativas legítimas pueden verse frustradas injustamente por un defecto de forma, por un retraso en la inscripción, o por un lapsus linguae que

³¹ Suponiendo que la justificación de la regla responda a las normas de justicia.

³² Schauer, “Rules and the Rule of Law”, *op. cit.*; Larry Alexander, “The Gap”, *Harvard Journal of Law and Public Policy*, núm. 14, 1991, pp. 695 y ss.

los presentes comprendieron pero la seguridad jurídica no permite al derecho pasar por alto. A la inversa, la forma puede dotar de significado jurídico a actos que no pretendían tenerlo, incluso actos involuntarios. Uno puede adquirir un producto en *e-bay* como consecuencia de hacer, sin culpa, un clic en un lugar equivocado, y quedar obligado por el contrato. Y un diputado puede acabar votando por una proposición de ley al cruzar equivocadamente el umbral del “sí”.

En circunstancias en que la certeza es vital, un sistema jurídico puede llegar a otorgar prioridad jurídica a la forma –a la apariencia– por encima del contenido, aun cuando este sea contrario a derecho: es el caso de ciertas inscripciones registrales o resoluciones *ultra vires* o incursas en error de derecho, una vez que alcanzan el estatus de cosa juzgada.

7.4. Desafíos de la congruencia

El derecho promulgado debe ser el que efectivamente se aplique por los tribunales y demás órganos de aplicación. Ello requiere que estos órganos correctamente identifiquen y den efecto a aquellas normas jurídicas que se corresponden con los hechos que deben juzgar, y para ello es preciso (entre otras cosas) que adquieran conocimiento de los mismos. Esta última tarea, sin embargo, no es fácil. Los hechos jurídicamente relevantes en general se hallan en el pasado y, muchas veces, consisten en estados mentales pretéritos: intención, advertencia, consentimiento, etc. De hecho, cuanto más grave la potencial consecuencia jurídica, más relevancia jurídica suelen tener los estados mentales pretéritos, empezando por los delitos graves –y es de justicia que sea así–. Oliver Wendell Holmes llegó a decir que el estado mental pretérito de un sujeto nunca tiene relevancia jurídica por más que las normas así lo declaren: porque en realidad se nos juzga siempre, en mayor o menor medida, a través de la comparación entre nuestro comportamiento y el de un individuo medio o tipo, realizando inferencias sobre lo que *probablemente* fue nuestro estado mental –al que ya nadie tiene acceso, ni nosotros mismos–.³³ Aunque quizá algo exagerada, la observación de Holmes pone de relieve algunas de las dificultades con que se topa la empresa de averiguar la verdad en el contexto probatorio.

Los sistemas jurídicos deben y suelen tener mecanismos encaminados a facilitar la averiguación de la verdad. Paradójicamente, sin embargo, la utilización de algunos de estos mecanismos puede apartarnos de la verdad en lugar de acercarnos a ella, y así desembocar en decisiones erróneas y por tanto injustas. Es el caso, por ejemplo, de ciertas garantías procesales y presunciones. Muchas garantías procesales están encaminadas (entre otras cosas) al descubrimiento de la verdad. Pertenecen a esta categoría el derecho a ser oído, el principio contradictorio, la representación legal, la restricción de métodos interrogatorios o incluso el derecho a no autoinculparse (en tanto que reduce la incidencia de falsas confesiones inducidas por presión policial). Pero no hay duda de que el

³³ Oliver Wendell Holmes, *The Common Law*, Cambridge MA, Harvard University Press, 2009 [1881], especialmente Lecture II.

disfrute de estas (y otras) garantías procesales puede convertirse en abuso, si se utiliza por las partes para bloquear el acceso a pruebas u ocasiones de interrogación decisivas.

Las presunciones, a su vez, son uno de los mecanismos con que los sistemas jurídicos gestionan la incerteza en el ámbito de la prueba. Existen varios tipos de presunciones, y la razón de ser de algunas de ellas es facilitar el acceso a la verdad (otras responden al principio *in dubio pro reo*). Este tipo de presunciones nos dirigen a aquella conclusión que es más probable, siempre en función de una generalización: piénsese en las presunciones que regulan la prueba indiciaria, o las que identifican ciertos tipos de prueba como poco fiables. En tanto que generalizaciones, sin embargo, son susceptibles de error, y cuando no admiten prueba en contrario (*iuris et de iure*) eliminan todo cauce para corregirlo.

7.5. Mecanismos de prevención y curación

¿Pueden paliarse estos riesgos o desafíos? Todo sistema jurídico es capaz de regularse a sí mismo y, de hecho, siempre lo hace en mayor o menor medida (Hart hablaba de normas secundarias:³⁴ normas sobre normas). En principio, por tanto, un sistema puede instaurar mecanismos para prevenir, o al menos curar, injusticias varias derivadas del *rule of law* como las que vengo enumerando.

Sin embargo, la posibilidad de mitigar los riesgos del *rule of law* mediante mecanismos de prevención y curación *jurídicos* está sujeta a un doble límite, como veremos en este apartado. En primer lugar, estos mecanismos serán ellos mismos hijos del derecho, y por tanto estarán potencialmente sujetos a los mismos riesgos que buscan paliar. Y en segundo lugar, un uso indiscriminado de estos mecanismos comprometería la eficacia, y con ello la autoridad, de un sistema jurídico. La conclusión a que esto lleva es que, por mucho que se intente, no es posible erradicar el potencial de injusticia que reside en el seno de un sistema jurídico, especialmente dada la falibilidad moral humana pero incluso sin ella. El derecho es un instrumento valioso, pero que no puede realizar su cometido moral sin que exista una posibilidad permanente de que decisiones injustas en los sentidos apuntados adquieran validez y firmeza dentro del sistema. Justamente por ello es esencial que el derecho minimice su propio potencial de injusticia, cosa que es capaz de hacer. De ahí la importancia (aunque también los límites) de los mecanismos jurídicos de prevención y curación.

De entre las injusticias facilitadas por el *rule of law*, son susceptibles de prevención aquellas que tienen su origen en actos humanos perversos que el sistema se arriesga a refrendar (dada, especialmente, la positividad de derecho). En cambio, las injusticias generadas como efecto colateral de la operación del sistema, derivadas de la generalidad, promulgación o congruencia, se darán incluso cuando las normas en cuestión sean moralmente impecables. En este sentido, no son susceptibles de prevención, solo de curación.

Para *prevenir* que los órganos creadores y aplicadores del derecho abusen de su poder en beneficio de intereses sectarios, o simplemente lo utilicen de forma equivocada,

³⁴ Herbert Hart, *The Concept of Law*, Oxford, Clarendon Press, 1994 [1961], capítulo 5.

el recurso clásico es la división de este poder. Aristóteles se refería al *rule of law* como el gobierno de la ley y *no de un [solo] hombre*, resaltando las virtudes del reparto de responsabilidades entre muchos sobre su concentración en pocos.³⁵

Un sistema jurídico puede dividir la responsabilidad en la creación y aplicación del derecho de modo vertical y horizontal. La división vertical es aquella que tiene lugar a lo largo de la jerarquía normativa. Una norma superior (por ejemplo, la constitución) sienta las bases de la regulación de una materia (por ejemplo, derechos fundamentales) pero deja que sean normas inferiores las que –con sujeción a lo dispuesto en la superior– desarrollen los detalles de esta regulación (normas, por ejemplo, creadas por legislador ordinario, que a su vez podrá encomendar el desarrollo ulterior a un órgano administrativo). El último eslabón (posible) de esta cadena de desarrollo –de *determinatio*– es la decisión del juez, que será más o menos creadora en función del grado de discreción que le otorguen las normas por aplicar.

Los eslabones en la jerarquía normativa casi siempre van acompañados de discreción. La discreción es (simplificadamente) el margen de decisión que el órgano superior otorga al inferior para que este desarrolle la norma superior del modo más oportuno, dentro de los límites trazados por esta. Muchas veces está indicado encomendar la concreción progresiva de una norma a las decisiones de órganos distintos, a través del tiempo, otorgándoles a tal efecto discreción. De lo contrario, deberíamos incluir todo el posible detalle de la norma en su formulación original (por ejemplo, en la constitución). Sea o no ello técnicamente factible, hay buenas razones para evitarlo. Estas razones van más allá del peligro de acumular poder en pocas manos, e incluyen la especialización (un órgano administrativo técnico resolverá mejor sobre materias especializadas que el constituyente), la proximidad (un juez está más cerca de los hechos que el legislador), y la adaptación temporal (la coyuntura económica actual era desconocida por el constituyente). En tanto que estas razones gobiernan la estructura de la jerarquía normativa, se confiere poder creador del derecho a quien está en mejor disposición de usarlo correctamente –de tomar decisiones justas–.

Por supuesto, esto no *garantiza* que las vaya a tomar. Y no hay que olvidar, además, el precio que pagamos por fragmentar la jerarquía normativa en sendos escalones, cada uno con su ámbito de discreción. La discreción supone vaguedad de las normas autorizantes y la vaguedad es lo contrario a la determinación. Aunque el uso de normas vagas puede ser un valioso mecanismo para asignar responsabilidades dentro de un sistema,³⁶ también conlleva sus propios problemas, que además son mermas del *rule of law*: en especial, la falta de predictibilidad (de la decisión inferior), la retroactividad en la aplicación y la inconsistencia entre decisiones discrecionales de distintos órganos respecto a la misma norma (donde un juez condena, el otro absuelve).

³⁵ Aristóteles, *Politics*, *op. cit.*, 1286a, p. 99 y 1287b, p. 103.

³⁶ Timothy Endicott, “The Value of Vagueness”, en Andrei Marmor y Scott Soames (eds.), *Philosophical Foundations of Language in the Law*, Oxford, Oxford University Press, 2011, pp. 14 y ss.

La división horizontal de competencias va en función de la materia. Solemos encontrar este tipo de división tanto entre órganos administrativos como judiciales. No hay duda de que este tipo de división conviene por razones de especialización y proximidad, entre otras. Pero, al mismo tiempo, supone una compartimentación –un trazado de líneas– mediante reglas de jurisdicción y competencia supra e infraincluyentes y que pueden, por ese y otros motivos, poner trabas a la consecución de fines legítimos.

Queda por considerar si aquellas injusticias facilitadas por el *rule of law* que no se pueden prevenir, o que de hecho no se han prevenido, pueden ser objeto de curación o rectificación por parte de mecanismos del propio sistema. Es bien sabido que todo sistema jurídico desarrollado tiene mecanismos de autoevaluación, es decir, mecanismos jurídicos de evaluación de decisiones jurídicas. Los mecanismos de autoevaluación son normalmente judiciales: por ejemplo, el recurso contra resoluciones administrativas, la apelación de resoluciones judiciales frente a tribunales superiores, la impugnación de negocios jurídicos o la demanda de responsabilidad a un órgano estatal. Cuanto más amplio el abanico de motivos de impugnación admisibles en cada procedimiento, y más laxos los demás requisitos, más injusticias del *rule of law* podrán en principio ser rectificadas.

El problema, sin embargo, es que una posibilidad indiscriminada de impugnación es incompatible con el cometido moral del sistema y con su existencia misma. Para empezar, un sistema jurídico no puede aceptar de forma rutinaria la impugnación de actos que cumplen con los criterios de validez establecidos por el propio sistema, pues estaría incurriendo en una fundamental incoherencia y así disolviendo su autoridad. (Ello no quita que puedan instaurarse mecanismos excepcionales para la revisión de decisiones válidas pero injustas, acaso por un tribunal supremo, o sobre la base de doctrinas residuales como el abuso de derecho.) Pero incluso las decisiones contrarias a criterios de validez, o que incurren en error de hecho, deben poder adquirir firmeza. Sin esa estabilidad, el ordenamiento no podrá proporcionar a las personas ese mínimo de certeza acerca de sus relaciones con los demás que demanda el respeto a la autonomía individual. Es de justicia poner fin a las disputas, incluso a costa de finalizarlas (a veces) injustamente.

8. Tercer tipo de desafíos del *rule of law*: es incapaz de atajar ciertas formas de injusticia

Hemos visto en la sección 7 que elementos centrales del *rule of law* tienden a facilitar ciertas formas de injusticia, que podemos minimizar –aunque no evitar completamente– si desplegamos las herramientas del *rule of law* de forma adecuada y con plena conciencia de sus límites. Precisamente porque el *rule of law* tiene límites, porque a veces puede hacer más mal que bien, es un instrumento apropiado para regular solo determinados problemas de la vida social. Existen ciertos problemas sociales –injusticias– que es preferible solventar al margen del *rule of law*, y por tanto al margen del derecho. Y ello no porque dichas injusticias no sean lo suficientemente graves, sino

porque al regularlas jurídicamente las convertiríamos en injusticias mayores. He aquí, entonces, el tercer tipo de desafío del *rule of law*: su impotencia a la hora de atajar algunas graves injusticias sociales.

No cabe realizar un catálogo *general* de injusticias que deben permanecer fuera de la jurisdicción coercitiva del derecho. La relación entre las virtudes y los riesgos del *rule of law* está en función de la materia que pretendemos regular y de cómo pretendemos regularla. La ponderación de las virtudes y los riesgos, incluidos los mecanismos de prevención y curación, es un trabajo que incumbe a todo aquel que reflexiona críticamente sobre cualquier rama del ordenamiento jurídico existente.

A modo de ilustración ofreceré unas breves observaciones referidas al derecho penal, un ámbito en que los límites del *rule of law* se manifiestan de forma acuciante. Se han escrito muchas páginas sobre si deben criminalizarse conductas inmorales que no causan daño a nadie, o que solo dañan al propio actor.³⁷ No obstante, hay conductas inmorales que sí dañan a otros –que son propiamente injusticias– pero que a pesar de ello no se prestan a ser criminalizadas, o a serlo completamente. Consideremos, por ejemplo, la producción injustificada y culpable de daño psicológico a otro, por un método puramente psicológico (es decir, sin tocarlo). El daño puede ser devastador y la culpa grave. El método causatorio muchas veces será el habla. Sin embargo, la regulación penal de esta conducta deberá lidiar con una importante dificultad: la de aislar las instancias injustas de conducta psicológicamente dañina de las muchas instancias en que es razonable, incluso moralmente debido, arriesgarse a dañar a otro psicológicamente al interactuar con él, por ejemplo en un contexto educativo, terapéutico, de difusión de información o de defensa de ideas –un riesgo presente en especial en sociedades multiculturales–.

El dilema que se presenta es el siguiente. Si la norma penal en cuestión se formula de modo vago, apelando a ideas de “razonabilidad” o “justificación” con el fin de excluir las instancias de conducta razonable, ofrecerá tan poca previsibilidad que terminará por mermar el disfrute de la libertad de expresión y con ello el desarrollo y la crítica de ideas, además de estar sujeta su aplicación en cada caso al arbitrio del aplicador, con el consiguiente riesgo de decisiones inconsistentes –sin hablar de posibles errores en la apreciación de las pruebas, especialmente susceptibles de manipulación en este ámbito–. Si, por el contrario, el ámbito de la norma se restringe a determinado tipo de víctimas (¿menores?), o de actores (¿personas en posición de autoridad? ¿familiares?), o de contextos (¿laboral?), o de métodos (¿gritar?), para así cumplir con el *rule of law*, será inaceptablemente supra e infraincluyente desde el punto de vista moral, además de rezumar prejuicio.

De estas reflexiones no se sigue que el daño psicológico o injusticias afines, y de creciente interés social, como el *bullying*, el *harassment*, el *stalking* o la violencia doméstica deban quedar al margen del derecho penal. Lo que se sigue de estas reflexiones es que

³⁷ Por ejemplo, Joel Feinberg, *Offense to Others*, New York, Oxford University Press, 1985; Joel Feinberg, *Harm to Self*, New York, Oxford University Press, 1986; Raz, *The Morality of Freedom*, *op. cit.*, especialmente caps. 14 y 15.

deben analizarse cuidadosamente los límites del *rule of law* antes de decidir si, y cómo, y cuándo, estas injusticias deben ser objeto de prohibición penal.³⁸ Es posible que una comunidad justa solo pueda aspirar a criminalizar parte de estas conductas: por ejemplo, la producción de daño psicológico grave (menos veces razonable y previsible), o mediante contacto físico (menos cotidiano), o mediante conducta repetitiva y extendida en el tiempo (más ocasión para reconsiderar), o de modo intencionado (no meramente previsto). Afirmar que determinadas injusticias no deben atajarse mediante el *rule of law*, al menos en su versión penal, no es dudar de la gravedad de las mismas, ni tampoco del valor del *rule of law*. Al contrario, es entender que el *rule of law* tiene valor en tanto que sirve a su razón de ser, y que no siempre lo hace. Es entender que el *rule of law* es un ideal más complejo de lo que lo ha pintado la literatura, y que algunos de sus elementos más valiosos son también susceptibles de perversión. Es aceptar los desafíos del *rule of law* y centrarse en potenciar sus capacidades, indispensables para hacer frente a los muchos desafíos que la vida social depara al bien común, a la justicia, y al propio *rule of law*.

Bibliografía

- ALEXANDER, Larry, "The Gap", *Harvard Journal of Law and Public Policy*, núm. 14, 1991, pp. 695 y ss.
- ARISTÓTELES, *The Politics of Aristotle*, trad. Benjamin Jowett, Oxford, Clarendon Press, 1885.
- _____, *Ética a Nicómaco*, trad. José Luis Calvo Martínez, Madrid, Alianza Editorial, 2001.
- CRAIG, Paul, "Formal and Substantive Conceptions of the Rule of Law: An Analytical Framework", *Public Law*, 1997, pp. 467 y ss.
- ENDICOTT, Timothy, "The Value of Vagueness", en Andrei MARMOR y Scott SOAMES (eds.), *Philosophical Foundations of Language in the Law*, Oxford, Oxford University Press, 2011.
- FEINBERG, Joel, *Offense to Others*, New York, Oxford University Press, 1985.
- _____, *Harm to Self*, New York, Oxford University Press, 1986.
- FINNIS, John, *Natural Law and Natural Rights*, Oxford, Oxford University Press, 2011 [1980].
- _____, *Fundamentals of Ethics*, Washington, Georgetown, 1983.
- _____, *Collected Essays*, vol. IV: *Philosophy of Law*, Oxford, Oxford University Press, 2011.

³⁸ El debate en torno al proceso de reforma de los principales tipos penales de lesiones en el derecho inglés (*Offences Against the Person Act 1861*), que se ha extendido a lo largo de décadas y desdoblado en sendas propuestas legislativas, es una buena ilustración de la confusión a que puede llevar la falta de atención explícita a los límites del *rule of law* en relación con la criminalización del daño psicológico y sus medios causativos (como nuestro en Maris Köpcke Tinturé, "Criminalising Psychological Forms and Causes of Harm", de próxima publicación, en archivo del autor).

- _____, "Aquinas' Moral, Political, and Legal Philosophy", *Stanford Encyclopaedia of Philosophy*, 2014 (versión corregida). Disponible en: <http://plato.stanford.edu/entries/aquinas-moral-political/>.
- FULLER, Lon, *The Morality of Law*, ed. rev., New Haven and London, Yale University Press, 1969.
- GARCÍA MANRIQUE, Ricardo, *El valor de la seguridad jurídica*, México, Fontamara, 2007.
- GARDNER, John, *Law as a Leap of Faith*, Oxford, Oxford University Press, 2012.
- GREEN, Leslie, "Positivism and the Inseparability of Law and Morals", *New York University Law Review*, núm. 83, 2008, pp. 1035 y ss.
- HART, Herbert, *The Concept of Law*, Oxford, Clarendon Press, 1994 [1961].
- _____, *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, Oxford, Clarendon Press, 1963.
- HOLMES, Oliver Wendell, *The Common Law*, Cambridge MA, Harvard University Press, 2009 [1881].
- KÖPCKE TINTURÉ, Maris, "Concept and Purpose in Legal Theory: How to 'Reclaim' Fuller", *The American Journal of Jurisprudence*, vol. 58, núm. 1, 2013, pp. 75 y ss.
- _____, "Finnis on Legal and Moral Obligation", en Robert GEORGE y John KEOWN (eds.), *Reason, Morality and Law: The Philosophy of John Finnis*, Oxford, Oxford University Press, 2013, pp. 379 y ss.
- _____, "Criminalising Psychological Forms and Causes of Harm", de próxima publicación, en archivo del autor.
- KRAMER, Matthew, *In Defence of Legal Positivism: Law Without Trimmings*, Oxford, Oxford University Press, 1999.
- LEWIS, David, *Convention: A Philosophical Study*, Oxford, Blackwell, 2002 [1969].
- RAZ, Joseph, "The Rule of Law and its Virtue", en *The Authority of Law*, Oxford, Oxford University Press, 1979, pp. 210 y ss.
- _____, *The Morality of Freedom*, Oxford, Oxford University Press, 1986.
- SCHAUER, Fred, "Rules and the Rule of Law", *Harvard Journal of Law and Public Policy*, núm. 14, 1991, pp. 645 y ss.
- _____, *Thinking Like a Lawyer*, Cambridge MA, Harvard University Press, 2009.
- SHELLING, Thomas, *The Strategy of Conflict*, New York, Oxford University Press, 1963.
- SIMMONDS, Nigel, *Law as a Moral Idea*, Oxford, Oxford University Press, 2007.
- ULLMANN-MARGALIT, Edna, *The Emergence of Norms*, Oxford, Oxford University Press, 1977.

Julio E. Lalanne* (Argentina)

¿Gobierno de la ley o gobierno de los hombres? El problema en Platón y Aristóteles**

RESUMEN

Platón y Aristóteles, quizás los filósofos a quienes más debe la humanidad occidental, tienen algo que decir respecto del asunto crucial que, en términos modernos, se suele denominar el Estado de derecho o, en su terminología inglesa, el *rule of law*. Ambos se preguntan, en sus principales obras políticas, si es mejor el gobierno de la ley o el gobierno de los hombres, y abordan las alternativas de solución sobre la base de consideraciones antropológicas que resultan válidas aún hoy. Es mejor que rijan la ley antes que el hombre, porque la ley es “razón sin apetito”, es decir, una regla impersonal y objetiva, no susceptible de sufrir los desvíos de la esfera pasional y afectiva, ineludiblemente presentes en el animal humano. El gobierno de la ley es el gobierno de la razón, mientras que el del hombre corre el riesgo de transformarse en el gobierno de la arbitrariedad y el capricho injusto.

Palabras clave: Platón, Aristóteles, gobierno de la ley, generalidad de la ley, decisiones de los jueces, singularidad del caso, evolución del pensamiento platónico, *rule of law*, Estado de derecho, naturaleza humana.

ZUSAMMENFASSUNG

Platon und Aristoteles, die Philosophen, denen die Menschheit im Westen vielleicht am meisten zu verdanken hat, können einen Beitrag zur Klärung der grundlegenden Frage leisten, was man in der modernen Begrifflichkeit als Rechtsstaat und in der englischen Terminologie als *Rule of law* bezeichnet. Beide werfen in ihren Hauptwerken zur Politik die

* Abogado y doctor en Ciencias Jurídicas. Profesor adjunto de Filosofía del Derecho, Facultad de Derecho, UCA, Buenos Aires. jel@lalanneabogados.com.ar.

** La doctrina de este estudio, sin perjuicio de su raigambre clásica, la recibí de Félix A. Lamas, de quien soy discípulo, además de profesor adjunto en la cátedra de Filosofía del Derecho a su cargo, en la Universidad Católica Argentina “Santa María de los Buenos Aires”. Dejo constancia de mi agradecimiento al doctor Carlos I. Massini, cuyos comentarios mejoraron el texto.

Frage auf, ob die Herrschaft der Gesetze oder die Herrschaft des Menschen besser sei, und behandeln mögliche Lösungsansätze auf der Grundlage von anthropologischen Überlegungen, die auch heute noch gültig sind. Die Herrschaft der Gesetze ist der des Menschen vorzuziehen, weil das Gesetz „Vernunft ohne Streben“ ist, das heißt, eine unpersönliche, objektive Regel, die nicht Gefahr läuft, den Abwegen der Leidenschaften und Affekte zu erliegen, die im menschlichen Tier unvermeidlich sind. Die Herrschaft der Gesetze ist die Herrschaft der Vernunft, wohingegen die Herrschaft des Menschen zur Herrschaft von Willkür und ungerechten Launen werden kann.

Schlagwörter: Platon, Aristoteles, Herrschaft der Gesetze, allgemeine Geltung der Gesetze, richterliche Entscheidungen, Einzigartigkeit jedes Falles, Weiterentwicklung des platonischen Denkens, *Rule of law*, Rechtsstaat, menschliche Natur.

ABSTRACT

Plato and Aristotle, who are arguably the most important philosophers for Western humanity, must have something to say about the crucial matter, that using modern terms, is often called the Rule of Law. Both, in their principle political works, have pondered as to whether the rule of law or the rule of men is better, and they both address alternative solutions based on anthropological considerations which are valid even today. The Rule of Law is considered superior to that of Man as the law is “reason without appetite,” in other words, it is an impersonal and objective rule which is unsusceptible to the emotional and passionate distractions that plague humanity. The Rule of Law is the rule of reason while the Rule of Man runs the risk of becoming a government based on arbitrariness and unjust caprices.

Keywords: Plato, Aristotle, rule of law, generality of law, judges’ rulings, uniqueness of the case, evolution of Plato’s thought, rule of law, rule of law, human nature.

1. Introducción: el planteo del problema

¿Qué es mejor: el gobierno de la ley o el gobierno de los hombres? El problema es, a la vez, político y jurídico. Desde el punto de vista político, la cuestión consiste en determinar si, en esas raras ocasiones en las que accede al poder un hombre excepcionalmente dotado para la conducción del Estado, conviene o no restringir su libertad de decisión por medio de leyes. Allí donde concurren en el mismo individuo la más alta aptitud política y la personalidad carismática para liderar a sus conciudadanos, ¿debe estar subordinado a la ley o más bien conviene dejar que sea él mismo quien cree la ley mediante su acción ejemplar? En el ámbito jurídico se presenta una tensión problemática de signo análogo, que ha sido identificada como una “aporía empírica del derecho”,¹ cuyos términos son los siguientes: o bien organizar la vida social mediante

¹ Félix Adolfo Lamas, “Las aporías empíricas del derecho”, en *La experiencia jurídica*, libro segundo, cap. V, Buenos Aires, IEF, 1991, pp. 381 y ss.

leyes, generales y abstractas, en detrimento de lo singular, o bien dejar librada la última decisión de los asuntos jurídicos a la prudencia de hombres investidos de la autoridad para administrar justicia y resolver las controversias que se produzcan en el marco de la vida social.

El problema fue planteado –y resuelto– por primera vez en la historia de las ideas por Platón y Aristóteles. El objeto de este estudio es examinar el tratamiento de la cuestión y las respectivas soluciones, tal como aparecen en las obras de los dos grandes maestros y fundadores de la filosofía política y jurídica occidental. Empero, es menester aclarar que si bien el trabajo trata innegablemente sobre Platón y Aristóteles, no pretende ser una contribución original al conocimiento de su pensamiento. El propósito que nos guía, más bien, es contribuir con el aporte de los dos magnos filósofos griegos al debate actual sobre el gobierno de la ley, el llamado *rule of law* o el Estado de derecho.

Vale la pena reexaminar brevemente, pero en continua referencia a los textos originales, las ricas consideraciones que realizan Platón y Aristóteles a propósito de esta cuestión, pues tal revisión, aunque no agregue nada nuevo a cuanto ya se sabe de estos filósofos, puede constituir un aporte útil para el debate actual acerca de la primacía de la ley como núcleo central de la organización política y jurídica. El atractivo de las fuentes clásicas está en su perennidad y en que siempre es posible encontrar en ellas argumentos válidos para nuestro tiempo.

2. Platón

Platón plantea, por primera vez en la historia del pensamiento jurídico-político, la tensión problemática entre una política y una justicia concretas, en tanto estructuradas sobre la base de decisiones singulares, en oposición a la organización de la vida política y jurídica a partir de una legislación con carácter general. El problema guarda estrecha vinculación con el tema central de la metafísica platónica: la dialéctica de lo uno y lo múltiple, de lo estable y lo mudable. El más grande filósofo de todos los tiempos resolvió la dificultad de tres maneras distintas en *La República*, *El político* y *Las Leyes*.

2.1. *La República*

En *La República*, Platón trata el tema de la necesidad de las leyes para gobernar la *polis* y se pregunta si vale la pena legislar sobre los asuntos que hoy encuadrarían en las diversas ramas del derecho público y privado:

¿Y qué diremos, por los dioses, agregué, acerca de las transacciones del mercado, como los contratos que las partes estipulan recíprocamente en el ágora, o si quieres poner por caso, los arreglos con los obreros, las injurias y golpes, las querrelas judiciales y la constitución del tribunal, o los impuestos que haya que recaudar o pagar en mercados o puertos, y en general todos los reglamentos mercantiles, ur-

banos o portuarios, con todo lo demás del mismo jaez? ¿Hemos de llegar a legislar sobre todo esto?

No vale la pena, contestó [Sócrates], dar sobre ello ordenanzas a varones esforzados y buenos, que por sí mismos hallarán fácilmente casi todo lo que debería determinar la ley.²

En la ciudad ideal que Platón diseña en *La República*, quienes tienen a su cargo la función de gobierno son los guardianes perfectos, es decir, los reyes filósofos. En el pasaje recién citado aparecen identificados como los “varones esforzados y buenos” –καλοὶ καγαθησ, *kaloï kagathos*–. Su voluntad es la suprema ley porque ellos, los videntes del Bien en sí, son los conductores de la ciudad en su camino de liberación espiritual, como se desprende de la alegoría de la caverna. Por tanto, las normas jurídicas quedan reducidas a un número mínimo y regulan solo temas fundamentales. Todos los demás aspectos que hacen a la organización de la comunidad y a la conducción del Estado quedan sujetos a la decisión discrecional de los reyes-filósofos. Ellos resolverán, ejerciendo la virtud de la sabiduría y la prudencia, cuál es la mejor solución para los problemas que se planteen.

La tesis platónica según la cual el gobernante debe estar por encima de la ley era algo ciertamente extraño para sus contemporáneos. Los griegos tenían una alta concepción de la ley como expresión de su propia libertad frente a las arbitrariedades de un poder tiránico y pensaban que las leyes expresaban la sustancia espiritual de una sociedad.³ Sin embargo, en *La República*, Platón entiende que la ley no puede estar por encima del saber. Piensa que es más importante la educación que la legislación porque una vez que se haya logrado formar gobernantes justos “por sí mismos hallarán fácilmente casi todo lo que debería determinar la ley”.⁴

En resumen, en *La República* –y aun en *El político*, como veremos en lo que sigue–, Platón sostiene la tesis del poder absoluto y sin límites de los gobernantes filósofos. No necesitan ninguna restricción porque son una mezcla de sabios y santos, que no pueden cometer error alguno, toda vez que han llegado al éxtasis místico de la contemplación de las ideas.

2.2. El político

Platón fracasa repetidamente en su intento de llevar a la práctica el ideal del rey-filósofo, a través de sus sucesivos viajes a Sicilia.⁵ Como no era un hombre obcecado, esta

² Platón, *La República*, 425 d, versión de Antonio Gómez Robledo, México, UNAM, 1971, pp. 126-127.

³ Ernest Barker, *Greek Political Theory. Plato and his Predecessors*, New York, Barnes & Noble, 1960, pp. 42-46.

⁴ Platón, *op. cit.*

⁵ Cf. Antonio Gómez Robledo, *Platón, los seis grandes temas de su filosofía*, México, Fondo de Cultura Económica, 1982, pp. 35 y ss.

confrontación con la realidad provoca una paulatina evolución en su pensamiento. Advierte que ciertas ideas que había plasmado en *La República* no son realizables y, por ello, no sin gran pena, busca soluciones menos perfectas pero viables.

En *La República*, el ideal era que los sabios gobernarán según su sabiduría: si la sabiduría gobierna la ciudad, las leyes son innecesarias. Este sigue siendo considerado el mejor régimen en absoluto. Pero sucede que la experiencia histórica y de vida del propio Platón le indicaba que no era fácil reunir en una misma persona el poder y la sabiduría.⁶ La imposibilidad de la realización de aquel modelo ideal no es definitiva sino consecuencia de la malicia de los tiempos que vivimos. Por tanto, en *El político* propone un régimen que es una participación del ideal, pero adaptado a las circunstancias. Y en esa modulación, las leyes vienen a desempeñar un papel importante en el gobierno de la ciudad.

El político es aquel que tiene a su cargo la ordenación concreta de las conductas en la *polis* (que Platón compara con el arte del tejedor); este, a diferencia del gobernante filósofo, ya no necesita poseer la sabiduría, sino que resulta suficiente que tenga una recta opinión;⁷ la rectitud de tal opinión está asegurada por las leyes.

Sin perjuicio de la evolución señalada, en *El político*, Platón formula una objeción respecto del gobierno de las leyes que es menester tener en cuenta:

Una ley no podría nunca abarcar a un tiempo con exactitud lo ideal y más justo para todos, y luego dictar la más útil de las normas; porque la semejanza entre los hombres y los actos, y el hecho de que nada goza, por así decirlo, de fijeza entre las cosas humanas, no permiten que un arte, sea el que sea, imponga en cuestión alguna ningún principio absoluto verdadero para todos los casos y para todo tiempo.⁸

Toda ordenación de la vida social mediante leyes implica fijar modelos de conducta expresados en términos generales y abstractos. Las leyes necesariamente deben ser generales, pues tienen que aplicarse a una generalidad indeterminada de conductas posibles. Por otra parte, la generalidad propia de las leyes garantiza un tratamiento igualitario para todos cuantos tendrán que cumplirlas. En efecto, las leyes están destinadas a ser aplicadas no a un solo caso ni a una sola persona sino a todos los miembros de la comunidad política; esto sucedía en Atenas y sucede ahora en los Estados modernos, en los

⁶ Destaca atinadamente Antonio Tovar que Platón modula su pensamiento bajo el impacto del “ambiente histórico”, de las “circunstancias”; y concluye: Platón se da más cuenta de lo que sucede, y muchas de sus orientaciones y prescripciones obedecen a la consideración de lo momentáneo (Antonio Tovar, *Los hechos políticos en Platón y Aristóteles*, Buenos Aires, Perrot, 1954, p. 35).

⁷ “Acerca de la opinión realmente cierta y segura que existe sobre lo bello, lo justo, lo bueno y sus contrarios, cuando esta se engendra en las almas, digo que es cualidad divina producida en una raza genial” (Platón, *El político*, 309 c, trad. Antonio González Lazo, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1981, p. 88). La rectitud de tal opinión se aproxima a lo que luego será la verdad práctico-prudencial de Aristóteles.

⁸ Platón, *El político*, 294 b.

cuales las leyes se aplican a todos los habitantes, en la medida en que son “iguales ante la ley”. Es una exigencia propia del derecho, a punto tal de que la excepción a la regla se considera, salvo justificación muy fundada, injusta. No hay derecho sin legalidad y no hay legalidad sin generalidad.

Por otra parte, la evidencia empírica también pone de manifiesto la disimilitud entre los hombres singularmente considerados, es decir, entre los individuos y sus diversos actos. Las conductas y situaciones reales que caen bajo el ámbito de aplicación de las leyes son siempre singulares y concretas, esto es, máximamente determinadas, complejas, diferentes entre sí y, en ocasiones, únicas, por lo que es menester también tomar en cuenta esa singularidad.

Por eso dice Platón que no es posible imponer una regla general que resulte “verdadera” para todos los casos. La aporía (dificultad) radica en esa inadecuación entre la regla general y lo reglado, que es lo mismo que decir, entre el modelo general y abstracto de la ley y la vida concreta –singularísima, multiforme, diversa e irrepitable– de los hombres que están llamados a cumplirla. En rigor de verdad, el problema es una consecuencia del tema central de la metafísica platónica: la dialéctica de lo uno y lo múltiple.

2.3. Las Leyes

En *Las Leyes* está todo lo malo y todo lo bueno de la vejez; lo primero por la ausencia de dramatismo, color o movimiento que encontramos en los diálogos de juventud. Lo segundo, porque esta obra merece ser calificada como el *testamento* de Platón, es decir, sus ideas últimas y definitivas sobre los temas acerca de los cuales había indagado tan afanosamente a lo largo de más de medio siglo de filosofar: el hombre, el Estado y los problemas de la convivencia humana.

En esta, su obra más extensa, Platón intenta una reorganización del inmenso edificio. Sin embargo, al final de su vida, Platón desconfía del hombre. El hombre, cuanto más poder tiene, más inclinado está al pecado de exceso ($\eta\psi\beta\rho\rho\sigma$, *hybris*), a la falta de medida y de autodomínio ($\epsilon\nu\kappa\rho\alpha\tau\epsilon\iota\alpha$, *enkrateia*). Si bien la razón de un individuo excelente, dotado de templanza y cualidades excepcionales, podría llevar a la ciudad a un gobierno perfecto, los peligros de la naturaleza humana impedirían que ese hombre llegara a conducir a la edad de oro a sus súbditos.

En un pasaje sobre el cual hay que llamar vivamente la atención, Platón contrapone el Estado de *Las Leyes* al Estado de *La República*, como el reino de lo posible en oposición al reino de lo ideal:

Pues bien, la primera ciudad y constitución y las mejores leyes se darán donde en el mayor grado posible ocurra por toda la ciudad aquello que desde hace tiempo se dice: y lo que se dice es que realmente las cosas de los amigos son comunes. Así, pues, si hay algún lugar en que [...] [se logre] la mayor unidad posible a una ciudad, no habrá jamás nadie que pueda formular una definición más justa ni mejor de lo que es el más alto grado de excelencia. Una ciudad semejante, sean dioses o hijos

de dioses quienes la habiten en número superior a uno, proporcionará a quienes vivan así el habitar dichosos, por lo cual no es necesario ir a ninguna otra parte para buscar un modelo de constituciones, sino atenernos a este tipo y buscar una que sea en todo lo que cabe semejante a esta. En cuanto a la que ahora hemos tomado nosotros entre manos, pudiera, si llega a realidad, que se acercara sumamente a la inmortalidad y que mereciera el segundo lugar en punto a honor; y después de esto, si la divinidad quiere, terminaremos con la tercera.⁹

El fragmento demuestra que Platón no renuncia al estado ideal de *La República*, más aún, lo reafirma vigorosamente; solo concede que, dadas las circunstancias por las que atraviesan los hombres, con sus vicios actuales y la confusión de sus ideas,¹⁰ ese ideal no es aplicable sino a quienes sean “dioses o hijos de dioses”. *La República* es la *primera ciudad*, la primera constitución en excelencia, más perfecta, pero menos realizable. El Estado propuesto en *Las Leyes* es una *segunda ciudad*, menos perfecta, pero posible, más acorde con la realidad de las cosas. Será, por tanto, un Estado *por participación* del ideal, el cual sigue conservando su validez y continúa siendo la meta absoluta. Y aun menciona Platón una posible *tercera ciudad* que se haría preciso estudiar si las condiciones reales llegaran a ser todavía menos adecuadas.

Por ello, las tesis esenciales del pensamiento político platónico están presentes en *Las Leyes*: la superioridad del saber y la razón,¹¹ la unidad del Estado,¹² la unidad de la virtud,¹³ la primacía absoluta del bien común,¹⁴ el carácter educativo y formativo de la política y la importancia de la educación,¹⁵ el organicismo que se manifiesta en el privilegio del todo social sobre las partes y, en especial, en el rechazo de la individuación como la causa de todos los males.¹⁶

La experiencia histórica –a sus tristes fracasos en Sicilia se añaden las derrotas de Atenas por Esparta en la guerra del Peloponeso y, después, de Esparta por Tebas en Leuctra y Mantinea– ha hecho que Platón tenga una opinión cada vez más pesimista de la naturaleza humana: en *Las Leyes* dice que el hombre es una marioneta inventada por

⁹ Platón, *Las Leyes*, L. V, 739 c-e, versión de José Manuel Pabón y Manuel Fernández Galiano, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1999, p. 179.

¹⁰ En términos de Werner Jaeger, lo que hace necesario este segundo estado con una presencia tan preponderante de leyes es el bajo nivel de *paideia* (740 d) o cultura con que se enfrenta Platón (Cf. Werner Jaeger, *Paideia, los ideales de la cultura griega*, 2a. ed., México, Fondo de Cultura Económica, 1962, p. 1016).

¹¹ “No hay ley ni orden más poderoso que el saber” y “no es lícito que la inteligencia sea súbdita ni esclava de nadie”, *Las Leyes*, 875 d, *op. cit.*

¹² “Si hay leyes que den la mayor unidad posible”, *Las Leyes*, 740 d, *op. cit.*

¹³ Cf. *ibid.*, 965 d.

¹⁴ “El verdadero arte político no ha de cuidarse del bien particular sino del común”, *ibid.*, 875 a.

¹⁵ *Ibid.*, 653 b.

¹⁶ “Nada habrá pues en este estado de vida privada, que es, al sembrar la diferenciación, causa de males para la ciudad”, *ibid.*, 788 a.

los dioses.¹⁷ La cuerda del razonamiento que tira de él es todavía de oro y sagrada, pero demasiado suave si la comparamos con las cuerdas “duras y férreas” de las pasiones.¹⁸

Platón sigue pensando que lo mejor es la superioridad del saber y de la razón, y que donde haya un hombre superior, que cuente con las características superlativas que él mismo describió en *La República*, debe gobernar sobre la base de su prudencia y de su sabiduría, y sin leyes. Pero su vida le ha hecho ver que eso es harto infrecuente.¹⁹ Ha perdido la confianza en las posibilidades de una razón *libre y soberana* que pudiera gobernar la vida de los hombres. Por ello abandona la ilusión del rey-filósofo y ante la alternativa entre el gobierno de los hombres y el de las leyes, opta por este segundo término, no sin reconocer las dificultades que ello supone: “Por ello se ha de escoger el otro término, la ordenación y la ley que miran las cosas en general aunque no alcancen en particular a cada una de ellas”.²⁰

En *La República* se había esforzado en hacer superflua toda obra legislativa mediante una educación perfecta; en *Las Leyes* concluye en que estas son indispensables para la vida del Estado:

[E]s necesario que los hombres se den leyes, que vivan conforme a ellas o que, de lo contrario, en nada se diferenciarán de los animales más feroces; la razón de esto es que no se da naturaleza humana alguna que a un mismo tiempo conozca lo que conviene a los hombres para su régimen político y que, conociendo así lo mejor en ello, pueda y quiera constantemente ponerlo por obra.²¹

No hay hombre que, en el ejercicio del poder político, sea capaz de *saber*, de *querer* y de *obrar* lo mejor y en dirección a lo mejor: en alguno de esos tres momentos consecutivos fallará, sencillamente porque “su índole mortal le impulsará sin cesar a la ambición y al aventajamiento propio en su fuga irracional del dolor y su búsqueda del placer.”²²

Pone de manifiesto un amargo desencanto respecto de la posibilidad de encontrar la personalidad intelectualmente preeminente y moralmente íntegra que había trazado en *La República*: “Ninguna naturaleza humana es apta para administrar soberanamente todos los asuntos de los hombres sin henchirse de soberbia e injusticia”,²³ a tal punto que

¹⁷ *Ibid.*, 803 c; y también: 644 d-e: “Pensemos que cada uno de nosotros, los seres vivos, somos marionetas de los dioses, fabricados ya para juguetes de ellos”.

¹⁸ John Gould, entre otros, ha puesto de manifiesto el pesimismo creciente de Platón en relación con la naturaleza humana en *The Development of Plato's Ethic*, Cambridge, Cambridge University Press, 1955, pp. 213, 214.

¹⁹ Platón, *Las Leyes*, 875, c-d, *op. cit.*, p. 133.

²⁰ *Ibid.*, 875 d.

²¹ *Ibid.*, 875 a, p. 132.

²² *Ibid.*, 875 b, p. 133.

²³ *Ibid.*, 713 c, p. 142.

“para aquellas ciudades que no gobierna la divinidad, sino un mortal, no hay escape de los males ni de los trabajos”.²⁴

La solución está en “la conducción del raciocinio, áurea y sagrada, que se llama ley general de la ciudad”,²⁵ es decir, en gobernar las ciudades obedeciendo a lo dispuesto por la razón, dándole a ello el nombre de ley. Las leyes, en cuanto ordenación racional, son una manera por la que los hombres que las establecen aspiran a participar en lo inmortal. Por tanto, los gobernantes deben ser esclavos de la ley –του νομον σουλοι:

A los que ahora se dicen gobernantes los llamé servidores de las leyes, no por introducir nombres nuevos, sino porque creo que ello más que ninguna otra cosa determina la salvación o perdición de la ciudad; pues en aquella donde la ley tenga condición de súbdita sin fuerza, veo ya la destrucción venir sobre ella; y en aquella otra, en cambio, donde la ley sea señora de los gobernantes y los gobernantes siervos de la ley, veo realizada su salvación y todos los bienes que otorgan los dioses a las ciudades.²⁶

Recapitulando, y a modo de conclusión de este apartado, hay una tesis de Platón que permanece invariable a lo largo de toda su obra, a saber: aquella según la cual las reglas fundamentales de la conducta humana son la razón y la sabiduría. La evolución viene determinada por el tránsito de un régimen –el de *La República*, en el cual el filósofo-gobernante es quien posee y encarna esa sabiduría y decide con una amplia discrecionalidad– a otro –en *El político*– en el cual el gobernante, sobre la base de la función rectificadora de la razón prudencial, rige los destinos de la polis, para terminar en el sistema preconizado en *Las Leyes*, donde la sabiduría la tenían los legisladores originarios y fue plasmada en las leyes, las que deben ser rigurosamente respetadas. Se ha dicho, y con razón, que Platón vuelve, así, al final de su vida, al reconocimiento de la soberanía de la ley, uno de los descubrimientos más fecundos del pensamiento helénico.²⁷ “El pueblo debe luchar por su ley como por sus murallas” había declarado Heráclito,²⁸ y Sócrates, por su parte, había preferido morir antes que desobedecer las leyes.²⁹

²⁴ *Ibid.*, 713 e, p. 143.

²⁵ *Ibid.*, 644 e-645 a. Platón utiliza la imagen del oro como metáfora para aludir a lo más excelente que hay en el hombre: su razón, por contraposición a los “hilos interiores férreos” de las pasiones. Esta imagen se encuentra ya en *La República* (p. ej.: 415 a).

²⁶ Platón, *Las Leyes* 715 c-d, *op. cit.*, p. 146.

²⁷ Cf. Gómez Robledo, *op. cit.*, p. 590.

²⁸ Fragmento 44, según la numeración de H. Diels y W. Kranz; cf. Hermann Diels, *Die Vorsokratiker. Die Fragmente der Vorsokratiker griechisch und deutsch*, 6a. ed., mejorada por W. Kranz, 3 vols., Berlin, Weidmann, 1951-1952.

²⁹ Si hemos de otorgarle credibilidad al relato que nos dejó Platón en el *Critón*.

3. Aristóteles

3.1. La *Política*

Aristóteles formula la cuestión en el libro III de la *Política*: “Lo primero que debemos considerar en esta investigación [sobre la monarquía] es si conviene más ser gobernado por el mejor hombre o por las mejores leyes”.³⁰

Una vez planteado el problema, inicia la investigación con la típica metodología dialéctica,³¹ es decir, mediante la sucesiva exposición, confrontación y ponderación de los argumentos favorables a cada una de las dos alternativas en disputa:

a) Reitera lo dicho por Platón en el sentido de que la ley no puede prever “exactamente todo” lo que puede suceder en la vida social real, porque lo escrito en la ley “es forzoso que sea general, y en la práctica no se dan más que casos singulares (οὐ πρὸς τὰ προσπιπτοντα ἐπιτάττειν – *ou pros ta prospiptonta epitattein*–)”.³² Se trata de la ya señalada aporía de la inadecuación entre el modelo general de la ley y las conductas singulares, las únicas que en verdad existen. Los múltiples aspectos y particularidades de la vida humana concreta escapan al esquema rígido de un molde abstracto. Un hombre, por tanto, resolverá mejor los casos particulares, pues al igual que un artesano, podrá adecuar flexiblemente su decisión a las circunstancias peculiares de cada situación.

b) A favor del gobierno de la ley argumenta que esta es desapasionada, mas el hombre no puede serlo. En el alma humana hay una parte irracional, que es común con los animales, y que es donde radican los apetitos y las pasiones, tales como la irascibilidad y la concupiscencia que busca el goce de los placeres sensibles.³³ Así, la experiencia indica que es frecuente que aquel que ocupa un cargo político resuelva los asuntos sometidos a su decisión “contra la razón, por motivos de amistad, [] por despecho o por favor”,³⁴ es decir, movido por sus propios intereses, pasiones o deseos y, por tanto, con criterio injusto. “Cuando un individuo está dominado por la ira –ejemplifica Aristóteles– o por cualquier otra pasión semejante, necesariamente su juicio estará corrompido”.³⁵

En cambio, en la ley “no se da en absoluto la pasión”;³⁶ en efecto, la ley es caracterizada, en la *Ética nicomaquea*, como “una cierta razón y orden recto”, y como “la expresión de

³⁰ Aristóteles, *Política*, libro III, 1286 a 8-19.

³¹ Cabe aclarar que hacemos referencia a la dialéctica entendida en el sentido clásico del término, como “la parte de la Lógica que regula el pensamiento que se mantiene como en movimiento en dirección a la verdad o que arriba a esta sin certeza. O, dicho en forma breve, con una expresión de cuño aristotélico, es la Lógica de *lo probable*” (Félix Adolfo Lamas, “Derecho y dialéctica”, *Revista Circa humana philosophia (La Filosofía de las cosas humanas)*, núm. II, 1997, pp. 7 y ss.).

³² Aristóteles, *Política*, libro II, 1269 a 10-12; la aporía de la generalidad de las leyes aparece, también, en *Constitución de los atenienses*, I, 9, 2, lo cual demuestra que Aristóteles la tenía bien presente.

³³ Aristóteles, *Política*, libro I, 4, 6, 1254 b 8.

³⁴ *Ibid.*, libro III, 1287 a 38-40.

³⁵ *Ibid.*, 1286 a.

³⁶ *Ibid.*, 1286 a 15.

cierta prudencia e inteligencia”³⁷ es decir, un producto de la razón en su función práctica que ordena las conductas de los miembros de la polis al bien común, en cuanto fin de la comunidad política. Es evidente, pues, que la ley se halla libre de afectividad y apetencias y, por ello, a diferencia del magistrado, no es susceptible de ser torcida por enconos o favoritismos y tampoco “se atrae resentimientos al hacer el bien”³⁸

Aristóteles concluye esta argumentación –siempre en el libro III de la *Política*– con una afirmación que, por su relevancia, conviene transcribir:

Así, pues, el que defiende el gobierno de la ley parece defender el gobierno exclusivo de la divinidad y la inteligencia; en cambio, el que defiende el gobierno de un hombre añade también un elemento animal; pues tal es el impulso afectivo; y la pasión pervierte a los gobernantes y a los hombres mejores. La ley es, por tanto, razón sin apetito.³⁹

Para comprender este pasaje es menester recordar aquel otro, muy famoso, pero de la *Ética nicomaquea*,⁴⁰ en el cual Aristóteles, siguiendo a Platón,⁴¹ dice que en el hombre hay un elemento divino, lo más excelente que hay en él, que excede en potencia y dignidad a todo lo demás: el *nous*; palabra casi intraducible porque el término latino que a ella corresponde, usado a partir de Boecio, es decir, *intellectus*, en castellano “intelecto”, ha sido traducido muchas veces por “razón”, lo cual genera confusión porque esta última palabra hace referencia al entendimiento en su función discursiva mientras que el *nous* aristotélico parece aludir a un conocimiento inmediato no discursivo.⁴² A fin de evitar los equívocos que pueden surgir a propósito de la relación razón-intelecto, es conveniente adoptar para el griego *nous* la traducción de “inteligencia inmediata”. Lo que aquí interesa, más allá de toda consideración terminológica, es que, para Aristóteles, el *nous* es la más alta forma de racionalidad que está al alcance del hombre y es, al mismo tiempo, lo que este tiene en común con los dioses.

Luego de esta explicación, resulta más claro el párrafo recién citado. Si, tal como hemos visto, la ley es orden racional y expresión de cierta inteligencia y, a su vez, la inteligencia es algo divino en el hombre, entonces, por carácter transitivo, y tal como lo afirma Aristóteles en el texto transcrito: el gobierno de la ley es el gobierno de la divinidad. Al contrario, defender el gobierno de los hombres implica añadir el otro elemento ineludiblemente presente en el alma humana: los impulsos irracionales propios de su naturaleza

³⁷ Aristóteles, *Ética nicomaquea*, libro X, 9, 1180 a 17-22.

³⁸ *Ibid.*, 1180 a 25.

³⁹ Aristóteles, *Política*, libro III, 1287 a 29-34.

⁴⁰ Aristóteles, *Ética nicomaquea*, libro X, 7, 1177 b 26 y ss.

⁴¹ Platón, *La República*, IX 7, 588 c y ss.

⁴² Cf. Enrico Berti, “Un problema di terminología filosófica: il significato di ‘ragione’ e ‘intelletto’ nella filosofia inmediateamente precedente a Kant”, en *Ragione filosofica e ragione scientifica nel pensiero moderno*, Roma, La Goliardica, 1977, pp. 203-214.

animal, es decir, los ya mencionados apetitos y las pasiones. Nótese que Aristóteles no afirma que el gobierno de los hombres sea, de suyo, irracional, sino que necesariamente incluye, además de la razón, la presencia operante de factores subjetivos y afectivos que compiten con la racionalidad humana y que pueden corromper al gobernante y, por ende, viciar sus decisiones. Por eso, destaca, hacia el final del pasaje *sub examine*, que “la ley es razón sin apetito” o, dicho de otro modo, un principio de gobierno de las conductas exclusivamente racional, esto es, sin contaminación alguna de la esfera pasional.

c) La tesis del imperio de la ley es confirmada en el libro II de la *Política*, en ocasión del examen de las instituciones cretenses, en términos meridianamente claros: es mejor que todo se rija por la ley y no por el arbitrio de los hombres, que no es una regla segura.⁴³

d) Empero, es en el libro IV de la misma obra donde aparece una afirmación decisiva que viene a confirmar la tesis. La cuestión del gobierno de la ley se subsume en otra más amplia: la de establecer cuál es el mejor régimen político. Para Aristóteles, es aquel que él designa con el término genérico *politeia* (πολιτεία), tradicionalmente vertido como “república”, que es su homólogo latino. Y la característica principal de ese régimen es que está plenamente sometido a la ley, que es la que realmente gobierna. Más aún, Aristóteles llega a decir que donde la ley no gobierna, no hay república propiamente dicha.⁴⁴ “La ley debe estar por encima de todo –sostiene– y los magistrados deben decidir únicamente de los casos particulares”.⁴⁵ Y en ese mismo lugar contraponen la república a las formas de democracia degeneradas que son, precisamente, aquellas en las que el pueblo ejerce un poder arbitrario “sin obedecer a la ley”, y las equipara a la tiranía.⁴⁶ El rasgo definitorio de las formas corruptas de democracia es, por tanto, la ausencia del gobierno de la ley.

3.2. Retórica

Aristóteles propugna la tesis del gobierno de la ley, también, en la *Retórica*. Aquí aporta nuevos argumentos para fundamentarla. En primer lugar, dice que “es más fácil escoger uno o pocos [legisladores], que muchos [jueces] de buen sentido y capaces de legislar y juzgar”.⁴⁷ En efecto, es un dato de evidencia empírica que la virtud, la idoneidad y las cualidades en grado de excelencia son bienes arduos, difíciles de adquirir y, por ello, solo una minoría los posee. Empero, hacen falta menos legisladores que tribunales o jueces; por tanto, es mejor elegir a los mejores para que elaboren leyes rectas que determinen tanto cuanto puedan y dejar lo menos posible a los que juzgan.

En segundo lugar, es conveniente el gobierno de la ley “porque las leyes se hacen después de mucho tiempo de deliberar, mientras que los juicios son de improviso, de

⁴³ Aristóteles, *Política*, libro II, 1272 b 5-7.

⁴⁴ “Donde no manda la ley no hay república”; *ibid.*, libro IV, 1292 a 31.

⁴⁵ *Ibid.*, 32-34.

⁴⁶ *Ibid.*, 15-17.

⁴⁷ Aristóteles, *Retórica*, 1354 b 1.

manera que es difícil que los jueces atribuyan bien lo justo y conveniente”.⁴⁸ Una vez más, Aristóteles utiliza como punto de partida de su argumentación un *éndoxon*⁴⁹ que proviene de la experiencia común, a saber: cuanto más tiempo y atención dedicamos a examinar un asunto cualquiera, a ponderar los diversos aspectos involucrados, tanto más rico y profundo es el análisis; lo que permite, por lo general, arribar a conclusiones mejor fundadas y, en este caso, más justas. La deliberación del legislador, en ocasión de hacer la ley, suele ser más prolongada y detenida que la del juez, que a menudo debe expedirse de inmediato, precipitación que no contribuye a una buena decisión. Por tanto, es más probable que el dictamen del legislador sea más justo y verdadero.

El último argumento es el más importante. Conviene citar el pasaje completo, aunque repite en parte lo que ya hemos visto en la *Política* a propósito de la diferencia entre la ley, el orden sin apetito y el individuo, ineludiblemente sometido a pasiones e intereses:

Y sobre todo, que el juicio del legislador no es sobre lo particular, sino para el futuro y lo general, mas el miembro de la asamblea y el juez juzgan ya acerca de cosas presentes y definidas, frente a las cuales cabe ya la amistad y el odio, y muchas veces depende también el interés propio, de manera que ya no es posible considerar suficientemente lo verdadero, sino que cae sobre el juicio la sombra de la propia conveniencia o daño.⁵⁰

Como se ve, el argumento es semejante al que ofrece en el libro III de la *Política*, si bien agrega un matiz novedoso. Aquí, la comparación no es tanto entre la ley y la decisión del juez, sino entre la persona del legislador y la del juez. Ambos son hombres y, consecuentemente, tienen idéntica naturaleza. En efecto, los dos poseen la respectiva esfera afectiva pasional susceptible de interferir en la rectitud de su criterio. Sin embargo, el objeto –terminativo, según la jerga escolástica– de la decisión del legislador es un enunciado normativo que establece un modelo de conducta expresado, de manera necesaria, en términos generales y abstractos.⁵¹ Ciertamente, resulta por lo menos más difícil que un asunto de tales características pueda impactar en las emociones del legislador o pueda generar un involucramiento personal con fuerza suficiente para desviar su pronunciamiento.

Por el contrario, el objeto terminativo de la decisión prudencial del juez no recae sobre lo universal y futuro, sino sobre lo singular y presente, pues la sentencia que debe dictar el juzgador es una norma individual que indica qué debe hacerse *híc et nunc*. Se trata de

⁴⁸ *Ibid.*, 2-6.

⁴⁹ “Son *éndoxa* aquellas premisas que son compartidas por todos o por la mayoría o por los sabios, y, entre estos, por todos o por la mayoría o por los más conocidos y reputados” (*Tópicos*, 100 a 27-b 23).

⁵⁰ Aristóteles, *Retórica*, 1354 b 6-12 (cito de la trad. de Antonio Tovar, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1971, p. 5).

⁵¹ “Toda ley es universal”, confirma Aristóteles en la *Ética nicomaquea*, libro V, 14, 1137 b 13 y ss.

la resolución de una controversia actual, concreta, entre personas existentes realmente, quienes podrían intentar torcer el juicio del sentenciante llevándolo a la ira o al odio o a la compasión, para obtener ventajas indebidas; o incluso podrían existir vínculos personales preexistentes entre las partes y el juzgador susceptibles de comprometer su imparcialidad. En definitiva, el peligro es que el juez, sometido a tamañas tentaciones, termine por establecer, no ya lo justo y la verdad, sino lo que le es útil o conveniente. La institución de la recusación –y también la excusación–, presente en la mayoría de los ordenamientos procesales como un remedio para garantizar la imparcialidad de los jueces, viene a confirmar que las prevenciones de Aristóteles no estaban erradas. Concluye, por todo lo dicho, en que “es preciso hacer al juez árbitro de las menos cosas posibles”.⁵²

3.3 *Ética nicomaquea*

Para terminar esta revisión de los diversos textos de Aristóteles en los cuales se pronuncia explícitamente a favor de la supremacía de la ley, corresponde citar el libro V de la *Ética nicomaquea*. “El gobernante es guardián de la justicia”, afirma allí; sin embargo, por eso no permitimos que nos mande un ser humano sino la ley porque “el hombre lo hace en su propio interés y se convierte en tirano”.⁵³

4. La solución platónico-aristotélica: resumen y balance

Platón y Aristóteles no solo plantean por primera vez la cuestión de si es mejor que manden los hombres o que manden las leyes, sino que también abordan las dos alternativas de solución posible, como hemos podido comprobar a través del examen de sus obras. Y ambos resuelven la contraposición dialéctica con la que iniciamos este estudio inclinándose por el gobierno de la ley. Esta es la posición última y definitiva del divino fundador de la Academia, casi el núcleo de su obra póstuma, *Las Leyes*, y llega a esta doctrina ante las dificultades de llevar a la práctica el ideal del gobierno de un hombre con las dotes extraordinarias que había formulado en *La República*. Por su parte, la presencia constante de la tesis de la supremacía de la ley en diversos lugares del *corpus* aristotélico, pertenecientes a diversas etapas de la vida y del pensamiento del Estagirita,⁵⁴ acompañadas de una fundamentación similar, autorizan a afirmar que estamos ante una doctrina aristotélica auténtica y segura.

⁵² Aristóteles, *Retórica*, 1354 b 13.

⁵³ Aristóteles, *Ética nicomaquea*, libro V, Cap. 6, 1134 a 33-1134 b 2.

⁵⁴ Es un problema arduo el de la fecha de composición de las distintas obras de Aristóteles. De acuerdo con la opinión de Werner Jaeger (*Aristóteles*, México, Fondo de Cultura Económica, 1946, pp. 302 y ss.) y H. von Arnim (*Sitzungsberichte*, Academia de Viena, t. 200, I, 1924), el libro III de la *Política* es de una época más antigua que el II y el IV.

El fundamento principal y más importante que ofrecen ambos filósofos –señalado someramente en *Las Leyes*, pero desarrollado con mayor extensión en los textos aristotélicos que hemos tenido oportunidad de examinar– es de índole antropológica. Ello es enteramente coherente, pues si la praxis es conducta humana, parece lógico que los problemas acerca de ella se resuelvan teniendo en cuenta la naturaleza del sujeto que obra esa conducta, es decir, sobre la base de los constitutivos esenciales del hombre mismo. Dicho en términos más precisos: para la epistemología clásica, la antropología o la psicología son saberes subalternantes respecto de las ciencias prácticas en general, en la medida en que proporcionan los fundamentos teóricos de estas.⁵⁵ Por tanto, el abordaje de algunos problemas éticos, jurídicos y políticos depende de tesis y de presupuestos que pertenecen al ámbito de la ciencia que estudia la esencia del hombre.

De acuerdo con la concepción de Aristóteles, tributaria en gran medida del pensamiento platónico, el hombre es, al mismo tiempo, animal y racional. Además de ser una criatura inteligente, tiene una naturaleza animal, lo cual implica que es pasible de sufrir lo que se denominan *pasiones*. La pasión es el movimiento tendencial del apetito sensible producido por el conocimiento –también sensible– de un objeto correlativo a la tendencia. El dualismo inherente a la naturaleza humana de racionalidad y animalidad está en el origen de dos clases de inclinaciones; es decir, es fuente de dos principios del querer, que con frecuencia entran en conflicto, tal como lo simbolizó Platón con el famoso mito del auriga que no puede dominar al caballo negro e indócil.⁵⁶ La tensión entre estas dos esferas de tendencias es algo que todo hombre puede constatar en su propia experiencia interna y es confirmado por fuentes y autoridades tan disímiles y distantes en el tiempo como el propio Platón, quien en *Las Leyes* llega a hablar de una “guerra contra nosotros mismos”⁵⁷ y de “acciones opuestas entre sí en la línea divisoria de la virtud y la maldad”;⁵⁸ San Pablo, que contrapone la ley de la mente a la ley de los miembros –en la Epístola a los

⁵⁵ Cf. Félix Adolfo Lamas, *El hombre y su conducta*, Buenos Aires, IEF, 2013, p. 25. Soaje Ramos, en un enjundioso trabajo acerca de los diversos tipos de subalternación entre las ciencias, dice que no habría subalternación propiamente dicha sino, más bien, “una dependencia relativa de la ética filosófica respecto de la antropología filosófica” (Guido Soaje Ramos, “Ética y antropología filosófica. 2a. parte: sobre antropología y ética filosófica. Sus relaciones epistémicas”, *Revista Ethos*, núms. 16-18, 1991, pp. 77 y 101). Sin embargo, creemos que, con abstracción de esta discusión eminentemente técnica, es indudable que la cuestión que se analiza en el cuerpo de este estudio necesita del conocimiento y la consideración de los fenómenos afectivos humanos y de la estructura interna del hombre para su dilucidación, algo que admitiría, pensamos, el propio Soaje Ramos (conforme surge de su artículo citado, p. 102).

⁵⁶ Platón, *Fedro*, 246 a b y ss; 253 c-e.

⁵⁷ “Cada uno es enemigo de sí mismo. Y en esta guerra, el vencerse a sí mismo es la primera y la mejor de todas las victorias; y el ser derrotado uno por sí mismo, el peor y más vergonzoso de los males. Y esta manera de hablar declara que en cada uno de nosotros existe una guerra contra nosotros mismos” (Platón, *Las Leyes*, 696 e 2-7).

⁵⁸ “[E]sas afecciones, a manera de unas cuerdas o hilos interiores, tiran de nosotros y nos arrastran, siendo opuestas entre sí a acciones opuestas en la línea divisoria de la virtud y de la maldad” (*ibid.*, 644 e.).

Romanos-;⁵⁹ y Sigmund Freud, quien distingue el principio del placer y el principio de realidad.⁶⁰ Lo cierto es que el conflicto entre el querer altruista y el querer egoísta, entre el bien común y el bien propio, entre el interés público y el interés privado, entre lo que se debería hacer según lo dispone la razón y lo que nos sentimos tentados a hacer por impulso de los apetitos sensibles inferiores, es un hecho de experiencia suficientemente generalizado como para que pueda ser admitido como un aporte señero de la antropología clásica griega a la comprensión de la psicología humana.⁶¹

Platón y Aristóteles advierten que los hombres, en ocasión de ocupar posiciones de gobierno o bien en su función de administradores de justicia, pueden sucumbir o dejarse arrastrar por sus deseos, por los movimientos afectivos y los factores pasionales, que no siempre son fácilmente gobernables. Los gobernantes y los jueces pueden adoptar decisiones o dictar sentencias, respectivamente, guiados por tendencias egoístas; movidos por su ambición; a la búsqueda de su propio interés o del interés de su grupo, de su clase o de su partido; animados por la intención de favorecer a aquellos con quienes tienen afinidad o bien por perjudicar a sus rivales. En suma, es factible que tomen medidas de gobierno o resuelvan los entuertos sometidos a su jurisdicción con criterio injusto, parcial o desigual. La probabilidad, tanto en sentido lógico como en sentido estadístico-matemático, de que esto suceda es muy alta. En efecto, las dos excelsas mentes del siglo IV helénico comprueban, en este orden de ideas, que la virtud perfecta constituye una excepción; antes bien, la deshonestidad o la mera debilidad del *ethos* están muy extendidas.⁶² El gobierno de los hombres, susceptibles de corromperse moralmente, en suma, puede terminar por ser el gobierno del capricho y de la iniquidad. El peligro es caer en el *decisionismo* de los funcionarios, la pluralidad de soluciones frente a casos semejantes bajo la influencia de factores subjetivos, la diversidad de criterios frente a situaciones sustancialmente semejantes y la consecuente violación de la igualdad ante la ley.

Mejor es, pues, en esta antítesis, la ley que el hombre. Y es preferible, justifica Aristóteles, porque “la ley es razón sin apetito” (ἀνευ ὀρεξεῶς νοῦς ἢ νόμος ἐστίν; *aneu*

⁵⁹ “[T]engo en mí esta ley: que queriendo hacer el bien, es el mal el que se me apega; porque me deleito en la Ley de Dios según el hombre interior, pero siento otra ley en mis miembros que repugna a la ley de mi mente y me encadena a la ley del pecado que está en mis miembros. ¡Desdichado de mí! ¿Quién me librará de este cuerpo de muerte?” (*Romanos*, 7, 21-24).

⁶⁰ Según Freud, los dos principios que rigen el funcionamiento psíquico humano son el del placer y el de realidad. Llega a concebir al principio del placer como regulador general de la estructura psicológica, pues considera que el ello, que es inconsciente, está regido por el principio del placer que tiende a la inmediata satisfacción y realización de todos los deseos y pulsiones. El yo, en cambio, a instancias del superyó, se rige por el principio de realidad que, sobre la base de las exigencias éticas socialmente establecidas, corrige los impulsos surgidos del ello; ver Sigmund Freud, “El malestar en la cultura”, “El yo y el ello”, “Más allá del principio del placer”, en *Obras completas*, Madrid, Biblioteca Nueva, 1967, vol. I, p. 1112.

⁶¹ Ver Félix Adolfo Lamas, *El hombre y su conducta*, op. cit., p. 33.

⁶² “[L]a mayor parte de los hombres viven a merced de sus pasiones, persiguen los placeres que les son propios y los medios que a ellos conducen, y huyen de los dolores contrarios; y de lo que es hermoso y verdaderamente agradable ni siquiera tienen noción” (Aristóteles, *Ética nicomaquea*, 1179 b 4-20).

orexeos nous ho nomos estin). La ley, en efecto, es un producto de la razón que expresa un orden promulgado por medio de un enunciado lingüístico externo, y destinado a operar como un modelo imperativo de conducta de los ciudadanos. La ley, por tanto, en la medida en que constituye una regla objetiva e impersonal de conducta, obligatoria incluso para magistrados y funcionarios, está exenta de los condicionamientos e influencias provenientes de la parte irracional del alma humana –la afectividad infraespiritual, las emociones, los instintos, las pasiones–. La ley es, por así decirlo, objetivación de la dimensión más elevada del ser humano, aquella que lo emparenta con los dioses y, al mismo tiempo, está desprovista de las complicaciones inherentes a la esfera afectiva del hombre que es, precisamente, la que tiene en común con los animales. Ernest Barker lo resume en forma elocuente: “In man reason is close neighbour of many passions and can hardly be heard for their clamour: in law it emerges pure, a clear and solitary voice, which calls aloud through a silence in which all passions is hushed”.⁶³

Ahora bien, esta otra alternativa tampoco está exenta de inconvenientes, pues puede traer aparejado un absolutismo rígido que no contemple los matices de los casos concretos. Sin embargo, esta dificultad encuentra solución a través de la doctrina de la prudencia, que Aristóteles desarrolla en el libro VI de la *Ética nicomaquea*. La tensión dialéctica entre la pauta general de la ley y el *hic et nunc*, que hemos visto reiteradamente señalada tanto por Platón –en *El político*– como por Aristóteles –en *Política*, III–, se plasmará en el discurso deliberativo y en el silogismo prudencial en el cual la premisa mayor es la ley general y la menor, el caso singular que debe ser regulado. Si bien este tema no ha sido tratado aquí, interesa dejar aclarado que la aporía relativa a la generalidad de la ley no implica, cuando menos en el pensamiento aristotélico, un argumento concluyente a favor de la otra alternativa de la contraposición dialéctica del título de este trabajo (el gobierno de los hombres).

5. Conclusiones

1. Platón, en *El político*, y Aristóteles, en la *Política*, son quienes primero se interrogan respecto de un problema crucial de la filosofía política y jurídica, a saber: ¿qué es mejor, el gobierno de la ley o el gobierno de los hombres?
2. Para los dos más grandes filósofos de la Antigüedad es preferible organizar la vida social sobre la base del gobierno de la ley.
3. El argumento principal que justifica la solución elegida radica en que la ley, según la expresión aristotélica, es “razón sin apetito”, es decir, racionalidad objetivada en una regla de conducta que, de suyo, no es susceptible de sufrir los

⁶³ Traduzco libremente el fragmento citado: “En el hombre, la razón es vecina cercana de diversas pasiones y su clamor puede ser a duras penas escuchado; en la ley [la razón] emerge pura, como una voz clara y solitaria, que se eleva en el medio de un silencio en el que se acalló toda pasión” (Ernest Barker, *The Political Thought of Plato and Aristotle*, New York, Dover, 1959, p. 321).

potenciales desvíos pasionales de los que adolecen las decisiones del animal humano. El gobierno de los hombres, en cambio, lleva implícito el riesgo cierto de convertirse en el gobierno de las predilecciones subjetivas del funcionario de turno, el capricho o, peor aún, la corrupción.

4. La racionalidad convertida en ley es, por tanto, un remedio y un baluarte contra las arbitrariedades y las sentencias injustas que podrían emanar de la decisión discrecional de hombres investidos del poder de gobernar y juzgar.
5. La doctrina resumida en este estudio, extraída del viejo tesoro de la tradición clásica, es tan válida hoy como lo era en el siglo IV antes de Cristo pues su fundamento es de índole antropológica y lo cierto es que la naturaleza humana no ha variado en veinticinco siglos ni cambiará en el futuro.

Bibliografía

- ARISTÓTELES, *Êthique a Nicomaque*, introduction, notes et index par J. Tricot, Paris, 1967.
- _____, *Ética a Nicómaco*, edición bilingüe y trads. María Araújo y Julián Marías, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1970.
- _____, *Retórica*, traducción, introducción y notas de Antonio Tovar, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1971.
- _____, *Política*, edición bilingüe y trad. de Julián Marías y María Araújo, Centro de Estudios Constitucionales, 1983.
- _____, *Ética Nicomaquea - Ética Eudemia*, Introducción de Emilio Lledó Iñigo, traducción y notas de Julio Palli Bonet, Madrid, Gredos, 1988.
- _____, *Retórica*, introducción, traducción y notas de Quintín Racionero, Barcelona, Gredos, 2000.
- _____, *Política*, introducción general de Miguel Candel Sanmartín, introducción a la Política, traducción y notas de Manuela García Valdés, Barcelona, Gredos, 2007.
- BARKER, Ernest, *The Political Thought of Plato and Aristotle*, New York, Dover Publications Inc., 1959.
- _____, *Greek Political Theory. Platon and His Predecessors*, New York, Barnes and Noble, 1960.
- BERTI, Enrico, "Un problema di terminología filosófica: il significato di ragione e intelletto nella filosofia inmediately precedente a Kant", en *Ragione filosofica e ragione scientifica nel pensiero moderno*, Roma, La Goliardica, 1977.
- BONITZ, Hermann, *Index Aristotelicus*, Secunda Editio, Berlin, Akademische Druck - U. Verlagsanstalt, 1955.
- DIELS, Hermann, *Die Vorsokratiker. Die Fragmente der Vorsokratiker griechisch und deutsch*, 6ª. ed., mejorada por W. Kranz, 3 vols., Berlin, Weidmann, 1951-1952.
- FREUD, Sigmund, "El malestar en la cultura", en *Obras completas*, vol. I, Madrid, Biblioteca Nueva, 1967.
- _____, "El yo y el ello", en *Obras completas*, vol. I, Madrid, Biblioteca Nueva, 1967.

- _____, “Más allá del principio del placer”, en *Obras completas*, vol. I, Madrid, Biblioteca Nueva, 1967.
- GÓMEZ ROBLEDO, Antonio, *Platón, los seis grandes temas de su filosofía*, México, Fondo de Cultura Económica, 1982.
- GOULD, John, *The development of Plato's Ethic*, Cambridge, Cambridge University Press, 1955.
- JAEGER, Werner, *Aristóteles. Bases para la historia de su desarrollo intelectual*, trad. José Gaos, México, Fondo de Cultura Económica, 1946.
- _____, *Paideia, los ideales de la cultura griega*, 2ª. ed., México, Fondo de Cultura Económica, 1962.
- LAMAS, Félix Adolfo, *La experiencia jurídica*, Buenos Aires, IEF, 1991.
- _____, “Derecho y dialéctica”, *Revista Circa humana philosophia (La filosofía de las cosas humanas)*, núm. II, 1997.
- _____, *El hombre y su conducta*, Buenos Aires, IEF, 2013.
- PLATÓN, *El político*, trad. Antonio González Lazo, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1981.
- _____, Diálogos IV, *La República*, Introducción, traducción y notas de Conrado Eggers Lan, Madrid, Gredos, 2006.
- _____, *Las Leyes*, edición bilingüe, traducción, notas y estudio preliminar de José Manuel Pabón y Manuel Fernández Galiano, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1999.
- _____, *La República*, introducción, traducción y notas por Antonio Gómez Robledo, México, UNAM, 1971.
- SOAJE RAMOS, Guido, “Ética y antropología filosófica. 2ª. parte: sobre antropología y ética filosófica. Sus relaciones epistémicas”, *Ethos*, núms. 16-18, 1991, pp. 77 y 101.
- TOVAR, Antonio, *Los hechos políticos en Platón y Aristóteles*, Buenos Aires, Perrot, 1954.
- VON ARNIM, Hans, *Sitzungsberichte*, Academia de Viena, t. 200, I, 1924.

Carlos I. Massini-Correas* (Argentina)

Sobre el *rule of law* y el concepto práctico del derecho

RESUMEN

En el presente trabajo se indaga acerca del carácter práctico-normativo o paradigmático de los conceptos jurídicos, en especial de la noción de *rule of law*, así como de su carácter explicativo y directivo en el ámbito del derecho. Se contrasta luego esta visión con la del positivismo jurídico, en especial en el pensamiento de Joseph Raz, y se la ubica en el contexto del iusnaturalismo contemporáneo.

Palabras clave: Razón práctica, conceptos prácticos, Estado de derecho, positivismo, iusnaturalismo, paradigma.

ZUSAMMENFASSUNG

Der Beitrag befasst sich mit dem praktisch-normativen oder paradigmatischen Charakter von Rechtsbegriffen, insbesondere dem Begriff *rule of law*, sowie mit seinem erklärenden und leitenden Charakter auf dem Gebiet des Rechts. Dieser Ansatz wird anschließend dem Rechtspositivismus, insbesondere im Denken von Joseph Raz, gegenübergestellt, und in den Kontext des heutigen Rechtsnaturalismus eingeordnet.

Schlagwörter: Praktische Vernunft, praktische Konzepte, Rechtsstaat, Positivismus, Rechtsnaturalismus, Paradigma.

ABSTRACT

This present paper delves into the practical-normative or paradigmatic nature of legal concepts, particularly regarding the notion of Rule of Law, and its explanatory and direc-

* Doctor en Ciencias Jurídicas y Sociales y doctor en Filosofía. Catedrático de Filosofía Jurídica y de Bioética en la Universidad de Mendoza. Exinvestigador principal del Consejo Nacional de Investigaciones Científicas (Conicet) y exsecretario académico de la Universidad de Mendoza. Tiene publicados 28 libros y más de 160 artículos en América y en Europa sobre temas de filosofía del derecho, filosofía política, ética y bioética. carlos.massini@um.edu.ar.

tive character within the field of law. This perspective is then contrasted with that of legal positivism, particularly the thinking of Joseph Raz, and placed firmly within the context of contemporary natural law.

Keywords: Practical reason, practical concepts, Rule of Law, positivism, natural law, paradigm.

1. Un texto liminar

Hans Kelsen, el autor paradigmático del positivismo jurídico más intransigente, insertó en las páginas finales de la segunda edición de su *Teoría pura del derecho* una afirmación especialmente significativa; escribía allí este autor que:

la tentativa de legitimar al Estado como Estado de “derecho”, se descubre como enteramente inadecuada porque, como ya se recalcó, todo Estado, en ese sentido, tiene que ser un Estado de derecho, puesto que todo Estado es un orden jurídico. Ello no representa, sin embargo, ningún juicio de valor político. La limitación ya mencionada del concepto de Estado de derecho –continúa Kelsen– a un Estado que corresponda a las exigencias de la democracia y de la seguridad jurídica, implica admitir que solo el orden jurídico así tipificado pueda ser visto como un “verdadero” orden jurídico. *Pero tal supuesto es un prejuicio iusnaturalista.* También –concluye este autor– un orden coactivo relativamente centralizado de carácter autocrático, que no ofrezca, por su ilimitada flexibilidad, *ninguna seguridad jurídica*, es un orden jurídico.¹

En las páginas que siguen se va a explicitar y confirmar la afirmación central de Kelsen: que el de Estado de derecho, en su sentido más usual, es un concepto iusnaturalista y que, además, no puede ser comprendido adecuadamente fuera de ese contexto. Por supuesto que no se aceptará que se esté en presencia de un mero *prejuicio*, sino que se harán explícitas varias razones que justifican esa afirmación y aclaran su alcance y su sentido último. Además, la discusión tampoco permanecerá atada a las ideas kelsenianas, ya que ellas pertenecen actualmente a la historia de las ideas jurídicas y han dejado de tener presencia relevante –salvo para muy pocos autores aislados– en el debate iusfilosófico contemporáneo. Finalmente, y antes de comenzar el desarrollo de las argumentaciones, conviene aclarar que, en lo sucesivo, se utilizarán indistintamente las locuciones Estado de derecho, imperio de la ley, imperio del derecho o la expresión inglesa *rule of law*; existen autores prestigiosos que diferencian los conceptos según las diversas expresiones, pero

¹ Hans Kelsen, *Teoría pura del derecho*, trad. R. Vernengo, México D.F., Porrúa, 1995, p. 320 (cursivas agregadas).

aquí se designará con todas ellas a la significación focal, o caso central de la noción,² por la que se designa a aquella modalidad de gobierno político en la que –según lo consigna Brian Tamanaha– “tanto los oficiales públicos como los ciudadanos se hallan sujetos y actúan consistentemente con el derecho”.³

2. Sobre la formación de los conceptos en los saberes jurídicos

Ahora bien, la primera de las afirmaciones que ha de ser explicitada y defendida en esta oportunidad es la que sostiene que la aproximación noética o epistémica propia de los saberes jurídicos reviste carácter radicalmente *práctico*, es decir, ordenado constitutivamente a la dirección, valoración y moción de la conducta humana.⁴ Es más, el saber práctico propiamente dicho es aquel que se formula primordialmente *en primera persona*, por el mismo sujeto actuante, quien busca de manera razonable los principios, las normas y los valores necesarios para dirigir su conducta hacia su bien o perfección propia, no solo individual sino también colectiva o común.⁵ Dicho de otro modo, no hay un saber propiamente práctico que no revista un carácter directivo, o mejor, valorativo-directivo y que, por tanto, no considere a las normas y los principios como dirigidos a la misma persona actuante, a la que le conciernen directamente en cuanto sujeto de acción. Esta nota de la concepción clásica del conocimiento práctico ha sido redescubierta en el siglo pasado –aunque de modo menos preciso y completo– por autores enrolados en la *analytical jurisprudence*, tales como H. L. A. Hart con su propuesta del “punto de vista interno” como el propio del conocimiento jurídico.⁶

Pero por lo mismo que se trata de un conocimiento constitutivamente directivo de la conducta humana, el saber jurídico tiene por función proporcionar *razones para el obrar*, que es el modo en que se dirige humanamente el accionar propio de los seres humanos, accionar que es necesariamente electivo, o en otras palabras, libre, con libertad de albedrío. Este obrar –por ser electivo– no se causa eficientemente ni se produce al modo de una obra del arte o de la técnica, sino que se motiva razonablemente, proporcionando razones que lo justifican, y este es el modo propio –ya se dijo más arriba– de dirigir a

² John Finnis, *Aquinas. Moral, Political, and Legal Theory*, Oxford, Oxford University Press, 1998, pp. 40-51.

³ Brian Tamanaha, “A Concise Guide to the Rule of Law”, en Gianluigi Palombella y N. Walker (eds.), *Relocating the Rule of Law*, Oxford & Portland, Hart Publishing, 2009, p. 3.

⁴ Respecto de la noción de conocimiento práctico, ver Georg Kalinowski, *Teoria Poznania Praktycznego*, Lublin, Katolickiego Uniwersytetu Lubelskiego, 1960 (con un resumen del autor en francés); y Carlos I. Massini Correas, *La prudencia jurídica. Introducción a la gnoseología del derecho*, 2ª. ed., Buenos Aires, LexisNexis / Abeledo-Perrot, 2006, pp. 147 y ss.

⁵ En este punto, ver Giuseppe Abbà, *Quale impostazione per la filosofia morale?*, Roma, LAS, 1996, pp. 42 y *passim*. Y también: Giuseppe Abbà, *Felicità, vita buona e virtù. Saggio di filosofia morale*, Roma, LAS, 1989, pp. 97 y ss.

⁶ H. L. A. Hart, *The Concept of Law*, 2ª. ed., Oxford, Oxford University Press, 1997, pp. 88-91.

seres racionales como los humanos.⁷ Estas razones consisten raigalmente en referencias a bienes humanos, que aparecen como proporcionados o adecuados a la perfección del sujeto actuante, y que son los que dan el sentido, alcance y exigencia a su accionar deliberado y electivo.⁸

Ahora bien, estos bienes, que son las dimensiones del perfeccionamiento humano, revisten carácter múltiple y se presentan en la realidad práctica en diferentes grados y modalidades,⁹ y por ello el modo propio de conceptualizarlos es el de la *analogía*, según la cual ciertas realidades aparecen a la experiencia cognitiva de un modo diverso, diferenciado y matizado, pero en cierta medida unitario.¹⁰ Estas entidades, en especial las humano-sociales, se conocen a través de la captación analógica –es decir, semejante pero no idéntica– de un *caso central* en el que la índole propia del objeto estudiado aparece de modo más completo, perfecto o acabado; puede decirse de modo “paradigmático”, tomando esta palabra en su sentido original griego y no en el que le han dado algunas versiones de la epistemología actual.¹¹ A este caso paradigmático del objeto estudiado se refiere la que Finnis llama “significación focal” o primaria, que es aquella en que las notas del concepto se presentan de manera integral. Pero al lado de esa “significación focal” aparecen también otros modos de designar a aquellas realidades o aspectos que no revisten esa centralidad, pero que son formas desviadas, imperfectas o “diluidas” de esa misma realidad y, por tanto, del concepto que la aprehende.

En este sentido, afirma Finnis que a raíz de:

la sistemática multiplicidad de significados de los términos que usamos, se puede diferenciar lo maduro de lo inmaduro en los asuntos humanos, lo refinado de lo primitivo, lo plenamente realizado de lo corrompido, el buen ejemplar del caso desviado, lo que se dice “con propiedad”, “sin restricciones” y “hablando de un modo absoluto” (*simpliciter*) de lo que se dice “en cierto sentido”, “por decirlo así” o “de algún modo” (*secundum quid*), pero todo esto sin ignorar o desterrar a otra disciplina los casos de la materia de estudio que sean inmaduros, primitivos, corrompidos, desviados o que de cualquier otra forma sean ejemplos de ella solo “en sentido restringido” o bien “en un sentido amplio”.¹²

⁷ Ver Mark Murphy, *Philosophy of Law*, Malden-Oxford-Carlton, Blackwell Publishing, 2007, pp. 6-45.

⁸ Ver John Finnis, “Limited Government”, en *Human Rights and Common Good*, Collected Essays, vol. III. Oxford, Oxford University Press, 2011, pp. 88-89.

⁹ *Ibid.*

¹⁰ Sobre la noción de analogía, ver C. Fabro, “Nuovi orizzonti dell’analogia tomistica”, en *Esegesi tomistica*, Roma, Liberia Editrice della Pontificia Università Lateranense, 1969, pp. 407-421; Ralph McInerny, *Studies on Analogy*, The Hague, Martinus Nijhoff, 1968; y Bernard Montagnes, *La doctrine de l’analogie de l’être d’après Saint Thomas d’Aquin*, Louvain-Paris, Publications Universitaires/Béatrice-Nauwelaerts, 1963.

¹¹ Como por ejemplo: Thomas Kuhn, *La estructura de las revoluciones científicas*, trad. C. Solís, México, FCE, 2007.

¹² Finnis, *Natural Law and Natural Rights*, *op. cit.*, p. 3.

Esto significa que la determinación del “caso central” de una realidad ha de ser determinada necesariamente de modo axiótico, valorativo o normativo, es decir, desde el punto de vista de la mejor –o más valiosa– realización de esa realidad; en otras palabras, desde la perspectiva de su más plena y acabada concreción, de aquella de sus varias realizaciones que en mayor medida realiza las notas constitutivas de su índole propia.

En ese sentido, existen varias instancias de sociedad política, de constitución o de derecho, pero solo algunas de ellas revisten carácter modélico o ejemplar, con referencia a las cuales las restantes concreciones –defectivas, diluidas o incompletas– pueden denominarse también “sociedad política”, “constitución” o “derecho”.¹³ Pero en estos últimos casos no se tratará de “casos centrales” ni se los designará con “significaciones focales”, sino que se estará en presencia de “sociedades políticas”, “constituciones” o de “derecho” solo en un cierto sentido, en un sentido amplio, o –utilizando la correspondiente expresión latina– *secundum quid*. Pero, además, conviene reiterar que los casos centrales de cada una de esas realidades no tienen solo un valor epistémico o noético, es decir, hacen posible su conocimiento, sino que revisten también un carácter modélico o ejemplar desde el punto de vista práctico; son “paradigmas” en el sentido platónico,¹⁴ ideales por alcanzar y que sirven para medir el valor práctico –con más precisión: práctico-ético o práctico-moral– de las restantes realidades de la misma índole.

En un libro reciente, Nigel Simmonds propone, como superación de la perspectiva propia del positivismo analítico, una concepción según la cual la noción de derecho no puede ser reducida a una mera descripción no valorativa de las instituciones que se denominan “jurídicas”, sino que debe incluir necesariamente una referencia a la justificación –que debe ser inevitablemente moral– de su fuerza obligatoria. Sostiene Simmonds que esta actitud “implica un rechazo de la idea de que un ‘análisis’ de la naturaleza del derecho puede ser separado de nuestra comprensión moral. ‘Derecho’, [...] es una idea moral; y una indagación acerca de la naturaleza del derecho requiere de nosotros recurrir a nuestro conocimiento moral”.¹⁵

Y más adelante reitera “que ‘derecho’ es una idea intrínsecamente moral, y que la investigación acerca de la naturaleza del derecho es, en definitiva, una forma de indagación moral”, y en consecuencia, “los debates acerca de contenidos específicos de los sistemas de derecho, no pueden nunca ser separados completamente de la indagación filosófica sobre la naturaleza del derecho como tal”.¹⁶ Por tanto, para este autor, independizar el estudio del derecho de su dimensión valorativa significa caer necesariamente en el *reductivismo*, que no solo elimina de la noción de derecho una de sus dimensiones constitutivas, sino que deja sin explicación las notas centrales del lenguaje jurídico co-

¹³ Cf. Carlos I. Massini-Correas, “Sobre ciencia práctica y *prudentia*. Aproximaciones desde las ideas de John Finnis”, *Sapientia*, núm. LXVI/227-228, 2010, pp. 41-53.

¹⁴ Ver Platón, *Político*, 278, b-e y 279, a.

¹⁵ Nigel Simmonds, *Law as a Moral Idea*, Oxford, Oxford University Press, 2008, p. 4.

¹⁶ *Ibid.*, p. 6.

riente, que contienen continuas referencias a elementos valorativos y a justificaciones de carácter racional-valorativo.¹⁷

Esta afirmación de la presencia de un elemento valorativo-normativo en la elaboración de un concepto integral de “derecho” ha sido defendida asimismo por varios autores contemporáneos, como Robert Alexy, con su propuesta acerca del carácter “dual” del concepto de derecho;¹⁸ por John Finnis, cuando sostiene que “desde que la creación y mantenimiento de sistemas jurídicos se realiza por razones, y como cada razón para la acción presupone y/o propone evaluaciones, toda explicación general de los sistemas jurídicos (o bien: del concepto de derecho y de sistema jurídico) debe identificar estas evaluaciones configuradoras”,¹⁹ también por Julie Dickson, cuando analiza –y critica– la versión finnisiana de la naturaleza dual del derecho;²⁰ por Mark Murphy, en la parte central de su *Philosophy of Law*,²¹ y por varios autores más, entre los que se debe contar asimismo a destacados historiadores del derecho, como Harold Berman y Paolo Prodi.²²

La síntesis de todas estas aseveraciones y teorías conduce directamente a la doble afirmación, cada vez más difundida y defendida, 1) de la imposibilidad de una *mera descripción* del fenómeno jurídico, es decir, de la inanidad del intento de explicar el derecho desde una perspectiva pura y simplemente fáctica, sin referencia alguna a valores o justificaciones racional-normativas;²³ y 2) del carácter constitutivamente *práctico-paradigmático* del concepto de derecho, en razón de su necesaria inclusión de una dimensión modélica o ejemplar –un “caso central”– en el que la realidad explicada alcanza su plenitud, integralidad o excelencia. En este último sentido, el conocimiento jurídico, en todos sus planos de universalidad-singularidad,²⁴ reviste constitutivamente carácter normativo o deóntico, es decir, *práctico*, ordenado a la dirección racional de la conducta humana. Por supuesto que en el marco del conocimiento práctico-jurídico existirán necesariamente proposiciones teórico-descriptivas, así como estimativo-valorativas,

¹⁷ *Ibid.*, pp. 14-36.

¹⁸ Robert Alexy, *El concepto y la naturaleza del derecho*, trad. C. Bernal Pulido, Madrid, Marcial Pons, 2008.

¹⁹ John Finnis, “Legal Philosophy: Roots and Recent Themes”, en *Philosophy of Law*, Collected Essays, vol. IV. Oxford, Oxford University Press, 2011, p. 165. En el texto citado es evidente que cuando el autor habla de “razones” se está refiriendo a razones *prácticas*.

²⁰ Julie Dickson, “Law and Its Theory: a Question of Priorities”, en J. Keown y R. P. George (eds.), *Reason, Morality and Law. The Philosophy of John Finnis*, Oxford, Oxford University Press, 2013, pp. 361-378.

²¹ Murphy, *Philosophy of Law*, *op. cit.*, pp. 35-43.

²² Ver Harold Berman, *La formación de la tradición jurídica de Occidente*, trad. M. Utrilla de Neira, México, FCE, 1996; Paolo Prodi, *Una historia de la justicia*, trad. L. Padilla López, Buenos Aires, Katz, 2008.

²³ Ver en este punto Eugenio Bulygin, *El positivismo jurídico*, México, Fontamara, 2006, pp. 96 y ss.

²⁴ Ver Yves Simon, *A Critique of Moral Knowledge*, trad. R. McInerny, New York, Fordham University Press, 2002.

pero en el contexto de una ordenación práctico-normativa, y subordinadas a la finalidad directiva general de ese ámbito del conocimiento.²⁵

3. La cuestión del *rule of law* y el iusnaturalismo

Ahora bien, la cuestión del gobierno del derecho, es decir, de la necesidad (deóntica) de que 1) el accionar de los gobernantes esté regulado por ciertas normas jurídicas que le impongan límites, tanto de forma como de contenido, y eviten de ese modo la discrecionalidad y, en el límite, la arbitrariedad de los mandatarios; 2) que las actividades de los sujetos de la comunidad política se encuentren sometidas a reglas racionales y estables, de modo tal que se garanticen la certeza, previsibilidad y seguridad de los intercambios y las transacciones, pertenece casi en exclusividad a la tradición occidental del pensamiento político y jurídico.²⁶ Más precisamente, tiene sus orígenes en el pensamiento griego clásico,²⁷ en las obras de Platón (principalmente *Las leyes*) y de Aristóteles (especialmente *La Política*),²⁸ adquiere su desarrollo a lo largo de la Edad Media y, luego de un intervalo absolutista, resurge en la Ilustración adquiriendo formas diversas a lo largo de los siglos XIX y XX, hasta culminar en las formulaciones más actuales, entre las que se destaca la propuesta en la segunda mitad del siglo pasado por Lon Fuller.²⁹

Pero más allá de sus orígenes griegos y su renacer actual, la cuestión que debería dilucidarse aquí es la siguiente: ¿cuál es el papel del *rule of law* en el contexto de una concepción práctico-paradigmática del derecho?; o bien: ¿tiene algún sentido específico el gobierno del derecho en una sistemática iusnaturalista?; finalmente, ¿es cierto, como dice Kelsen, que el gobierno del derecho es un “prejuicio iusnaturalista”, es decir, una noción constitutivamente perteneciente a la *natural law theory*?

La respuesta debe partir de la base de que el concepto de derecho, en una perspectiva iusnaturalista,³⁰ ha de incluir necesariamente una dimensión valorativo-moral o

²⁵ Sobre la noción de concepto o idea práctica, ver el exhaustivo libro de Carlos Llano, *Sobre la idea práctica*, Pamplona, Eunsa, 2007, pássim.

²⁶ Gianluigi Palombella, “The Rule of Law and its Core”, en G. Palombella y N. Walker (eds.), *Relocating the Rule of Law*, *op. cit.*, p. 18.

²⁷ De hecho, Heródoto sostiene que el ser gobernados por la ley más que por la voluntad del gobernante es lo que distingue a los griegos de los no griegos. Ver Clifford Angell Bates, “Law and the Rule of Law and Its Place Relative to *Politeia* in Aristotle’s Politics”, en L. Huppes-Cluysenaer y N. Coelho (eds.), *Aristotle and the Philosophy of Law: Theory, Practice and Justice*, Dordrecht, Springer, 2013, p. 59.

²⁸ Aristóteles, *Política*, III, 16, 1287 a 18.

²⁹ Lon L. Fuller, *The Morality of Law*, New Haven & London, Yale University Press, 1969 (Revised Edition). Sobre Fuller, ver Angela Vidal da Silva Martins, *A moralidade do direito como condicao de liberdade em Lon Fuller*, Porto Alegre, Lex Magister, 2013.

³⁰ Sobre la noción de iusnaturalismo, ver Guido Soaje Ramos, “Sobre derecho y derecho natural. Algunas observaciones epistemo-metodológicas”, *Ethos*, núms. 6/7, 1978/79; y “Diferentes concep-

estimativo-ética. Dicho en otras palabras, desde esa perspectiva, la validez o el valor obligante del derecho incluye necesariamente –además de su procedencia de una autoridad legítima– una dimensión o elemento práctico-estimativo. Y es por ello que, si en una determinada doctrina, el valor moral de la ley no tiene ningún papel en la constitución misma del derecho o en la fuerza obligatoria que le es propia, resultará difícil que pueda calificársela de iusnaturalista. Entre estas últimas doctrinas existen variaciones respecto a la modalidad y el alcance de esa dimensión moral, pero ninguna doctrina que se pretenda iusnaturalista puede eliminar ese elemento ético-valorativo de la estructura constitutiva propia del derecho.³¹

En este sentido, Mark Murphy distingue tres “niveles” en el iusnaturalismo:³² 1) el *fuerte* (*strong*), que ejemplifica con la obra de Michael S. Moore, según el cual una o unas normas que no cumplen racionalmente con la función propia del derecho –servir a la justicia– no revisten carácter jurídico en ningún sentido relevante;³³ 2) el meramente *moral*, conforme al cual la justicia o injusticia –o racionalidad o irracionalidad– de las leyes no afecta nunca su validez o su carácter jurídico, sino solo elimina o difumina la obligación moral de obedecer al derecho; se estaría en cualquier caso frente a un derecho válido, pero sin obligación de obediencia; Murphy ejemplifica esta posición con las propuestas de Philip Soper³⁴ y el Finnis de *Natural Law and Natural Rights*;³⁵ 3) el iusnaturalismo *débil* (*weak*), según el cual la irracionalidad o injusticia de la ley no la convierte en inválida en la gran mayoría de los casos, sino solo cuando se está frente a una injusticia grave y evidente; aquí una ley injusta sigue siendo derecho, pero derecho defectivo, diluido o *secundum quid*; Murphy se coloca a sí mismo en esta categoría, junto con Norman Kretzmann y el Finnis del reciente artículo *Natural Law Theories*.³⁶

Pero sea cual sea la versión del iusnaturalismo que se adopte como más sólida –la que aparece como más adecuada a la tradición clásica es la que Murphy llama débil (*weak*)– queda en claro que, en clave iusnaturalista, la naturaleza del derecho incluye una dimensión o elemento valorativo-moral. Por tanto, para que una definición de “derecho” resulte correcta debe incluir una referencia a ese elemento estimativo, so pena de dejar fuera

ciones del derecho natural”, *Ethos*, núms. 10/11, 1982/83. Sobre el pensamiento iusfilosófico de Soaje Ramos, ver Carlos I. Massini Correás, “Nota sobre el concepto de derecho, de Tomás de Aquino a Guido Soaje Ramos”, *Sapientia*, núm. LXV-225/226, 2009, pp. 187/194.

³¹ Este tema se ha tratado en otro lugar; ver Carlos I. Massini Correás, “La máxima ‘lex iniusta non est lex’ y algunas opiniones contemporáneas”, en A. L. González y M. I. Zorroza (eds.), *In umbra intelligentiae. Estudios en homenaje al Prof. Juan C. Cruz*, Pamplona, Eunsa, 2011, pp. 587-604.

³² Mark Murphy, “Natural Law Jurisprudence”, *Legal Theory*, núm. 9, pp. 241-267; en especial, pp. 243-244.

³³ Ver Michael S. Moore, “Law as a Functional Kind”, en R. P. George (ed.), *Natural Law Theory*, Oxford, Oxford University Press, 1992, pp. 188-197.

³⁴ Murphy, *op. cit.*, pp. 245 y ss. Ver Philip Soper, “Legal Theory and the Problem of Definition”, *University of Chicago Law Review*, núm. 50, pp. 1170-1200.

³⁵ Ver Finnis, *Natural Law and Natural Rights*, *op. cit.*, pp. 363 ss.

³⁶ John Finnis, “Natural Law Theories”, en *Stanford Encyclopedia of Philosophy*. Disponible en: <http://plato.stanford.edu/entries/natural-law-theories/>.

de la definición toda una parte de la realidad jurídica, y lo que es más aún, la parte más relevante. Y, además, la que constituye su diferencia específica, ya que todo un cúmulo de instituciones, prácticas, actos de fuerza, discursos o hábitos concebidos sin referencia alguna al bien humano –en definitiva, a la justicia– no pueden ser pensados como instancias de “derecho”. “Desde que la justicia –escribe Finnis– es el verdadero objetivo de tener y respetar el derecho en cuanto tal, una particularmente [grave] deficiencia en materia de justicia le quita el significado decisivo que toda ley pretende tener”³⁷ y la hace “no solo no defectiva moralmente, sino también jurídicamente inválida”.³⁸

Ahora bien, en esa dimensión ideal-moral constitutiva del derecho –y por tanto también del concepto de derecho– ¿cuál es el papel que cumple el *rule of law*?; este último, ¿pertenece efectivamente a esa dimensión ético-valorativa, o se trata de una mera exigencia técnica sin valor moral alguno? Fuller, Finnis, Simmonds y varios otros han defendido –frente a la postura de autores como Joseph Raz–³⁹ que se trata –en el caso del gobierno del derecho– de exigencias en definitiva morales, toda vez que están dotadas de una justificación basada en la promoción y defensa del bien humano. Ha escrito Finnis que las exigencias del *rule of law*

son coherentes como conjunto de *desiderata* (o requerimientos) porque son implicancias o especificaciones de la aspiración y el deber [se entiende que moral] de tratar a la gente como presuntivamente titulada –como materia de ecuanimidad y justicia– para ser tratadas como personas, fundamentalmente iguales a sus gobernantes, no como títeres o peones de ajedrez para ser administrados y puestos en orden por manipulación, incertidumbre, miedo, etc.⁴⁰

Se trata aquí entonces de razones de justicia, ecuanimidad, respeto por la dignidad humana, etc., es decir, de inequívocas razones morales⁴¹ que confieren al imperio del derecho una clara connotación ética.

Pero en el marco de esa dimensión moral del derecho, el *rule of law* cumple una función que puede denominarse formal o formal-procedimental, y que consiste en el establecimiento de una serie de requisitos referidos a procedimientos, exigencias de publicidad y transparencia, y requisitos de coherencia, que crean el marco o contexto en el cual resulta más fácil y eficaz la concreción de los requerimientos jurídico-morales de contenido. Es claro que una norma jurídica previa, publicada, clara en su redacción y aplicada conforme a su tenor, es un vehículo mucho más apto para la dirección del

³⁷ *Ibid.*, p. 17.

³⁸ *Idem.*

³⁹ Ver Joseph Raz, *The Authority of Law. Essays on Law and Morality*, Oxford, Clarendon Press, 1997, pp. 244 ss.

⁴⁰ Finnis, “Natural Law Theories”, *op. cit.*, p. 7.

⁴¹ En un sentido similar, Aristóteles escribe que “todo lo legal es en cierto modo justo”, afirmando que aun la ley positiva no plenamente justa en su contenido tiene un cierto valor moral y se ordena al bien de los hombres (Aristóteles, *Ética nicomaquea*, V, 1, 1129 b 12).

obrar humano común que una que sea posterior a los hechos, permanezca oculta, resulte ininteligible y se aplique en sentido contrario a sus mandatos. Esto significa que la posibilidad de ser conocida, o su transparencia, así como su aplicación leal a los hechos, son valores morales y no meramente técnicos.

Por supuesto que la justicia del derecho normativo no será alcanzada si sus mandatos no se ordenan al bien común de la sociedad completa y sí al provecho particular de un grupo de mafiosos o a la ventaja exclusiva de una pandilla de políticos corruptos. Pero es claro que la actuación de cualquiera de esos grupos se vería enormemente dificultada y hasta impedida por la presencia de los *desiderata* del gobierno del derecho. En otras palabras, una ley justa, que es una ley *simpliciter* o en sentido focal, necesita de la presencia de dos elementos o dimensiones: ordenación de sus contenidos al bien de la comunidad y cumplimiento de las exigencias del *rule of law*. La ausencia de uno de estos elementos significa que se está en presencia de una ley solo *secundum quid* o defectiva, y que puede considerarse injusta no solo por su contenido, sino también por su forma, tal como lo enseña Tomás de Aquino al hablar de la injusticia de las leyes humanas.⁴²

4. Sobre el *rule of law*, la idea paradigmática del derecho y una objeción

De lo que se ha desarrollado hasta ahora es posible extraer algunos corolarios centrales: 1) en razón de que el derecho es una realidad práctica –que exige realización a través del accionar humano–, el conocimiento que le es propio es también práctico, es decir, directivo y valorativo de la praxis humana; 2) un conocimiento directivo y valorativo debe referirse constitutivamente a un ideal o paradigma en el que se concrete la realización de ciertos bienes humanos que actuarán como razones para el obrar –para la praxis– de los sujetos de derecho; 3) en el caso del derecho, ese ideal se constituye a través de dos dimensiones o elementos: uno formal procedimental, que se denomina genéricamente “gobierno del derecho”, y otro de contenido o sustantivo, que se concreta en la referencia de normas y acciones hacia el bien común de la sociedad política;⁴³ 4) por tratarse, en el caso de “derecho”, de una predicación analógica, su caso central y su significación focal se referirán a aquel conjunto de normas y acciones en las que se concretan las exigencias del *rule of law* y, además, existe una intrínseca ordenación hacia el bien humano común; si falta la primera es casi imposible la referencia al bien común; si falta esta última, se tratará de un derecho meramente defectivo, malogrado o fallido; justo solo “en cierta medida”, como dice el Estagirita en el texto citado

⁴² Ver Tomás de Aquino, *Summa Theologiae*, I-II, q. 96, a. 4.

⁴³ Sobre la noción de bien común y sus avatares contemporáneos, ver Carlos I. Massini Correás, “Privatización y comunidad del bien humano. El liberalismo deontológico y la respuesta realista”, *Anuario Filosófico*, núm. XXVII/2, 1994, pp. 817-828; Alasdair MacIntyre, “The Privatization of Good. An Inaugural Lecture”, *The Review of Politics*, núms. 52/3, 1990, pp. 346 y ss.

arriba;⁴⁴ finalmente, 5) una aproximación a la naturaleza del derecho que tenga en cuenta su carácter práctico habrá de referirse, por tanto y principalmente, a su realidad paradigmática o ideal, en la que se dan de modo pleno las notas constitutivas del derecho en su significación completa o focal; las restantes significaciones podrán ser pensadas como derecho solo en la medida en que se vinculen, refieran o deriven de la significación central.

Ahora bien, esta perspectiva práctico-paradigmática acerca de la naturaleza del derecho ha sido objeto de varias críticas de parte de autores destacados; por razones de espacio se hará aquí referencia solo a una de ellas: la del destacado iuspositivista Joseph Raz. Él ha criticado diferentes versiones de la concepción paradigmática del gobierno del derecho y ha propuesto presentaciones alternativas, todas marcadas por el estilo de la *analytical jurisprudence*. Raz, en un trabajo publicado como “Formalism and the Rule of Law”,⁴⁵ ataca frontalmente la versión del gobierno del derecho formulada por el profesor de Toronto Ernest Weinrib, quien lo expone en un artículo aparecido en el *Yale Law Journal* con el título de “Legal formalism: On the Immanent Rationality of Law”. Para este último autor, el *rule of law* exige que la naturaleza del derecho sea su propio fin, algo así como su forma esencial, como su racionalidad inmanente, que reviste en definitiva carácter moral.

Según lo resume Raz, Weinrib piensa que “el *rule of law* no es un ideal político entre varios otros [...]. Es la única y excluyente virtud⁴⁶ del derecho. Para entenderlo debemos nada más que entender la naturaleza del derecho, y respecto a ello debemos nada más que dejar la naturaleza esencial del derecho desentrañarse a sí misma sin dificultades en el interior de sus instituciones y doctrinas. La teoría del *rule of law* es simplemente la teoría del derecho”.⁴⁷ En otras palabras, el gobierno del derecho sería idéntico a la naturaleza del derecho y cumpliría una función paradigmática (*paradigmatic legal function*), no solo respecto de la forma sino también del contenido del derecho. Esto lo resume Raz al sostener que el *rule of law* es –para Weinrib–

un ideal que el derecho de este o aquel Estado pueden o no seguir. Deriva de las propiedades esenciales del derecho, y la conformidad con él asegura que la gente sea gobernada por el derecho y no por los hombres. Más aún, este ideal protege a la gente de ser gobernada por la política. En su lugar ella será, en la medida en que el ideal es observado, gobernada solo por el derecho.⁴⁸

⁴⁴ Sobre la inteligencia de este texto, ver Richard Kraut, *Aristotle. Political Philosophy*, Oxford, Oxford University Press, 2002, pp. 111-118.

⁴⁵ Joseph Raz, “Formalism and the Rule of Law”, en R. P. George (ed.), *Natural Law Theory. Contemporary Essays*, Oxford, Clarendon Press, 1994, pp. 309-340.

⁴⁶ Corresponde consignar que Raz, del mismo modo que Rawls y otros autores, utilizan generalmente la palabra “virtud” en el sentido inequívoco de “valor” o “cualidad axiótica”.

⁴⁷ Raz, “Formalism and the Rule of Law”, *op. cit.*, pp. 310-311.

⁴⁸ *Ibid.*, p. 313.

Y agrega en la misma página: “el derecho no ha de ser identificado con el derecho positivo. Mientras el derecho positivo sofisticado intenta realizar lo que es el derecho y darle efecto [...] puede ser que lo haga mal, y que quede en contradicción con el derecho”.⁴⁹ En resumen, para Weinrib –al menos en la versión de Raz– el *rule of law*, que se identifica con las cualidades esenciales del derecho, no es nada más que un ideal moral inmanente al derecho, ideal que a su vez le otorga y hace posible su inteligibilidad.

Frente a esta concepción, similar en varios aspectos a la ya expuesta, Raz desarrolla una serie de argumentos críticos de diferente valor y eficacia; pero el principal (*the main difficulty*) es el que consiste en que

no es claro que un derecho menos que justo (o aun injusto) no sea completamente inteligible o que sea incoherente. La inteligibilidad se relaciona con la habilidad para ser entendido. Un lenguaje ininteligible es aquel que no puede ser entendido. Pero las leyes injustas son, generalmente, perfectamente bien entendidas [...]; puede haber una injusticia coherente.⁵⁰

Para Raz, como en general para casi todos los positivistas, es preciso separar completamente la cuestión de lo que el derecho *es* de la que se refiere a lo que el derecho *debe ser*, y esta última no influye en la comprensión –en el concepto– del derecho; este puede ser –y es bueno que lo sea– entendido perfectamente sin referencia alguna a su justicia, o en general a cualquier dimensión valorativa. “El derecho justo –escribe Raz– es como la persona moralmente buena. Es el derecho que posee en la recta medida todas las virtudes que el derecho debería poseer”.⁵¹ Pero no debe ser confundido con lo que el derecho pura y simplemente es; desde esta perspectiva, el derecho injusto es derecho exactamente en la misma medida en que lo es el derecho justo.

Y consistentemente con lo anterior, Raz sostiene que el *rule of law* puede ser un ideal moral del derecho, pero nunca confundirse con su forma propia y esencial; en este sentido, una instancia del derecho que no respetara el *rule of law* sería derecho en igual medida que aquel que lo respetara; podría ser derecho injusto o inmoral, pero en cuanto a su naturaleza o esencia no existiría mutación alguna. En ese sentido, el gobierno del derecho formaría parte –según Raz– de la moralidad o justicia del derecho, pero nunca de su definición o concepto; sería una perfección o excelencia del derecho, pero extrínseca a su naturaleza esencial.⁵²

Pero en definitiva, ¿tiene razón Raz en sus críticas? En un trabajo incluido en el mismo volumen que el de Raz,⁵³ Weinrib se defiende de los reparos elaborados por el antiguo

⁴⁹ *Idem.*

⁵⁰ *Ibid.*, p. 324.

⁵¹ *Ibid.*, p. 326.

⁵² Para completar esta formulación, ver Joseph Raz, “The Rule of Law and its Virtue”, en *The Authority of Law. Essays on Law and Morality*, Oxford, Clarendon Press, 1997, pp. 210-229.

⁵³ Ernest Weinrib, “Why Legal Formalism”, en R. P. George (ed.), *Natural Law Theory. Contemporary Essays*, Oxford, Clarendon Press, 1994, pp. 341-364.

profesor de Oxford, sosteniendo –con gran parte de razón– que este último no alcanzó a comprender el carácter normativo de su concepto de derecho y que, por tanto, lo critica desde una perspectiva que denomina “distintiva” o “esencial”, es decir, meramente teórico-descriptiva, incapaz de captar el carácter ideal-moral, intrínseco al derecho, que Weinrib otorga al *rule of law*.⁵⁴ Pero más allá de las impugnaciones dirigidas específicamente a las doctrinas de este autor, es claro que la posición de Raz se ve afectada y debilitada por su perspectiva positivista, que resulta insuficiente para la comprensión de los conceptos práctico-normativos que revisten constitutivamente carácter paradigmático o ideal y, en cualquier instancia, valorativo.⁵⁵

Asimismo, el punto de vista de Raz desconoce la índole analógica de las ideas propias del pensamiento práctico. En efecto, tal como se desarrolló más arriba, los conceptos prácticos –y en especial el de derecho– son mayoritariamente analógicos y se extienden a un cierto número de realidades diversas, de las cuales se predica el concepto –y el término– de que se trate, aunque solo de un modo similar: diluido, defectivo, eminente, inmaduro, en cierto sentido (*secundum quid*), etc. Por ello es posible denominar “derecho” o “gobierno del derecho” a un estado de cosas no completamente justo o aun lisa y llanamente injusto, sin que deba excluírsele de la significación –analógica– del concepto. En este sentido, un sistema normativo en el que la coherencia de la actividad administrativa con el tenor de la legislación no sea completa o adecuada, podrá seguir incluyéndose –hasta cierto límite– entre los sistemas que respetan el *rule of law*, aunque sea de un modo defectivo.

Esto significa que la presencia o no del gobierno del derecho en un determinado sistema jurídico puede serlo en mayor o menor medida; no se trata por tanto de una lógica binaria de *on-off* o encendido-apagado, sino de una realidad que se presenta en grados y con diferentes modalidades y extensión. Y que, además, nunca alcanza en los hechos su perfección completa, sino que siempre se encuentra en procura o búsqueda de su plenitud, sin lograr jamás alcanzarla, ya que esa es la índole propia de las cosas humanas.⁵⁶ Por tanto, la objeción de Raz acerca de que un sistema jurídico en el que no se dieran plenamente las notas del *rule of law* quedaría fuera de esta noción, queda sin fundamento una vez que se ha aclarado el carácter práctico y analógico del concepto de gobierno del derecho.

5. Tiranía, virtudes morales y *rule of law*

Finalmente, y antes de resumir las principales conclusiones que se desprenden de lo hasta aquí desarrollado, queda por precisar una cuestión: la de saber si es posible la existencia de un gobierno del derecho en el marco de un gobierno político movido por

⁵⁴ *Ibid.*, pp. 358-360.

⁵⁵ Ver Finnis, *Natural Law and Natural Rights*, *op. cit.*, pp. 3-22.

⁵⁶ Ver, en este punto, Pierre Rodrigo, *Aristote et les “choses humaines”*, Bruxelles, Ousia, 1998.

intereses primordialmente tiránicos, es decir, ordenado a la satisfacción de los intereses de los grupos gobernantes y no del bien común de los ciudadanos. En este sentido, Finnis sostiene que “una tiranía entregada a fines perniciosos no tiene *razón* por sí misma suficiente para someterse a la disciplina de operar coherentemente por medio de exigentes procesos de derecho, supuesto que el sentido racional de tal disciplina es precisamente el valor de la reciprocidad, la equidad y el respeto por las personas que el tirano, *ex hypothesi*, desprecia”.⁵⁷

Pero no obstante esto, sostiene Finnis que también es posible que:

en cualquier época en que el ideal del derecho, de la legalidad y del imperio del derecho goza de una popularidad ideológica [...], los conspiradores contra el bien común procurarán ordinariamente obtener y retener el poder por medio de una adhesión a formas constitucionales y legales que sea “escrupulosa” a pesar de ser insincera, temporal y motivada tácticamente. De este modo –concluye– el imperio del derecho no garantiza todos los aspectos del bien común, y a veces no asegura ni siquiera lo sustancial del bien común.⁵⁸

En este punto, el profesor australiano expone su versión de la doctrina, expuesta sintéticamente al comienzo de este trabajo, del carácter doble o dual del concepto paradigmático de derecho, que se integra por una dimensión contenutística o sustantiva y por otra de carácter formal-procedimental. Esta última dimensión es la que corresponde al *rule of law*, centrada en un conjunto de procedimientos y formalidades que facilitan y resguardan la realización efectiva del elemento de contenido, consistente en la ordenación efectiva del derecho al bien común político.

También otros autores han defendido la tesis de esta doble dimensión del elemento valorativo de la idea de derecho, pero conectando el *rule of law* con la ética de las virtudes y poniendo de relieve que los requisitos del imperio del derecho deben ser complementados con las virtudes de los gobernantes y ciudadanos, que son las que garantizan la rectitud y eficacia de los contenidos del derecho. Entre estos autores se encuentran, entre varios otros, Francesco Viola,⁵⁹ Michele Mangini,⁶⁰ Russell Hittinger⁶¹ y Lawrence Solum.⁶² Pero también están quienes reducen el elemento ideal del derecho a sus aspec-

⁵⁷ Finnis, *Natural Law and Natural Rights*, *op. cit.*, p. 273.

⁵⁸ *Ibid.*, p. 274.

⁵⁹ Francesco Viola, “Legge umana, *rule of law* ed etica delle virtù in Tommaso d’Aquino”, en Michele Mangini & Francesco Viola, *Diritto naturale e liberalismo. Dialogo o conflitto?*, Torino, Giappichelli Editore, 2009, pp. 3-63.

⁶⁰ Michele Mangini, “Dal diritto alle virtù”, en M Michele Mangini & Francesco Viola, *Diritto naturale e liberalismo. Dialogo o conflitto?*, *op. cit.*, pp. 65-111.

⁶¹ Russell Hittinger, “Natural Law and Virtue: Theories and Cross Purposes”, en George (ed.), *op. cit.*, pp. 42-70.

⁶² Lawrence Solum, “*Virtue jurisprudence*. Una teoría de la decisión judicial centrada en las virtudes”, *Persona & Derecho*, núm. 69, 2013, pp. 5-51.

tos formal-procedimentales, entre ellos el *rule of law*, sobre la base de que, a partir de las críticas de la modernidad al pensamiento clásico, no es posible la apelación a principios ético-jurídicos de contenido como baremos de corrección del sistema jurídico, aunque sí solo a los de carácter procedimental. Entre estos últimos autores corresponde destacar a Gianluigi Palombella⁶³ y a Jürgen Habermas,⁶⁴ quienes han expuesto esta doctrina en trabajos de especial interés.

6. Conclusiones sumarias

A la hora de extraer las conclusiones de los desarrollos realizados hasta ahora corresponde decir solamente que la versión paradigmática del *rule of law* que se ha expuesto en estas páginas tiene especialmente en cuenta el carácter práctico que reviste el concepto de derecho en los saberes jurídicos. Estos saberes se distinguen, en cuanto práctico-normativos, de los saberes *acerca del derecho*, como la sociología o la historia del derecho, que son meramente descriptivos, pero no revisten en sí mismos carácter normativo o modélico. Los saberes normativos propiamente dichos han de tener un objeto formalmente práctico, un fin directivo de la conducta humana y un modo predominantemente sintético-compositivo de conocer.⁶⁵

A su vez, dentro del concepto paradigmático de derecho, que funciona como análogo focal de ese concepto y designa el caso central y ejemplar del derecho, es posible distinguir dos elementos: 1) el sustantivo o de contenido, centrado en la ordenación efectiva al bien común de la sociedad completa, y 2) el formal o procedimental, que consiste en el cumplimiento de ciertos requisitos procesales que protegen la transparencia, practicabilidad e imparcialidad del derecho. Desde esta perspectiva, un orden jurídico que cumpla con esos requisitos formales y además se ordene al bien común⁶⁶ –lo que supone necesariamente una cierta cuota de virtud–, y al hábito operativo –de justicia en los gobernantes– realizará de modo casi completo –nunca puede realizarse de manera total– la idea práctica de derecho.

Por otra parte, esta concepción del derecho –y del *rule of law*– puede considerarse iusnaturalista en la medida en que supone, tanto para la validez del derecho como para su normatividad, la exigencia de un elemento de carácter ético-valorativo. Según se vio, son varias las doctrinas que explican y matizan esta exigencia, pero en todos los casos

⁶³ Palombella, *op. cit.*, pp. 17-42.

⁶⁴ Jürgen Habermas, “L'idée d'état de droit”, en *Droit et Morale. Tanner Lectures 1986*, París, Seuil, 1997, pp. 57-92. Sobre la filosofía jurídica de Habermas, ver Eduardo Martín Quintana, *Filosofía jurídica, política y moral en Jürgen Habermas*, Buenos Aires-Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2007.

⁶⁵ En este punto, ver el breve pero valioso libro de María Elton, *Moral Science and Practical Reason in Thomas Aquinas*, Zürich-Berlin, Lit Verlag, 2013, pp. 48 y ss.

⁶⁶ Sobre el concepto de bien común en el pensamiento de John Finnis, ver Iván Garzón Vallejo, “Bien común, pluralismo y derechos”, en J. B. Etcheverry (ed.), *Ley, moral y razón*, México, UNAM, 2013, pp. 148-157.

debe existir la referencia a un elemento ético-valorativo en cualquiera de las dimensiones centrales de la problemática filosófico-jurídica.⁶⁷ Sin esta referencia, que ha de tener necesariamente consecuencias en la cuestión de la validez del derecho y no solo de su obligatoriedad ético-jurídica, no se podrá estar en presencia de una doctrina que corresponda denominar iusnaturalista.

Pero lo que importa en definitiva es que, sin la presencia de los requisitos que conforman el imperio del derecho, no alcanzará a conformarse su concepto práctico-paradigmático y, por tanto, el ideal normativo que configura la tarea de la formación de un orden jurídico. Por supuesto que ese concepto exige también una dimensión de contenido que remite asimismo a la existencia de virtudes morales que hagan posible la efectiva ordenación de las realidades jurídicas al bien humano común de los integrantes de las comunidades políticas, pero será muy difícil –en rigor, imposible– alcanzar ese paradigma sin la presencia de los requerimientos formal-procedimentales que configuran los *desiderata* del gobierno del derecho.

Bibliografía

- ABBÀ, Giuseppe, *Felicità, vita buona e virtù. Saggio di filosofia morale*, Roma, LAS, 1989.
 ———, *Quale impostazione per la filosofia morale?*, Roma, LAS, 1996.
- ALEXY, Robert, *El concepto y la naturaleza del derecho*, trad. C. Bernal Pulido, Madrid, Marcial Pons, 2008.
- ARISTÓTELES, *Ética nicomaquea*, V, 1, 1129 b 12.
 ———, *Política*, III, 16, 1287 a 18.
- BATES, Clifford A., “Law and the Rule of Law and Its Place Relative to *Politeia* in Aristotle’s Politics”, en L. Huppés-Cluysenaer y N. Coelho (eds.), *Aristotle and the Philosophy of Law: Theory, Practice and Justice*, Dordrecht, Springer, 2013.
- BERMAN, Harold, *La formación de la tradición jurídica de Occidente*, trad. M. Utrilla de Neira, México, FCE, 1996.
- BULYGIN, Eugenio, *El positivismo jurídico*, México, Fontamara, 2006.
- DE AQUINO, Tomás, *Summa Theologiae*, I-II, q. 96, a. 4.
- DICKSON, Julie, “Law and Its Theory: a Question of Priorities”, en J. KEOWN y R. P. GEORGE (eds.), *Reason, Morality and Law. The Philosophy of John Finnis*, Oxford, Oxford University Press, 2013.
- ELTON, María, *Moral Science and Practical Reason in Thomas Aquinas*, Zürich-Berlin, Lit Verlag, 2013.
- FABRO, Cornelio, “Nuovi orizzonti dell’analogia tomistica”, en *Esegesi tomistica*, Roma, Liberia Editrice della Pontificia Università Lateranense, 1969.

⁶⁷ Ver Andrei Marmor, *Philosophy of Law*, Princeton-New Jersey, Princeton University Press, 2011, pp. 1-11.

- FINNIS, John, *Aquinas. Moral, Political, and Legal Theory*, Oxford, Oxford University Press, 1998.
- _____, “Legal Philosophy: Roots and Recent Themes”, en vol. IV. *Philosophy of Law*, Collected Essays, Oxford, Oxford University Press, 2011.
- _____, “Limited Government”, en *Collected Essays*, vol. III. *Human Rights and Common Good*, Oxford, Oxford University Press, 2011.
- _____, “Natural Law Theories”, en *Stanford Encyclopedia of Philosophy*. Disponible en: <http://plato.stanford.edu/entries/natural-law-theories/>.
- FULLER, Lon L. *The Morality of Law*, New Haven & London, Yale University Press, 1969 (revised edition).
- GARZÓN VALLEJO, Iván, “Bien común, pluralismo y derechos”, en J. B. Etcheverry (ed.), *Ley, moral y razón*, México, UNAM, 2013.
- HABERMAS, Jürgen, “L'idée d'état de droit”, en *Droit et Morale. Tanner Lectures 1986*, París, Seuil, 1997.
- HART, H. L. A., *The Concept of Law*, 2ª. ed., Oxford, Oxford University Press, 1997.
- HITTINGER, Russell, “Natural Law and Virtue: Theories and Cross Purposes”, en R. P. GEORGE (ed.), *Natural Law Theory. Contemporary Essays*, Oxford, Clarendon Press, 1994.
- KALINOWSKI, Georg, *Teoria Poznania Praktycznego*, Lublin, Katolickiego Uniwersytetu Lubelskiego, 1960.
- KRAUT, Richard, *Aristotle. Political Philosophy*, Oxford, Oxford University Press, 2002.
- KUHN, Thomas, *La estructura de las revoluciones científicas*, trad. C. Solís, México, FCE, 2007.
- LLANO, Carlos, *Sobre la idea práctica*, Pamplona, Eunsa, 2007.
- MACINTYRE, Alasdair, “The Privatization of Good. An Inaugural Lecture”, *The Review of Politics*, núms. 52/3, 1990, pp. 346 y ss.
- MARMOR, Andrei, *Philosophy of Law*, Princeton-New Jersey, Princeton University Press, 2011.
- MASSINI CORREAS, Carlos I., “Privatización y comunidad del bien humano. El liberalismo deontológico y la respuesta realista”, *Anuario Filosófico*, núm. XXVII/2, 1994, pp. 817-828.
- _____, *La prudencia jurídica. Introducción a la gnoseología del derecho*, 2ª. ed., Buenos Aires, LexisNexis/ Abeledo-Perrot, 2006.
- _____, “Nota sobre el concepto de derecho, de Tomás de Aquino a Guido Soaje Ramos”, *Sapientia*, núm. LXV-225/226, 2009, pp. 187/194.
- _____, “Sobre ciencia práctica y *prudencia*. Aproximaciones desde las ideas de John Finnis”, *Sapientia*, núm. LXVI/227-228, 2010, pp. 41-53.
- _____, “La máxima ‘lex iniusta non est lex’ y algunas opiniones contemporáneas”, en A. L. GONZÁLEZ y M. I. ZORROZA (eds.), *In umbra intelligentiae. Estudios en homenaje al Prof. Juan C. Cruz*, Pamplona, Eunsa, 2011.
- MCINERNEY, Ralph, *Studies on Analogy*, The Hague, Martinus Nijhoff, 1968.

- MONTAGNES, Bernard, *La doctrine de l'analogie de l'être d'après Saint Thomas d'Aquin*, Louvain-Paris, Publications Universitaires/Béatrice-Nauwelaerts, 1963.
- MOORE, Michael S., "Law as a Functional Kind", en R. P. GEORGE (ed.), *Natural Law Theory*, Oxford, Oxford University Press, 1992.
- MURPHY, Mark, "Natural Law Jurisprudence", en *Legal Theory*, núm. 9, 2003, pp. 241-267.
- _____, *Philosophy of Law*, Malden-Oxford-Carlton, Blackwell Publishing, 2007.
- PLATON, *Político*, 278, b-e y 279, a.
- PRODI, Paolo, *Una historia de la justicia*, trad. L. Padilla López, Buenos Aires, Katz, 2008.
- QUINTANA, Eduardo Martín, *Filosofía jurídica, política y moral en Jürgen Habermas*, Buenos Aires-Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2007.
- RAZ, Joseph, "Formalism and the Rule of Law", en R. P. GEORGE (ed.), *Natural Law Theory. Contemporary Essays*, Oxford, Clarendon Press, 1994.
- _____, "The Rule of Law and its Virtue", en *The Authority of Law. Essays on Law and Morality*, Oxford, Clarendon Press, 1997.
- _____, *The Authority of Law. Essays on Law and Morality*, Oxford, Clarendon Press, 1997.
- RODRIGO, Pierre, *Aristote et les "choses humaines"*, Bruxelles, Ousia, 1998.
- SIMMONDS, Nigel, *Law as a Moral Idea*, Oxford, Oxford University Press, 2008.
- SIMON, Yves, *A Critique of Moral Knowledge*, trad. R. McNerny, New York, Fordham University Press, 2002.
- SOAJE RAMOS, Guido, "Sobre derecho y derecho natural. Algunas observaciones epistemo-metodológicas", *Ethos*, núms. 6/7, 1978/79.
- _____, "Diferentes concepciones del derecho natural", *Ethos*, núms. 10/11, 1982/83.
- SOLUM, Lawrence, "Virtue jurisprudence. Una teoría de la decisión judicial centrada en las virtudes", *Persona & Derecho*, núm. 69, 2013, pp. 5-51.
- SOPER, Philip, "Legal Theory and the Problem of Definition", *University of Chicago Law Review*, núm. 50, pp. 1170-1200.
- TAMANAH, Brian, "A Concise Guide to the Rule of Law", en G. PALOMBELLA y N. WALKER (eds.), *Relocating the Rule of Law*, Oxford & Portland, Hart Publishing, 2009.
- VIDAL DA SILVA MARTINS, Angela, *A moralidade do direito como condicao de liberdade em Lon Fuller*, Porto Alegre, Lex Magister, 2013.
- WEINRIB, Ernest, "Why Legal Formalism", en R. P. GEORGE (ed.), *Natural Law Theory. Contemporary Essays*, Oxford, Clarendon Press, 1994.

Carlos Diego Martínez-Cinca* (Chile)

Los casos difíciles y el pragmatismo de los jueces. Claves de la declinación del Estado de derecho**

RESUMEN

El Estado de derecho se asienta en una serie de condiciones esenciales para el normal desenvolvimiento de una república. Entre esas condiciones figura la independencia política de los jueces, es decir, la imparcialidad de los magistrados en la tarea de administrar justicia. Dicha imparcialidad suele asociarse a la idea de afianzar la justicia “tratando igual a los iguales”. Para el formalismo jurídico tradicional, eso implica aplicar la ley vigente sin apelar a las preferencias políticas ni a los valores morales de los jueces. Sin embargo, la pretensión de imparcialidad parece imposible de alcanzar en los “casos difíciles”, es decir, en aquellos en que no parece existir una única solución que pueda obtenerse por vía deductiva a partir de la ley vigente. El presente trabajo discute el alcance de tal pretensión a la luz de una propuesta desafiante y perturbadora gestada en el seno del pragmatismo jurídico norteamericano.

Palabras clave: pragmatismo, consecuencialismo, imparcialidad, discrecionalidad, casos difíciles, Estado de derecho, Neil MacCormick, Richard Posner.

ZUSAMMENFASSUNG

Der Rechtsstaat beruht auf einer Reihe von Grundbedingungen, die für die problemlose Entfaltung einer Republik wesentlich sind. Eine dieser Bedingungen ist die politische Unabhängigkeit der Richter, das heißt, die richterliche Unparteilichkeit bei der Rechtsprechung. Diese Unparteilichkeit wird gewöhnlich mit der Idee in Zusammenhang gebracht,

* Abogado y doctor en Filosofía. Investigador Posdoctoral de Fondecyt (Chile) en el Instituto de Filosofía de la Universidad de los Andes, Santiago (Chile). cdmartinez@miuandes.cl.

** El presente trabajo es resultado de las investigaciones realizadas en el marco del Proyecto Fondecyt (Chile) Posdoctorado 3120252: “Insuficiencias del análisis económico del derecho frente a los casos difíciles. Claves para la superación del pragmatismo consecuencialista de Richard Posner desde el horizonte de los bienes humanos básicos de John Finnis”.

dass das Recht dadurch gefestigt werde, indem „Gleiche gleich behandelt“ werden. Das bedeutet für den herkömmlichen Rechtsformalismus, dass geltendes Recht anzuwenden ist, ohne an die politischen Präferenzen oder moralischen Wertvorstellungen der Richter zu appellieren. In „schwierigen Fällen“, also solchen, bei denen es nicht nur eine aus dem geltenden Recht abzuleitende Lösung zu geben scheint, erscheint es jedoch so gut wie unmöglich, dem Unparteilichkeitsanspruch gerecht zu werden. Der Beitrag diskutiert den Geltungsbereich des genannten Anspruchs im Lichte eines dem nordamerikanischen Rechtspragmatismus entsprungenen Vorschlags, der zugleich herausfordernd und beunruhigend ist.

Schlagwörter: Pragmatismus, Konsequentialismus, Unvoreingenommenheit, Ermessen, schwierige Fälle, Rechtsstaat, Neil MacCormick, Richard Posner

ABSTRACT

The Rule of Law is based on a number of conditions which are essential for the normal development of a republic. These include the political independence of judges, i.e. their impartiality during the administration of justice. This impartiality is often associated with the idea of guaranteeing a justice of “equal treatment of equals.” For traditional legal formalism this involves the application of existing law without appealing to judges’ political preferences or moral values. Notwithstanding, the pretence of impartiality seems unattainable in the “hard cases,” i.e. those in which there appears to be a single solution that can be obtained deductively under existing law. This paper discusses the scope of such claim in light of a challenging and disturbing proposal gestated within the American legal pragmatism.

Keywords: pragmatism, consequentialism, impartiality, discretion, hard cases, Rule of Law, Neil MacCormick, Richard Posner.

1. La noción de Estado de derecho

En los dos últimos siglos de la filosofía política y jurídica, numerosos autores han procurado definir el concepto de Estado de derecho como uno de los pilares fundamentales en torno al cual habría orbitado la génesis constitutiva del moderno Estado-nación europeo.

En términos generales, podría decirse que la mayoría de los autores, conforme al método propio de la ciencia jurídica, ha partido del análisis exegético de algún texto jurídico fundamental, de validez y eficacia reconocidas casi universalmente, de cuya reconstrucción dogmática sería posible extraer la noción primordial cuya definición se procura. El texto más citado en ese sentido ha sido el de la *Declaración Universal de los Derechos del Ciudadano*, proclamada en París por la Asamblea Nacional Constituyente del año 1789, del que se desprenden algunos enunciados clave como el decimosexto artículo que reza: “Una sociedad en la que la garantía de los derechos no está asegurada, ni la separación de poderes definida, no tiene constitución”. Como puede apreciarse, la

existencia de una constitución –no necesariamente hecha de un texto único, rígido e inmodificable, y tampoco necesariamente escrita, pero al menos contenida en las costumbres fundamentales observadas y respetadas regularmente por un pueblo como *regla de conducta*, en la que estén expresados de manera clara los derechos fundamentales de las personas y las atribuciones y los límites en el ejercicio del poder por parte de los órganos de gobierno– parecería constituir la base fundamental del concepto moderno de Estado de derecho.

Sin embargo, la ciencia jurídica dista de haber alcanzado un consenso unánime en torno a la definición de dicho concepto fundamental. La teorización del *rule of law* en el ámbito anglosajón, tanto como la definición del *Rechtsstaat* en la dogmática alemana y del Estado de derecho o imperio de la ley en el ámbito de la doctrina constitucional latinoamericana, han sufrido a lo largo de los dos últimos siglos las inevitables transformaciones y mutaciones que era previsible esperar a la luz de los procesos históricos también de transformación y mutación del Estado-nación europeo que le habría servido de base como modelo conceptual. No es necesario aludir aquí, por ser conocidas de todos, a las diferencias esenciales que separan al Estado liberal de derecho del Estado de bienestar o Estado social de derecho (con todas las precisiones conceptuales que habría que formular para distinguir bien cada uno de estos grandes modelos de Estados), ni es necesario tampoco aludir a las profundas diferencias que existen entre el Estado de derecho, en un sentido meramente formal de la expresión, y el Estado de derecho en un sentido material, pues la experiencia nos enseña a todos que un Estado autoritario, en el que se vulneran los derechos fundamentales de las personas bajo diversas argumentaciones que en el fondo se reducen a la dialéctica del *amigo* y el *enemigo*, como postula Carl Schmitt,¹ es perfectamente compatible con la existencia en su seno de una constitución en la que se expresan minuciosamente, no obstante, los derechos fundamentales de los ciudadanos y las atribuciones y los límites de los órganos de gobierno. En ese sentido, sostiene Joseph Raz:

Un sistema jurídico no democrático, basado en la negación de derechos humanos, en una gran pobreza, en segregación racial, en desigualdad sexual y en la persecución religiosa puede, en principio, conformarse a los requerimientos del Estado de derecho mejor que cualesquiera de los sistemas jurídicos de las más ilustradas democracias occidentales. Esto no significa que este sistema sea mejor que aquellas democracias occidentales. Sería un sistema jurídico inconmensurablemente peor, pero sobresaldría en un aspecto: en su conformidad al Estado de derecho.²

¹ Ver Carl Schmitt, *El concepto de lo político* (Texto de 1932 con un prólogo y tres corolarios), Madrid, Alianza Editorial, 2002 (1932), pp. 56 y ss.

² Joseph Raz, *La autoridad del derecho. Ensayos sobre derecho y moral*, 2ª. ed., México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 1985, p. 264.

Frente a las vicisitudes históricas y políticas del concepto de Estado de derecho, la estrategia disciplinar de la filosofía jurídica contemporánea –la que surge, al menos, de gran parte los referentes actuales de la disciplina– ha consistido en separar esta noción en unidades conceptuales más simples, es decir, delimitables analíticamente con mayor facilidad, en principio, y de cuya agregación a otras unidades analíticas –entendidas como requisitos sustanciales– resultaría el concepto mayor de Estado de derecho. Una de esas unidades de análisis simples (o requisitos sustanciales) residiría en la *independencia del poder judicial*, un concepto fundado en el principio político de separación de poderes y, por consiguiente, en un principio general de justicia consistente en que nadie debe ser juez y parte de un mismo proceso o, en términos políticos, en que un mismo órgano no debe dictar la ley y ser el encargado de aplicarla.

En virtud de este principio se ha sostenido, desde Locke y Montesquieu hasta nuestros días, que existe una diferencia esencial entre la atribución fundamental reservada a uno de los poderes democráticos del Estado, cual es la de legislar –es decir, establecer leyes generales y obligatorias para todos los ciudadanos de un Estado–, y la atribución más específica, reservada a un cuerpo profesional de jueces, de carácter “aristocrático” en los términos de la filosofía clásica, y claramente no democrático en cuanto a su procedencia y elección, encargado de aplicar las leyes a los casos concretos, es decir, a la solución de las disputas particulares que se pudiesen generar entre partes (atribución que solo bastante tiempo después llegaría a comprender la facultad más controvertida de interpretar el alcance constitucional de aquellas leyes y de llegar a declarar su total inaplicabilidad por una eventual oposición a la ley fundamental de la república).³

La visión ilustrada de los jueces como simples “oráculos de la ley”, como árbitros imparciales en la solución de las disputas, aparece consagrada en textos fundamentales de la filosofía política moderna y reiteradas veces invocada por los más conspicuos exponentes de las teorías de la adjudicación jurídica o de la asignación de derechos –una de las tres ramas principales que conforman la teoría general del derecho, según Ronald Dworkin, junto a la teoría de las normas y la de obediencia civil o autoridad del derecho–. Sostiene, en efecto, Montesquieu:

Cuanto más se aproxima un gobierno a la forma republicana tanto más se hace estable el modo de juzgar, aunque en Lacedemonia fuese algo vicioso el que los éforos juzgasen arbitrariamente, sin que hubiera leyes para dirigirlos. En Roma, los primeros cónsules juzgaron como los éforos: al notarse los inconvenientes se promulgaron leyes fijas. [...] En el gobierno republicano forma parte de la naturaleza de la constitución que los jueces sigan la letra de la ley. No hay ciudadano

³ Del texto original de la constitución de los Estados Unidos de Norteamérica no surge esa facultad atribuida a los jueces. El caso *Marbury vs. Madison*, fallado por la Corte Suprema en la primera década del siglo XIX, abrió las puertas a dicha facultad mediante una interpretación muy laxa de la enmienda que significó, en términos jurídicos, la creación por vía judicial y no legislativa de una facultad no expresamente atribuida por la constitución a los jueces, conocida como *judicial review*.

contra el que se pueda interpretar una ley cuando se trata de sus bienes, de su honor o de su vida.⁴

En esa dirección, el jurista escocés Neil MacCormick, en una obra ya clásica de la filosofía jurídica contemporánea, publicada por vez primera en 1979, descarta cualquier discrecionalidad o arbitrariedad en la solución de las disputas por parte de los jueces en un Estado de derecho, y continúa identificando, dos siglos después de Montesquieu y de Hume, la imparcialidad ilustrada y la prescindencia de toda valoración y preferencia personal, de carácter político, como un atributo esencial de la tarea de administrar justicia:

Es un principio fundamental el que los seres humanos deben ser racionales antes que arbitrarios en la conducción de sus asuntos sociales y públicos [...] A cualquiera que dispute este principio conmigo, yo solo le puedo recordar, por cierto, un argumento de Hume: nuestra sociedad está organizada conforme al valor de la racionalidad, o no lo está, y no puedo contemplar sin repulsión la incertidumbre y la inseguridad de una sociedad manejada arbitrariamente, en que las decisiones de todo tipo se establecen por el anhelo o capricho momentáneo de alguien [el juez], sin referencia a las decisiones tomadas en el pasado o de cara al futuro.⁵

Ahora bien, la *independencia de los jueces* constituye hoy uno de los temas más banalizados de la discusión política. No es el propósito del presente trabajo entrar a discutir los argumentos surgidos en las arenas movedizas de la opinión pública, sino encuadrar el problema de la independencia de los jueces en el tratamiento teórico que ha recibido el tema de la *imparcialidad* frente a la *discrecionalidad* o *arbitrariedad* en la administración de justicia, dentro de las teorías de la argumentación jurídica que podríamos llamar “formalistas”, por oposición a las “pragmatistas” que las cuestionan.

Por consiguiente, el problema fundamental que aquí se tratará se encuadra en el siguiente marco teórico: para las teorías formalistas de la argumentación jurídica, la pretensión de imparcialidad en la administración de justicia constituye un requisito sustancial del Estado de derecho, es decir, una exigencia verificable y realizable de aquel principio básico de justicia que desde Aristóteles en adelante se ha formalizado como la exigencia de “tratar igual a los iguales”. Sin embargo, para el pragmatismo jurídico contemporáneo, la imparcialidad de los jueces constituye más bien una afirmación retórica del “imperio de la ley” vacía de contenido, una especie de racionalización encubridora de las preferencias personales de los jueces que las teorías formalistas de la argumentación jurídica deberían dejar de lado en aras de una comprensión más realista de cómo los jueces administran justicia.

⁴ Montesquieu, *El espíritu de las leyes*, Madrid, Istmo, 2002, pp. 162-163.

⁵ Neil MacCormick, *Legal Reasoning and Legal Theory*, 2ª. ed., Oxford, Clarendon Press, 1997, pp. 76-77.

Como puede apreciarse, en la formulación del marco teórico me he valido, en el último enunciado, de la expresión “una comprensión más realista de la administración de justicia”. En efecto, existe una importante y renovada corriente dentro del “realismo jurídico” norteamericano que, hundiendo en parte sus raíces en la frustrada “revuelta contra el formalismo” de los años treinta, ha postulado de una manera hasta hoy confusa y perturbadora un enfoque pragmático de la adjudicación jurídica que aspiraría al desarrollo de una “jurisprudencia basada en resultados” y no en principios, una jurisprudencia elaborada por jueces que, lejos de administrar justicia desde una “torre de marfil”, deberían orientar su tarea adjudicativa en función del impacto que sus sentencias tendrían en la sociedad civil, en los asuntos políticos y económicos del Estado. En definitiva, una jurisprudencia pragmática y consecuencialista que podría partir de cualesquiera principios, normas o directrices que los jueces deseen invocar retóricamente en sus fallos, pero que atienda al impacto político y económico de sus sentencias en el mundo real y en el Estado del que los jueces forman parte.

¿De dónde viene la necesidad de encuadrar el problema en esos términos? ¿Cuál es la necesidad de enmarcarlo en el ámbito de una discusión teórica como la brindada por el pragmatismo jurídico contemporáneo, una corriente de pensamiento que, en última instancia, parece restarle importancia a cualquier teorización o sistematización de los principios sobre los que se asienta la argumentación jurídica?

Sucede que en una buena parte del universo jurídico de nuestros días, ante una virtual desintegración del Estado de derecho por el avance de la impunidad y la consiguiente desconfianza de la población en los principios constitucionales de la administración de justicia, junto a la creciente banalización de los derechos individuales y el posicionamiento de los medios de comunicación como vehículos de presión social en aras de una “realización efectiva” de justicia a como dé lugar,⁶ el eslogan de que los jueces deberían ajustar su labor jurisdiccional a las cambiantes circunstancias, influencias y demandas del sistema político y social parece estar ganando cada día mayor aceptación, incluso entre los propios jueces.⁷ En efecto, la idea de una “jurisprudencia pragmática” parece haber calado hondo, por ejemplo, en el espíritu de los jueces que integran el supremo tribunal federal y los tribunales superiores de Brasil, pues como revela una investigación publicada en el *Anuário da Justiça 2010*, el 46% de ellos cree que al pronunciar una sentencia, “el juez debe tener en cuenta el impacto de su decisión en términos sociales, económicos y de gobernabilidad”.⁸ Así también, un docente e investigador de Stanford –una de las más prestigiosas escuelas de derecho en los Estados Unidos de Norteamérica– sostenía en una visita a la Universidad de Buenos Aires, en noviembre de 2009, que “la justicia puede y debe generar cambios sociales, cuando la política y los políticos se muestran im-

⁶ José Renato Nalini, *A rebelião da Toga*, Campinas, Millennium Editora, 2008, p. 9.

⁷ Thais Nunes de Arruda, *Como Os Juízes Dedidém Os Casos Difíceis? A Guinada Pragmática de Richard Posner e A Crítica de Ronald Dworkin*, São Paulo, Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2011, p. 14.

⁸ *Ibid.*, p. 15.

potentes o, simplemente, no están dispuestos a impulsarlos”. Como sostiene el profesor Néstor Sagüés, la iniciativa, impulsada por activistas civiles norteamericanos, concibe a los jueces como verdaderos “agentes de cambios sociales”, y procura lograr que los jóvenes de escasos recursos obtengan en tribunales lo que en sede legislativa se les niega en materia de igualdad de oportunidades en el acceso a una educación universitaria completa y de excelencia.⁹ No debe olvidarse, por otra parte, que el análisis económico del derecho, más allá del techo académico que parece haber tocado tanto en los Estados Unidos de América como en el resto del mundo, se presentaba hasta hace unos años como una nueva teoría del derecho cuyo encanto parecía residir, en palabras de uno de sus cofundadores, en la “coherencia científica de su propuesta” y en la “capacidad de poder asumir las consecuencias de las decisiones judiciales y su impacto en el mundo real”, algo que “el sentido común reclama constantemente de los jueces” y que constituye una “intuición moral ampliamente compartida”.¹⁰

Comenzaré, entonces, por exponer de manera sucinta las tesis centrales del formalismo jurídico, nombre con el que se identifica la corriente principal de la teoría jurídica que se basa en un declarado respeto al “imperio de la ley” y al carácter deductivo del razonamiento jurídico (de los principios generales a la solución del caso), para luego contraponer la visión del pragmatismo jurídico tal como se halla configurada en la obra del principal referente actual de la jurisprudencia o *Legal Theory* norteamericana que ha intentado volcar la actitud pragmática en los moldes de la argumentación jurídica tradicional o formalista, resquebrajando dichos moldes hasta romperlos. En último término, el presente trabajo intenta mostrar, de manera muy esquemática y modesta, qué cabe esperar de esta propuesta calificada como “confusa y perturbadora” por una autora que ha consagrado una buena parte de su vida al estudio del pragmatismo filosófico.¹¹

2. El formalismo jurídico ante los “casos difíciles”

Si quisiéramos exponer sucintamente las tesis centrales del formalismo jurídico, es decir, las tesis centrales de lo que hasta el presente ha sido considerada la corriente principal de las teorías argumentativas del derecho y, en consecuencia, la mejor explicación disponible hasta hoy del modo en que los jueces habitualmente resuelven los casos que se someten a su jurisdicción, podríamos tomar como ejemplo la descripción, un tanto sesgada por cierto, que sus críticos hacen del mismo. Quizás no sea la más objetiva de las descripciones posibles, pero servirá para comprender qué es lo que sus críticos deploran y pretenden corregir. Servirá, al menos, como punto de partida.

⁹ Néstor P. Sagüés, “Los tribunales constitucionales como agentes de cambios sociales”, *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, año XVII, Montevideo, 2011, p. 528.

¹⁰ Richard Posner, “Utilitarianism, Economics and Legal Theory”, *Journal of Legal Studies*, vol. 8, núm. 1, 1979, pp. 110-11.

¹¹ Susan Haack, “Viejo y nuevo pragmatismo”, *Diánoia*, vol. XLVI, núm. 47, 2001, pp. 21-59.

El principal abanderado del pragmatismo jurídico hoy, el juez Richard Posner, describe el formalismo jurídico norteamericano de Christopher Columbus Langdell –decano de la Facultad de Derecho de Harvard a fines del siglo XIX– como una especie de “platonismo jurídico” autoconvencido de la existencia de “un puñado de principios de derecho eternos e inmutables, corporeizados de manera imperfecta en las miles de opiniones doctrinarias publicadas”.¹² Para el formalismo, según Posner, la existencia de tales principios jurídicos inmutables se cristalizaría en la dogmática jurídica (otro nombre para el formalismo), que consistiría en una especie de reconstrucción inductivista de tales principios a partir de las sentencias y opiniones judiciales vertidas en los casos señeros (*leading-cases*) de la jurisprudencia. En la dirección opuesta, quienes deben argumentar a partir de tales principios (los jueces) necesitan valerse de una especie de lógica deductiva de las consecuencias concretas que se seguirían a partir de aquellos principios generales del derecho, pero tales consecuencias no guardarían relación alguna con el “mundo real” ya que su impacto en la conducta de los individuos no sería testeado empíricamente por los jueces formalistas. Tales serían, en pocas palabras, las dificultades inherentes al formalismo jurídico que buscaría superar el pragmatismo.

Sin embargo el rechazo del formalismo jurídico, y en especial de la lógica deductiva que constituye la esencia de la argumentación jurídica, no es nueva ni ha sido privativa de los analistas económicos del derecho. Según MacCormick, el rechazo del formalismo que parece desembocar inevitablemente en una suerte de escepticismo incapaz de brindar una teoría mejor que explique cómo argumentan los jueces es una tendencia siempre latente en la jurisprudencia norteamericana que parece radicalizarse con mayor fuerza en determinadas épocas de su historia.¹³ De hecho, Posner sostiene que “la única exigencia para ser formalista es la suprema confianza en las propias premisas y en los propios métodos de derivar conclusiones a partir de ellas”, parafraseando así al célebre juez Oliver Wendell Holmes (uno de los principales mentores del realismo jurídico norteamericano de quien Posner admite haber heredado su desconfianza en el formalismo).¹⁴

Pero la lógica deductiva que parte de ciertos principios y normas generales parece constituir la esencia misma de la lógica jurídica y, como MacCormick sostiene, quizás sea la única “teoría” que pueda dar cuenta hasta ahora –con las limitaciones que él mismo señala en la solución de los “casos difíciles”– de la forma en que normalmente se construye un argumento jurídico. Cualquiera que niegue que la lógica deductiva del “formalismo jurídico” constituye el elemento esencial de una explicación coherente y plausible del derecho debería poder ofrecer alguna teoría alternativa que pueda dar cuenta cabalmente de cómo argumentan quienes están obligados, por un imperativo constitucional, a solucionar razonablemente los conflictos que se suscitan entre quienes son obligados

¹² Richard Posner, *The Problems of Jurisprudence*, 2ª. ed., Cambridge, Harvard University Press, 1999, pp. 14-15; 250-252.

¹³ MacCormick, *op. cit.*, pp. 36-40.

¹⁴ Posner, *The Problems of Jurisprudence*, *op. cit.*, p. 40.

a acatar normas generales de conducta.¹⁵ La incógnita a despejar, entonces, es esta: ¿ha logrado el pragmatismo elaborar una propuesta coherente, plausible y superadora del formalismo jurídico como base para una teoría de las decisiones judiciales? Eso es lo que analizaré en el siguiente apartado, luego de sentar la posición cabal de un formalismo que podríamos llamar *moderado*, como el que propone MacCormick.

Empecemos por aclarar, primero, a qué se denomina “casos difíciles” en la argumentación jurídica y por qué ese tipo de casos –suponiendo que exista algo así como un tipo especial de casos claramente diferenciables– representaría un escollo para cualquier lógica formalista de la argumentación. En principio, “casos difíciles” son aquellos en los que la lógica deductiva propia del formalismo jurídico no parecería constituir una herramienta suficiente para arribar a conclusiones coherentes y consistentes con las reglas de derecho establecidas. Con respecto a los casos llamados “rutinarios” o “fáciles”, es evidente que para su solución es suficiente valerse de la lógica deductiva del formalismo, como el propio líder del pragmatismo jurídico admite, con tal de que dicha lógica sea aplicada por un juez bien entrenado, respetuoso de los precedentes, capaz de subsumir el caso particular en alguna norma general de derecho.¹⁶

MacCormick sostiene que un caso podría calificarse como “difícil” cuando presente problemas de “interpretación” o de “relevancia” en relación con la premisa normativa, o bien de “prueba” o de “calificación” en relación con la premisa fáctica, aun cuando esa línea divisoria entre los casos fáciles y los difíciles no sea tan clara como en principio podría parecer, porque, como el propio MacCormick admite, aun los casos más simples podrían también presentar dificultades potenciales de interpretación, de relevancia, de prueba o de calificación.¹⁷ En ese sentido, la necesidad de anticipar las consecuencias de las sentencias judiciales en el “mundo real” parecería guardar cierta relación con la identificación de los “casos difíciles” *a priori*, pues, como señala Manuel Atienza, sería posible apuntar a un criterio más amplio (y también pragmático) de división entre unos y otros casos, sencillamente diciendo que son difíciles aquellos en los que “la opinión pública –esclarecida o no– está dividida de tal manera en que no es posible tomar una decisión que pueda satisfacer a unos y a otros”.¹⁸ Como puede apreciarse, es allí donde el pragmatismo encontraría su razón de ser, pues su gran anhelo es ofrecer una lógica alternativa al formalismo de los principios generales que esté orientada a los resultados y a las consecuencias sociales, económicas y políticas de las sentencias.

De todos modos, MacCormick sostiene que el formalismo deductivo no es enteramente ajeno a cierto tipo de consecuencialismo. En efecto, el auténtico problema de interpretación en los casos difíciles con relación a la premisa normativa, por ejemplo,

¹⁵ MacCormick, *op. cit.*, pp. 52 y ss.

¹⁶ Richard Posner, *How Judges Think*, Cambridge, Harvard University Press, 2010, pp. 35, 44, 46.

¹⁷ MacCormick, *op. cit.*, p. 197.

¹⁸ Manuel Atienza, *Las razones del Derecho. Teorías de la argumentación jurídica*, México, UNAM, 2005, p. 72.

no está dado por preguntas como: “¿Cuál es la interpretación correcta de tal regla de derecho?”, sino más bien por preguntas del estilo: “¿Justifica la ley una decisión a favor de A y en contra de B *en un contexto como este?*”.¹⁹ Pero la apreciación del contexto y la valoración que el juez haga de las posibles consecuencias del fallo “a futuro” no están por cierto guiadas en función de consideraciones económicas, sociales o políticas, pues si, por un lado, admite que el principio formal de justicia consistente en “tratar igual a los iguales” se satisface en gran medida “mirando hacia delante”, de tal manera que la decisión en un caso difícil sea aplicable a cualquier otro *caso similar*,²⁰ ese solo hecho limita en gran medida su discrecionalidad, pues sus decisiones están enmarcadas dentro de ciertos requisitos que MacCormick identifica como requisitos de *universalidad*, *consistencia*, *coherencia* y *aceptabilidad* de las consecuencias (o *conveniencia*).

En efecto, las únicas consecuencias que los jueces podrían y deberían atender no son aquellas a las que apunta el pragmatismo ya señalado, sino las contempladas en lo que el jurista escocés llama una justificación de “segundo nivel” (por referencia al “primer nivel” de la lógica formalista deductiva). En una justificación de “segundo nivel” resulta ciertamente válido el empleo de argumentos “consecuencialistas”, pero su empleo se halla limitado por los principios de *universalidad*, *consistencia* y *coherencia*. El principio de universalidad requiere que para justificar una decisión *x*, en cualquier “caso difícil”, debe encontrarse o formularse una premisa normativa general *Y* ligada a las condiciones *a*, *b* y *c*, tal que cada vez que se verifiquen las condiciones *a*, *b* y *c*, cualquier juez debería decidir *x*. El principio de consistencia requiere que una decisión *x* se base en premisas normativas que no entren en contradicción con reglas de derecho válidamente establecidas. La coherencia debe ser a la vez *normativa* y *narrativa*. La coherencia normativa requiere que una decisión *x* pueda encuadrarse en una serie de valores o principios morales que, tomados en conjunto, puedan configurar una forma de vida satisfactoria, mientras que la coherencia narrativa exige un examen lógico de aquellas cuestiones de hecho que no cabe observar ni comprobar por la experiencia sensible, pero que no obstante deben concordar con el curso regular de los acontecimientos.²¹ Finalmente, el requisito más laxo de la *aceptabilidad de las consecuencias* (*expediency*) es una exigencia de la argumentación pública basada en el interés general, en virtud del cual resultaría lícito sostener que a una pretensión basada en criterios de estricta justicia correctiva no debería, con todo, hacérsele lugar en sede tribunalicia, si a consecuencia de dicha admisión tuviese que hacérsele lugar, en el futuro, a una serie de pretensiones de la misma clase que pudiesen generar un grave perjuicio al interés público. Como puede apreciarse, en las justificaciones de “segundo nivel” hay bastante espacio para el razonamiento consecuencialista, y en relación con las debatidas y siempre abiertas cuestiones de *conveniencia*, MacCormick sostiene expresamente: “Yo no pretendo saber cómo calcular tales materias; pero observo

¹⁹ MacCormick, *op. cit.*, p. 69.

²⁰ *Ibid.*, p. 79.

²¹ *Ibid.*, caps. V, VI, VII y VIII. Para una síntesis didáctica de los requisitos que limitarían el consecuencialismo formalista de los casos difíciles, ver Manuel Atienza, *op. cit.*, pp. 114-122.

que los jueces confían en tal argumento con bastante frecuencia como para señalar que ellos lo creen posible”.²²

De todas maneras, un consecuencialismo de esta naturaleza seguirá orbitando necesariamente en torno a una teoría formalista del derecho, puesto que los argumentos consecuencialistas constituyen justificaciones de “segundo nivel” a las que se llega solo cuando no es posible alcanzar una solución razonable según la lógica deductiva del “primer nivel”. Por esta sencilla razón seguirá habiendo una brecha difícil de salvar entre un formalismo moderado como el que tolera MacCormick y el tipo de *pragmatismo jurídico* que Posner postula, como veremos a continuación. De hecho, en un artículo publicado algunos años después de su primera obra programática (*Legal Reasoning and Legal Theory*), el jurista escocés afirmaba:

Aun cuando no admito sin más el consecuencialismo como una filosofía aceptable o suficiente en sí misma, concluyo que algún elemento del razonamiento consecuencialista debe estar presente en cualquier proceso sensato de decisión, en cualquier modo satisfactorio de deliberación práctica. [...] Todos parecen estar de acuerdo en que algún tipo de consecuencialismo tendría que jugar algún rol. Pero es mucho menos claro qué tipo, y qué rol. [...] Ello sugiere que nuestra idea de *consecuencia* puede ser, de algún modo, vaga y completamente imprecisa.²³

En ese mismo trabajo, explicitando aún más los límites del consecuencialismo señalados en su primera obra, sostenía MacCormick que si tenemos que explicar en resumidas cuentas de qué modo las consecuencias podrían ser relevantes para justificar las decisiones de los jueces, deberíamos entonces mirar “más allá y más lejos de las consecuencias particulares y de los resultados del caso”, porque lo que se encuentra realmente en juego son las consecuencias en el sentido de *implicaciones lógicas* del caso. En efecto, declarar un derecho (*ius dicere*) supone, de manera necesaria, y colocándonos en los zapatos de un juez imparcial, declararlo como aplicable en *cada caso similar*. De ahí que, en tanto persona de prudencia, dotada de un pensamiento previsor, “todo juez debe mirar a través [y más allá] de un rango de situaciones posibles que deberán cubrirse [en el futuro] por esta [nueva] regulación en cuanto a derecho”.²⁴ Si existe algún modo de justificar una decisión jurídica por sus consecuencias, no es otro que presentarla a la luz de “las razones universalizables que la sostienen”.²⁵

²² MacCormick, *op. cit.*, p. 114.

²³ MacCormick, “On Legal Decisions and Their Consequences. From Dewey to Dworkin”, *New York University Law Review*, vol. 58, núm. 2, 1983, pp. 240, 245-246.

²⁴ *Ibid.*, p. 251.

²⁵ *Ibid.*, p. 249.

3. El pragmatismo jurídico como propuesta “perturbadora”

Resulta difícil resumir aquí la posición intelectual de un autor que ha resultado ser uno de los más citados teóricos contemporáneos del derecho, hasta la fecha, en los principales índices bibliográficos de las revistas indexadas. Esta dificultad se agrava aún más por la ingente cantidad de sus trabajos, en forma de libros, artículos y publicaciones en obras colectivas que no han cesado desde fines de los años sesenta, y que ya superan varios centenares de publicaciones en diversas lenguas. Pero es sin duda su estilo polemista, insidioso, por momentos apresurado,²⁶ reticular y polimorfo en cuanto a las múltiples fuentes de las que dice nutrirse, lo que dificulta aún más una exposición clara y sistemática de su posición autoproclamada como *pragmatismo*.²⁷

Posner sostiene, de manera indubitable, que “las respuestas [a los casos difíciles] dependen de los juicios políticos, de las preferencias y de los valores morales de los jueces, o (lo que a veces no resulta tan claro y distinto) de la opinión pública dominante que actúa a través de los jueces”.²⁸ Reconoce, por supuesto, que su tesis encuentra serias resistencias por parte del enfoque dominante de la argumentación jurídica, pues para ese enfoque resulta natural que, conforme a las exigencias básicas que emanan del imperio de la ley (o Estado de derecho), los jueces se hallen restringidos siempre por la letra y el espíritu de la misma, por la estructura propia del razonamiento jurídico, por la historia constitucional de su país y por ciertos principios jurisprudenciales claves como la *deferencia* y el *stare decisis*. Sin embargo, aunque son raros los jueces que se atreven a profesar abiertamente el enfoque *pragmático* que él postula, “existe un buen número de decisiones judiciales que no podrían explicarse de otro modo”, y se trata, además, de un enfoque que, según su criterio, cuenta con bastante apoyo académico implícito.²⁹

En la visión de Posner, cuando los jueces de apelación deciden casos en las “áreas abiertas del derecho” se comportan verdaderamente como actores *políticos* y legisladores, favorecidos por una serie de circunstancias que, para colmo de males, no limitan su ejercicio discrecional de ese poder como sí limitan a los legisladores electos por el pueblo. En efecto, los jueces no pueden ser removidos de sus cargos, son designados de por vida en estos, y encima no existe un poder aparte del que ellos mismos ejercen que pudiese invalidar sus decisiones, como sí pueden ellos, en virtud de ese mismo poder, invalidar las decisiones de los legisladores elegidos por el voto popular.³⁰ En un intento por explicar en términos puramente descriptivos semejante conducta de los jueces (conforme a

²⁶ Ronald Dworkin, “Darwin’s New Bulldog”, *Harvard Law Review*, vol. 111, 1998, p. 1718.

²⁷ Richard Posner, “The Jurisprudence of Skepticism”, *Michigan Law Review*, vol. 86, núm. 5, 1998, pp. 828-836; Richard Posner, *Law, Pragmatism and Democracy*, Cambridge, Harvard University Press, 2003, pp. 47 y ss.

²⁸ Posner, “The Jurisprudence of Skepticism”, *op. cit.*, p. 828.

²⁹ Richard Posner, “The Constitution as an Economic Document”, *George Washington Law Review*, vol. 56, núm. 4, 1987, p. 32.

³⁰ Richard Posner, “The Role of the Judge in the Twenty-First Century”, *Boston University Law Review*, vol. 86, 2006, p. 1054.

su enorme aprecio por el análisis económico del derecho, del que fuera su cofundador y promotor en los años setenta y ochenta), Posner sostiene que tal comportamiento obedece a tres factores que actúan como incentivos determinantes y que permitirían diseñar una especial función de utilidad en el comportamiento de los jueces: la maximización de su ingreso pecuniario y del ocio, y la minimización de los costos que imponen los votos en disidencia en los tribunales colegiados.³¹ En pocas palabras, los jueces quieren ganar más dinero, tener más tiempo libre y no tener que debatir ni discutir tanto entre ellos cuando se presentan casos difíciles en las “áreas abiertas” del derecho (esto último explicaría bastante bien, según Posner, por qué, a pesar de todo, los jueces privilegiarían ciertos principios conservadores de la jurisprudencia como el *stare decisis* en lugar de formular directrices más “realistas” que orientarían la jurisprudencia hacia resultados socialmente deseables).

Ahora bien, en lugar de atacar estas deficiencias institucionales que señalarían, de ser verdaderas, una evidente declinación del proyecto ilustrado en torno al “imperio de la ley” o Estado de derecho, Posner propugna más bien por una suerte de solución política que se acomode al “juego de la democracia”, y en tal sentido sostiene:

Antes que pensar en aporrear a los jueces para que adopten, de común acuerdo, alguna de las teorías constitucionales que limiten su discrecionalidad, *deberíamos inclinarnos ante lo inevitable*, y si estamos preocupados por un ejercicio sin freno de la discrecionalidad judicial por parte de los jueces de la corte suprema, deberíamos insistir en designaciones más diversas, que hagan de una buena vez más representativa a la corte y, a causa de esa mayor diversidad, menos inclinada a legislar agresivamente. La analogía [con las inversiones] es reducir el riesgo diversificando el portfolio.³²

De semejante argumentación llama poderosamente la atención tanto la crudeza del análisis descriptivo del comportamiento de los jueces, en cuyas manos reside un poder soberano no sometido a ningún otro poder, como también la resignada claudicación ante lo que Posner llama lo *inevitable* de un estado de cosas que no podría ser calificado de otro modo más que como la decadencia de una república. La argumentación jurídica no sería, entonces, más que un engaño, una ilusión que no obstante perseguiría un propósito social útil. En efecto, según Posner, toda la retórica ampulosa del formalismo jurídico de la que se valen los jueces para encubrir sus preferencias personales intentaría generar, ante los legos, una pretensión de certeza e imparcialidad que se parece mucho a los pañuelos con que los ilusionistas distraen al público, pero que no obstante resulta

³¹ Richard Posner, “What do Judges and Justices Maximize? (The Same Thing Everybody Else Does)”, *Supreme Court Economic Review*, vol. 3, 1993, pp. 1-41.

³² Posner, “The Role of the Judge in the Twenty-First Century”, *op. cit.*, p. 1066.

necesaria para fortalecer la posición de las cortes de justicia en nuestras sociedades, algo que quizás no sea tan malo después de todo, como sostiene nuestro escéptico jurista.³³

Pero si la argumentación jurídica reposa fundamentalmente en un propósito encubridor, ello obedece sin dudas al carácter moral de nuestros jueces. En efecto, Posner señala que ni las condiciones en el ejercicio de la actual magistratura, ni los métodos de selección y designación de los jueces pueden llevarnos a esperar de ellos esa prudencia, reflexión e introspección que la “literatura jurídica” les atribuye. Lo esencial de su actividad consiste en producir un gran número de decisiones en “rápida sucesión”, con muy poco *feedback* en relación con la corrección o incorrección de sus decisiones. Los jueces, en efecto, formulan sus decisiones “lo mejor que pueden” y siguen adelante con el próximo expediente, pues “rara vez miran hacia atrás”. De hecho, sostiene Posner, las personas que no se sienten a gusto en esa premura irreflexiva de la magistratura, tal como se da hoy en nuestras repúblicas, “no se hacen jueces, no permanecen en el cargo, o son jueces infelices”.³⁴ Tal como remata Posner de manera algo simplista, “los jueces no pueden permitirse el lujo de demorar una decisión hasta que se encuentren objetivamente persuadidos de que la decisión será la correcta”, y por eso el pragmatismo constituye el enfoque más adecuado para describir lo que los jueces normalmente hacen, pues el fundamento mismo del “pragmatismo” [sic] de Peirce es que “la gente odia permanecer en un estado de duda, y hará lo necesario para pasar de la duda a la creencia”.³⁵

4. Balance conclusivo

La incógnita que el presente trabajo intenta despejar podría finalmente plantearse en estos términos: ¿Hay algo en la propuesta del pragmatismo más allá de una mera *deconstrucción* del formalismo jurídico? Es decir, ¿puede tomarse la propuesta *pragmatista* como un programa de contenidos sustanciales, claros y precisos, de pautas orientadoras bien definidas para una nueva jurisprudencia? En suma, ¿qué directrices habrían de seguir los jueces que quisieran hacer algo más que introducir en la argumentación jurídica sospechas, dudas, escepticismo, y el desencanto de base que parece latir en su propuesta? En un acto de lucidez, Posner también se formula una pregunta similar sin brindar respuestas definitivas:

Un pragmatista podría preguntarse para qué *sirve* todo este decir nada, este quejarse, este machacar en la duda, este montón de aguafiestas. [...] No he introducido propuestas drásticas de mejora. Aunque puedo imaginar cambios radicales en el sistema jurídico que llenarían las instituciones jurídicas de un mayor respeto

³³ Posner, “The Jurisprudence of Skepticism”, *op. cit.*, p. 865.

³⁴ *Ibid.*, p. 873.

³⁵ *Ibid.* La cita corresponde a Charles S. Peirce, “The Fixation of Belief”, en Justus Buchler (ed.), *The Philosophical Writings of Peirce*, vol. 5, New York, Dover Publications, 1955, p. 10.

por la metodología científica (//), no estoy seguro de su justificación, dadas las funciones sociales que el derecho cumple. ¿He terminado, por consiguiente, en un punto muerto, violando el dicho de Voltaire (que mejora al de Sócrates) de ser moderado en todo, incluso en la moderación?³⁶

Frente al callejón sin salida al que se enfrenta el pragmatismo jurídico, Dworkin sugiere no tomar demasiado en serio la propuesta de Posner, dado su “evidente flirteo *posmodernista*” y los servicios que estaría prestando a un movimiento *populista* y *antiteórico* que estaría cobrando cada vez más fuerza en la vida intelectual de Norteamérica.³⁷ Sin duda alguna, semejante espíritu *populista* y *antiteórico*, reflejado en varios textos que revelan el repudio de Posner a la filosofía jurídica,³⁸ difícilmente pueda caer derrotado en su propio terreno (el de la praxis jurídica de ciertos jueces) por obra y virtud de su espíritu contrario: el espíritu académico y teorizante. Sin embargo, resulta imperioso aceptar su desafío, ya que el pragmatismo parece haber cristalizado cierto “espíritu de época” frente a los síntomas que, como decíamos al comienzo, indicarían una virtual desintegración del Estado de derecho. A los desafíos hay que darles, sencillamente, algún tipo de respuesta.

La propuesta pragmatista de Posner encierra, por cierto, numerosas contradicciones, pero la mayor de todas ellas parece ser la ausencia de alguna pauta clara, cierta y definida en torno hacia *qué resultados concretos* debería orientarse la jurisprudencia. En efecto, si la lógica jurídica debe construirse en el sentido inverso a como el formalismo jurídico la ha concebido tradicionalmente, es decir, si debe recorrer su camino desde los resultados o las consecuencias hacia los principios, poniendo de manifiesto que lo que importan son realmente las consecuencias –pues los principios solo estarían justificados por la necesidad retórica de otorgarle cierta validez a la argumentación–, resulta evidente, entonces, que debemos contar con una noción clara y distinta de lo que identificamos como *consecuencia de los fallos* (o sentencias), pues de otro modo se hace imposible cualquier punto de partida.

Ahora bien, al no haber definido el alcance de la expresión “consecuencias jurídicas”, y al no haber esbozado siquiera una tipología más o menos precisa de lo que cuenta como *consecuencia* en las teorías de la argumentación jurídica (más allá del rechazo ya visto a las consecuencias como *implicancias lógicas del caso*), el pragmatismo jurídico no tiene, en definitiva, una base segura en la cual apoyarse y de la cual partir. De hecho, Posner reconoce que el único tipo de consecuencialismo que contaría con algún desarrollo sistemático como para erigirse en una pauta orientadora en la tarea de los jueces es aquel que él abrazó en los comienzos de su derrotero intelectual, bajo la denominación de “análisis económico del derecho”, y que de manera sencilla se podría caracteri-

³⁶ Posner, *The Problems of Jurisprudence*, *op. cit.*, pp. 460-461.

³⁷ Ronald Dworkin, “Darwin’s New Bulldog”, *op. cit.*, pp. 1718-1719 y nota a pie n° 6.

³⁸ Ver, por ejemplo, Richard Posner, “The Problematics of Moral and Legal Theory”, *Harvard Law Review*, vol. 111, núm. 7, 1998, pp. 1637- 1717.

zar como la pretensión de reunir todas las consecuencias bajo el rótulo de la eficiencia (o maximización de la riqueza social).³⁹ Sin embargo, la tesis de la maximización de la riqueza social como pauta orientadora de la adjudicación jurídica ha sido ampliamente rechazada por sus inconsistencias internas,⁴⁰ por sus sesgos ideológicos⁴¹ y por resultar contraria a los mandatos que emanan de la constitución.⁴² Además, el mismo Posner ha reconocido, de algún modo, el sinsentido de su antigua pretensión consistente en hacer concordar la tarea de los jueces y legisladores con las enseñanzas de la economía (o de cualquier otra ciencia social).⁴³

Por último, en un trabajo pionero más tarde incorporado (con algunas adiciones) al cuarto capítulo de su obra *Los derechos en serio*, Dworkin ha señalado que no es posible resolver un “caso difícil” –en el que ninguna regla establecida de derecho impone una determinada solución– atendiendo a las consecuencias y, por consiguiente, invocando una *directriz* económica como la eficiencia o la maximización social de la riqueza. En efecto, así como no resulta ajustado a derecho el sacrificio de los derechos de un hombre inocente en virtud de un deber nuevo, impuesto por la ley luego del hecho del proceso, tampoco resulta justo sacrificar su propiedad en aras de una mejora colectiva de la riqueza social.⁴⁴ La razón fundamental de esta improcedencia radica en el carácter “distributivo” de los *principios* en función de los cuales deben resolverse los “casos difíciles”, frente al carácter “estratégico” de las *directrices* económicas o políticas. El carácter “distributivo” de los principios jurídicos exige, en efecto, que los derechos que se reconocen en cabeza de un individuo sean reconocidos a todos por igual, a punto tal que sería posible descubrir qué derechos podrían efectivamente poseer las personas –*lege ferenda*– con solo atender aquellos argumentos que, en principio, harían prosperar su demanda judicial por parte de todos los miembros de la sociedad.⁴⁵ Por el contrario, las *directrices* persiguen objetivos colectivos y estratégicos en virtud de los cuales es legítimo imponer, mediante los mecanismos de la elección colectiva por la que se rigen los cuerpos colegiados con representación popular (legislaturas), el sacrificio de los intereses de un determinado grupo de individuos en aras del bienestar colectivo. En consecuencia, los jueces deben decidir los “casos difíciles” conforme a *principios* jurídicos de carácter distributivo, y

³⁹ Posner, *Law, Pragmatism, and Democracy*, *op. cit.*, p. 75.

⁴⁰ Ronald Dworkin, “Why Efficiency?”, *Hofstra Law Review*, núm. 8, 1980, pp. 563-590.

⁴¹ Edwin Baker, “The Ideology of Economic Analysis of Law”, *Philosophy and Public Affairs*, vol. 15, núm. 1, 1975, pp. 3-48; David Campbell, “Welfare Economics for Capitalists: The Economic Consequences of Judge Posner”, *Cardozo Law Review*, vol. 33, 2011, pp. 2233-2273.

⁴² Jules L. Coleman, “Economics and the Law: A Critical Review of the Foundations of the Economic Approach to Law”, *Ethics*, vol. 94, núm. 4, 1984, pp. 677 y ss.

⁴³ Posner, *Law, Pragmatism, and Democracy*, *op. cit.*, p. 78; Posner, *The Problems of Jurisprudence*, *op. cit.*, p. 392.

⁴⁴ Ronald Dworkin, “Hard Cases”, *Harvard Law Review*, vol. 88, núm. 6, 1975, p. 1061.

⁴⁵ *Ibid.*, p. 1067. De ahí que la expresión “derechos programáticos” constituiría un contrasentido para Dworkin.

no según *directrices* económicas de carácter estratégico, si es que la exigencia básica de separación de poderes en un Estado de derecho ha de conservar, todavía, algún sentido.

Al margen de estas consideraciones, resulta imperioso señalar que, más allá de las limitaciones y contradicciones que el pragmatismo encierra, si la descripción que Posner realiza de los jueces resulta acertada, entonces la discusión en torno a las posibilidades teóricas del consecuencialismo está, sencillamente, de más. En efecto, si lo que nuestros jueces buscan es maximizar su ingreso pecuniario y su tiempo para el ocio, minimizando los costos que impone la discusión argumentativa de los “casos difíciles”, y se muestran en general renuentes a la reflexión crítica y a la prudencia como virtud necesaria en todo ejercicio razonable de la racionalidad práctica, entonces la exigencia fundamental del Estado de derecho viene a ser hoy la recuperación urgente del valor que encierra una vida conforme a la virtud. El valor de la prudencia y el desarrollo de los hábitos conexos a ella⁴⁶ vienen a constituir una parte indispensable de las competencias profesionales que deberían exigirse a los jueces de una auténtica república, como también el fundamento de las asignaturas que deberían enseñarse en las escuelas de derecho.

Tal vez, y antes que nada, el consecuencialismo exija de nosotros una reflexión seria en torno al tipo de educación jurídica de la que nuestros jueces parecen constituir un natural resultado.

Bibliografía

- ATIENZA, Manuel, *Las razones del Derecho. Teorías de la argumentación jurídica*, México, UNAM, 2005.
- BAKER, Edwin, “The Ideology of Economic Analysis of Law”, *Philosophy and Public Affairs*, vol. 15, núm. 1, 1975, pp. 3-48.
- CAMPBELL, David, “Welfare Economics for Capitalists: The Economic Consequences of Judge Posner”, *Cardozo Law Review*, vol. 33, 2011, pp. 2233-2273.
- COLEMAN, Jules L., “Economics and the Law: A Critical Review of the Foundations of the Economic Approach to Law”, *Ethics*, vol. 94, núm. 4, 1984.
- DWORKIN, Ronald, “Hard Cases”, *Harvard Law Review*, vol. 88, núm. 6, 1975.
- _____, “Why Efficiency?”, *Hofstra Law Review*, núm. 8, 1980, pp. 563-590.
- _____, “Darwin’s New Bulldog”, *Harvard Law Review*, vol. 111, 1998.
- HAACK, Susan, “Viejo y nuevo pragmatismo”, *Diánoia*, vol. XLVI, núm. 47, 2001, pp. 21-59.
- MACCORMICK, Neil, “On Legal Decisions and Their Consequences. From Dewey to Dworkin”, *New York University Law Review*, vol. 58, núm. 2, 1983.
- _____, *Legal Reasoning and Legal Theory*, 2ª. ed., Oxford, Clarendon Press, 1997.

⁴⁶ En relación con los hábitos conexos a la prudencia y su relación con las exigencias de la razón práctica, ver Carlos D. Martínez Cinca, “Límites de la educación superior basada en competencias”, *Universidades*, vol. LXI, núm. 50, 2011, pp. 72-76.

- MARTÍNEZ CINCA, Carlos D., “Límites de la educación superior basada en competencias”, *Universidades*, vol. LXI, núm. 50, 2011.
- MONTESQUIEU, *El espíritu de las leyes*, Madrid, Istmo, 2002.
- NALINI, JOSÉ RENATO, *A rebelião da Toga*, Campinas, Millennium Editora, 2008.
- NUNES DE ARRUDA, Thais, *Como Os Juízes Dedidem Os Casos Difíceis? A Guinada Pragmática de Richard Posner e A Crítica de Ronald Dworkin*, São Paulo, Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2011.
- PEIRCE, Charles S., “The Fixation of Belief”, en Justus BUCHLER (ed.), *The Philosophical Writings of Peirce*, vol. 5, New York, Dover Publications, 1955.
- POSNER, Richard, “Utilitarianism, Economics and Legal Theory”, *Journal of Legal Studies*, vol. 8, núm. 1, 1979.
- _____, “The Constitution as an Economic Document”, *George Washington Law Review*, vol. 56, núm. 4, 1987.
- _____, “The Jurisprudence of Skepticism”, *Michigan Law Review*, vol. 86, núm. 5, 1998, pp. 828-836.
- _____, “The Problematics of Moral and Legal Theory”, *Harvard Law Review*, vol. 111, núm. 7, 1998, pp. 1637- 1717.
- _____, “What do Judges and Justices Maximize? (The Same Thing Everybody Else Does)”, *Supreme Court Economic Review*, vol. 3, 1993, pp. 1-41.
- _____, *The Problems of Jurisprudence*, 2ª. ed., Cambridge, Harvard University Press, 1999.
- _____, *Law, Pragmatism and Democracy*, Cambridge, Harvard University Press, 2003.
- _____, “The Role of the Judge in the Twenty-First Century”, *Boston University Law Review*, vol. 86, 2006.
- _____, *How Judges Think*, Cambridge, Harvard University Press, 2010.
- RAZ, Joseph, *La autoridad del derecho. Ensayos sobre derecho y moral*, 2ª. ed., México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 1985.
- SAGÜÉS, Néstor P., “Los tribunales constitucionales como agentes de cambios sociales”, *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, año XVII, Montevideo, 2011.
- SCHMITT, Carl, *El concepto de lo político* (Texto de 1932 con un prólogo y tres corolarios), Madrid, Alianza Editorial, 2002.

Juan Fernando Segovia* (Argentina)

Los condicionamientos metaconstitucionales del derecho estatal

RESUMEN

A partir de la crítica de Arturo Enrique Sampay al pensamiento jurídico de Carl Schmitt, el artículo indaga sobre los fundamentos metaconstitucionales del derecho estatal, pasando del normativismo al decisionismo, del iusnaturalismo al positivismo, para concluir en la imposibilidad de hallar tal fundamento en la idea de orden concreto de Schmitt, o en la desviación personalista del iusnaturalismo de Sampay.

Palabras clave: Carl Schmitt, Arturo Enrique Sampay, decisionismo, positivismo, iusnaturalismo, personalismo, bien común, filosofía del derecho.

ZUSAMMENFASSUNG

Ausgehend von Arturo Enrique Sampays Kritik an der Rechtsphilosophie Carl Schmitts untersucht der Artikel die metakonstitutionellen Grundlagen des staatlichen Rechts - vom Normativismus bis hin zum Decisionismus, sowie vom Naturrecht bis hin zum Positivismus - und kommt zu dem Ergebnis, dass ein solches Fundament weder im konkreten Ordnungsdenken von Schmitt noch in Sampays personalistischer Naturrechtsauffassung zu finden ist.

Schlagwörter: Carl Schmitt, Arturo Enrique Sampay, Decisionismus, Positivismus, Naturrecht, Personalismus, Gemeinwohl, Rechtsphilosophie.

* Doctor en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Mendoza, y doctor en Historia, Universidad Nacional de Cuyo. Investigador independiente del Consejo Nacional de Investigaciones Científicas y Técnicas (Conicet). Profesor titular ordinario de Historia de las Ideas Políticas, Universidad de Mendoza (Argentina). segojuan@gmail.com.

ABSTRACT

Taking the Arturo Enrique Sampay's critical review of Carl Schmitt's oeuvre as a starting point, this paper examines the meta-constitutional foundations of state law, wandering from normativism to decisionism, and from natural law to positivism; it concludes with the impossibility of finding such foundations in Schmitt's idea of concrete order or, indeed, in Sampay's notion of the personalist deviation in natural law.

Keywords: Carl Schmitt, Enrique Arturo Sampay, decisionism, positivism, natural law, personalism, common good, philosophy of law.

1. Presentación

Me propongo indagar acerca de los fundamentos del Estado de derecho valiéndome de un libro poco recordado de Arturo Enrique Sampay (1911-1977) publicado en Bolivia en 1954 y en Argentina en 1965: *Carl Schmitt y la crisis de la ciencia jurídica*. El jurista argentino considera críticamente dos estudios del gran escritor alemán (1888-1985), preservando el contexto en el que fueron elaborados y enlazándolos, al tiempo que advierte una evolución en las ideas jurídicas schmittianas, para acabar juzgando ambos momentos a la luz del iusnaturalismo clásico y católico como él lo entendía.

La *Advertencia* que el autor puso a la edición argentina es toda una defensa y una justificación. Una defensa, porque Sampay dice escribirla contra aquellos que, por entonces, confundían sus ideas con las de Schmitt. Una justificación, pues tratará de desnudar el trasfondo de las doctrinas schmittianas, el “relativismo filosófico jurídico”, al que opondrá la “objetividad de lo justo natural” como fundamento de nuestra civilización.¹ Estamos, tal vez, ante el mejor Sampay,² el que evalúa y reinterpreta la doctrina política y jurídica, la teoría del Estado y el Estado de derecho, desde la tradición del derecho natural realista, católico o, como él lo denomina en este libro, “objetivo”.

La pregunta y el problema que abordará Sampay en la crítica del positivismo, vía Schmitt, son de enorme actualidad y bien pueden reiterarse en nuestros días tal como él los propuso: “El Estado ¿tiene condicionamientos metaconstitucionales en su creación del derecho positivo?; en caso de tenerlos, ¿de qué índole son?”³

¹ Arturo E. Sampay, *Carl Schmitt y la crisis de la ciencia jurídica*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1965, pp. 7 y 8.

² Ver mi estudio “Introducción al pensamiento jurídico-político de Arturo Enrique Sampay”, en Arturo Enrique Sampay, *Obras selectas*, t. I, *La crisis del Estado de derecho liberal burgués*, Buenos Aires, Docencia, 2011, pp. VII-XLVI.

³ Sampay, *Carl Schmitt y la crisis de la ciencia jurídica*, *op. cit.*, p. 11.

2. La cientificidad del derecho

El primero de los estudios de Schmitt que analiza Sampay apareció en 1934 y se tituló *Sobre los tres tipos de pensamiento científico del derecho*.⁴ Para Schmitt, el derecho puede ser comprendido como norma (normativismo jurídico), como decisión (decisionismo jurídico) o bien como un ordenamiento concreto. Valen aquí dos acotaciones: la primera sobre la terminología schmittiana, que es singular en tanto elude parcialmente la disputa ya fuertemente establecida entre los positivismos y los iusnaturalismos. La segunda tiene que ver con el año: estamos en el ascenso del régimen nazi y Schmitt es tenido como uno de sus juristas, de ahí la gran repercusión de su escrito,⁵ si bien es cierto había ganado mérito con su crítica demoledora a la fachada de Estado de derecho que fue la República de Weimar,⁶ modelo de la falaz legalidad del normativismo positivista. Se entiende entonces por qué Schmitt está en la búsqueda de un nuevo fundamento científico al derecho.

Sampay comparte que el normativismo extremo, puro, que define al derecho como la norma reguladora de la vida con independencia de las circunstancias,⁷ se caracteriza por el aislamiento y la absolutización de la norma respecto del orden concreto de una comunidad; es una fusión de idealismo y de voluntarismo que separa lo normativo de la situación concreta, lo jurídico de lo antijurídico, el deber ser del ser, el orden del desorden, de modo tal que no puede dar respuesta a los límites extrajurídicos del derecho. Schmitt y Sampay concuerdan en la crítica: el normativismo es un método de estudio del derecho, tan viejo como el derecho mismo, y no se confunde con el positivismo, pues este es, más bien, una concepción filosófica del derecho que lo condensa todo en el positivo.⁸

De ahí que el decisionismo⁹ sea, para ambos, una forma, un medio de realización del positivismo a partir del siglo XIX.¹⁰ De acuerdo con la definición que da Sampay, espigando las ideas de Schmitt, por decisionismo se entiende el modo de pensamiento jurídico para el cual “la fuente última de todo derecho, de toda validez jurídica y de todos los valores jurídicos está en un procedimiento de voluntad que, como decisión,

⁴ Carl Schmitt, *Sobre los tres modos de pensar la ciencia jurídica*, Madrid, Tecnos, 1996.

⁵ Cf. Dalmacio Negro Pavón, “Orden y derecho en Carl Schmitt”, en Dalmacio Negro Pavón (coord.), *Estudios sobre Carl Schmitt*, Madrid, Fundación Cánovas del Castillo, 1996, pp. 343-374.

⁶ En 1932, Carl Schmitt publicó su famoso libro *Legalidad y legitimidad* (Madrid, Aguilar, 1971), en el que califica a la Constitución de Weimar de mero “compromiso formulario” que destruye tanto la legalidad como la legitimidad. Anteriormente, en su “Teoría de la constitución”, *Revista de Derecho Privado*, s.f.), aparecida en Alemania en 1928, había desarrollado una crítica implacable a esa constitución.

⁷ Schmitt, *Sobre los tres modos de pensar la ciencia jurídica*, op. cit., pp. 9 y ss.

⁸ Sampay, *Carl Schmitt y la crisis de la ciencia jurídica*, op. cit., p. 22; Schmitt, *Sobre los tres modos de pensar la ciencia jurídica*, op. cit., p. 33.

⁹ Schmitt, *Sobre los tres modos de pensar la ciencia jurídica*, op. cit., pp. 26 y ss.

¹⁰ *Ibid.*, pp. 32 y ss.

crea el derecho, y cuya fuerza jurídica no puede deducirse de la fuerza jurídica de reglas de decisión”¹¹

Tras el normativismo, que desde el siglo XIX se ha convertido en positivista, se esconden el decisionismo, pues la validez de la norma pende del poder de decidir, mejor aún: de la decisión capaz de establecer la norma con fuerza de derecho. En otras palabras, el decisionismo positivista excluye un orden anterior a la decisión –un orden natural, como lo concibe el cristianismo, dice Sampay– y un derecho o una ley que dé fundamento a la ley positiva –la ley natural cristiana–. En realidad, antes de la decisión que pone el derecho solo hay caos, desorden, que se convierte en orden por la decisión que sanciona el derecho. Pero este orden decisionista es virtual, nunca real, antinatural, supone la enemistad humana y no la natural amistad, la sociabilidad, como virtud.¹²

La crítica de Sampay al decisionismo es terminal: es un camino irracional para fundar la validez del derecho positivo: “La decisión es un principio absoluto –escribe Sampay–; surge de una nada normativa y de un desorden concreto”¹³ Schmitt no piensa de manera distinta.¹⁴

Queda por considerar la tercera forma de pensamiento científico del derecho, el denominado “pensamiento concreto de ordenación y estructuración”, al que adhiere el propio Schmitt.¹⁵ Su modo de razonar es inverso al anterior: no parte de la norma ni de la decisión sino de los órdenes existentes en la realidad, de ordenaciones ya dadas (familiares, estamentales, gremiales, militares, sociales, etc.) que tienen regularidad y vigencia, y poseen carácter jurídico porque cada ordenación produce las normas de convivencia dentro del orden social de que se trate. La regla o la norma, dice Schmitt, es parte del orden, un medio de este. El jurista alemán descubre las raíces de esta doctrina científica del derecho en la tradición germana que, nacida en Lutero, se expresa en Hegel, Fichte, Schelling, Savigny, incluso Gierke, como una línea contraria al racionalismo normativista de Pufendorf y Kant.

Fuera de que la tradición que pretende fundar Schmitt es difícil de asir, asiste la razón a Sampay cuando sostiene que Schmitt no funda ese orden jurídico en el derecho natural, “como lo hacían los predecesores que indica”, sino en la doctrina propia del *Führer-grundsatz*, es decir, el principio del conductor.¹⁶ Y para Sampay, Schmitt no hace otra cosa que presentar con ropaje nuevo el viejo traje decisionista.

¹¹ Sampay, *Carl Schmitt y la crisis de la ciencia jurídica*, op. cit., p. 17.

¹² Para una refutación magistral, ver Francesco Gentile, *El ordenamiento jurídico, entre la virtualidad y la realidad*, Madrid, Marcial Pons, 2001.

¹³ Sampay, *Carl Schmitt y la crisis de la ciencia jurídica*, op. cit., p. 19.

¹⁴ A propósito de Hobbes, Schmitt, *Sobre los tres modos de pensar la ciencia jurídica*, op. cit., pp. 30-31.

¹⁵ *Ibid.*, pp. 47 y ss.

¹⁶ Sampay, *Carl Schmitt y la crisis de la ciencia jurídica*, op. cit., pp. 25-26. Escribe Schmitt: “También podemos legitimar de nuevo hoy, directamente, una idea de fidelidad, porque el ‘Movimiento’ jura una inquebrantable fidelidad al *Führer*” (*Sobre los tres modos de pensar la ciencia jurídica*, op. cit., p. 59). Un examen del papel del principio del liderazgo del *Führer* en Schmitt, en Hugo D. Ber-

3. Schmitt, Hauriou y el momento iusnaturalista

¿Hay en la teoría de Schmitt un replanteo del concepto de orden, fuera del voluntarismo estatal, casi de carácter organicista?¹⁷ Veamos qué opina Sampay, aunque en este punto conviene detenerse un instante en el lugar que ocupa el institucionalismo de Maurice Hauriou en la teoría del orden concreto de Schmitt y la de Sampay. Hauriou es uno de los autores a los que recurre Schmitt para dar fundamento a su concepción científica del derecho, porque rechazó tanto el método normativista como la filosofía positivista. Sampay era conocedor de la obra de Hauriou,¹⁸ y se valió de este saber de la producción del profesor tolosano para encarar fieramente la interpretación de Schmitt. Es cierto que la doctrina de Hauriou tiene base aristotélica y que reposa en un trasfondo cristiano; es cierto, además, que supone una legalidad natural, enancada en la naturaleza humana, a la cual ha de acomodarse la regla de derecho.¹⁹ Por ello la crítica de Schmitt, quien ve en esa doctrina una reacción conservadora ligada al neotomismo, típicamente católico-romana que, en su universalismo, lleva a desconocer la peculiaridad de las tradiciones histórico-nacionales a las que responde el movimiento nacional-socialista.²⁰

Para Sampay, sin embargo, la censura de Schmitt a Hauriou se explica por su “belligerancia contra lo católico”, el ateísmo radical del alemán que lo lleva a ver en Dios, implícitamente, como un obstáculo a la pureza de la decisión, porque el decisionismo no puede tolerar que Dios sea el autor del orden. Sampay defiende el iusnaturalismo de Hauriou contra el principio de la voluntad incondicionada del *Führer*: lo que para Hauriou brota naturalmente de la naturaleza humana como ordenaciones concretas y manifestaciones de su sociabilidad, en Schmitt se vuelven estructuras organizadas jerárquicamente bajo la voluntad del conductor y la burocracia del régimen.²¹

En el terreno que ha planteado la polémica se comprende que Sampay sostenga a Hauriou contra Schmitt. Pero es impugnable la afirmación del carácter clásico del iusnaturalismo del francés. Sí se podría decir de Georges Renard, católico defensor del institucionalismo, pero en el caso de Hauriou es dudoso. Tengo para mí que la doctrina del derecho natural católico aparece confusa y desfigurada en su obra, pues es más bien una doctrina individualista, de corte liberal, centrada en la relación Estado-derechos individuales, antes que en lo justo objetivo. En todo caso, podría decirse que Hauriou o

tín y Juan Carlos Corbetta, *La noción de legitimidad en el concepto político de Carl Schmitt*, Buenos Aires, Struhart, 1997, cap. III.

¹⁷ Como afirma Negro Pavón, “Orden y derecho en Carl Schmitt”, *op. cit.*, pp. 352-353. Y es la intención de Schmitt (*Sobre los tres modos de pensar la ciencia jurídica*, *op. cit.*, pp. 62 y ss).

¹⁸ En 1947 tradujo y prologó la obra de Maurice Hauriou, *La teoría de la institución y de la fundación*.

¹⁹ Sampay, *Carl Schmitt y la crisis de la ciencia jurídica*, *op. cit.*, p. 33.

²⁰ Schmitt, *Sobre los tres modos de pensar la ciencia jurídica*, *op. cit.*, p. 66.

²¹ Sampay, *Carl Schmitt y la crisis de la ciencia jurídica*, *op. cit.*, pp. 38-39.

es un liberal católico o un iusnaturalista influido por los racionalistas,²² a los que pareciera dirigida principalmente la crítica de Schmitt.²³

4. Sampay y la crítica al decisionismo schmittiano

¿Qué dice Sampay de la fundamentación científica del derecho a la que arriba Schmitt? Al separarse de la interpretación que el alemán ha hecho de Hauriou, el jurista argentino afirma que para el alemán el principio del liderazgo del *Führer* es el fundamento último del derecho. Luego, a pesar del esfuerzo de Schmitt, sostiene Sampay, no ha logrado superar el decisionismo original, porque la teoría de los órdenes y las estructuras concretas niega la teoría del derecho natural objetivo y se sostiene en la del Estado como voluntad del caudillo. Hemos vuelto a Hobbes, aunque dando rodeos. “Es que el *Leviatán* de Hobbes y el Estado total de Carl Schmitt *convertuntur*”, concluye Sampay.²⁴

Sin embargo, el examen de las doctrinas schmittianas no concluye aquí, pues Sampay da cuenta del intento de 1950 por el cual el jurista alemán reinterpreta el problema del derecho a la luz de lo que podría entreverse como una superación del decisionismo. Se trata del escrito titulado *La situación de la ciencia jurídica europea*, a cuyo examen dedica el capítulo segundo de este libro.²⁵

5. Schmitt y la crisis de la ciencia jurídica

A la salida de la segunda posguerra, Schmitt da cuenta de la crisis del derecho, es decir, del derecho positivo estatal, incluido el derecho público europeo, el viejo *ius gentium*, crisis que atribuye a una causa más profunda: la de la ciencia jurídica debida, a su vez, al fracaso del normativismo como método jurídico y del positivismo como teoría del conocimiento y filosofía del derecho. Se trata, observa Sampay, de un problema central, de una percepción capital: ninguna dogmática jurídica puede subsistir si excluye las dimensiones metafísicas del derecho y del orden humano.²⁶ Para Schmitt esa dimensión tendría que ser ocupada por la ciencia jurídica como elemento suprapositivo que condiciona la creación del derecho positivo estatal, como límite al decisionismo.

Si seguimos los pasos dados por Sampay al espigar y glosar el texto de Schmitt, hay que detenerse en una primera observación que el jurista argentino realiza apenas introducida la tesis schmittiana. Dice Sampay que se advierte ahora en Schmitt “un cambio progresivo hacia la verdad”, es decir, un retorno a las fuentes del saber jurídico, pero

²² Cf. Maurice Hauriou, *Principios de derecho público y constitucional*, Madrid, Instituto Ed. Reus, c. 1927, pp. 49 y ss.

²³ Tal como sostiene Negro Pavón (“Orden y derecho en Carl Schmitt”, *op. cit.*, p. 369).

²⁴ Sampay, *Carl Schmitt y la crisis de la ciencia jurídica*, *op. cit.*, p. 41.

²⁵ Hay dos versiones españolas, ambas de 1953, una boliviana y otra argentina, que no he hallado. Me veo forzado a espigar sus ideas a partir de lo que expone Sampay.

²⁶ Sampay, *Carl Schmitt y la crisis de la ciencia jurídica*, *op. cit.*, p. 44.

que queda trunco pues el alemán se niega a entender por ciencia jurídica “el derecho natural objetivo e inmutable”, afincado en “la *teonomía* innata en la naturaleza humana”. Negación que viene del rechazo de la teología y que opera como reducción de la ciencia jurídica al “saber sistematizado de los juristas sobre el derecho positivo vigente”.²⁷

Luego, el cambio de Schmitt lo impulsa hacia nuevos horizontes, aunque no alcance nunca el fundamento último del derecho. ¿Cuál es, entonces, el cambio notado en Carl Schmitt?

Según relata Sampay, el positivismo jurídico comenzó su apogeo, de acuerdo con Schmitt, tras las revoluciones europeas de 1848, porque de ellas salió consolidada la codificación que acrecienta “la caducidad de la ciencia jurídica romana y del derecho natural como condicionantes del derecho positivo”.²⁸ Tienen razón Schmitt y Sampay respecto de la pérdida del derecho común europeo que era el romano, pero en lo que se refiere al derecho natural habrá que aclarar que se trata de la versión racionalista, la nacida en Hobbes y continuada por Grotius, Pufendorf y Locke.²⁹ Y habría que añadir que este derecho natural prohijado por el racionalismo necesariamente conduce al positivismo, pues esta ley natural, reducida a instancia moral subjetiva, ha sido desterrada del ámbito público, se la ha desligado de todo orden y disposición divinos, arraigándola en la sola conciencia individual. El legislador la puede tomar como guía, incluso debería hacerlo, pero la ley natural ha perdido toda juridicidad; en su lugar se ha entronizado la voluntad estatal, que decide soberanamente sobre lo correcto y lo incorrecto, sin más baremo que la moralidad personal del legislador.³⁰ Así la ciencia jurídica ha quedado encerrada entre la objetividad de la ley y la subjetividad del legislador.³¹

El segundo gran momento histórico señalado por Schmitt es el periodo de entreguerras a partir de 1919, en el que la ley es reemplazada por la legislación, cuando aparece la delegación legislativa en los ejecutivos y la legislación directa de estos, como se observa al analizar las normas administrativas, financieras e impositivas que vienen a ser como “el suelo patrio del concepto formal y constitucional de la ley”.³² La ley es desplazada por el decreto, las resoluciones administrativas y los reglamentos. Es una experiencia universal que todos conocen y que, a pesar de la defensa de los apóstoles del Estado de derecho, destruye su cimiento, el endiosamiento de la ley como producto general, incontaminado.³³ La ciencia jurídica se bate en retirada.

²⁷ *Ibid.*, pp. 47-48.

²⁸ *Ibid.*, p. 49.

²⁹ Es interesante la crítica schmittiana a esta escuela. Cf. Carl Schmitt, *El nomos de la tierra. En el derecho de gentes del “Jus publicum europaeum”*, Buenos Aires, Struhart, 2005, pp. 125-132. Agradezco la referencia a Ramiro Dillon.

³⁰ Cf. Ph. I. André-Vincent, *Génesis y desarrollo del voluntarismo jurídico*, Buenos Aires, Ghersi, 1978.

³¹ Sampay, *Carl Schmitt y la crisis de la ciencia jurídica*, op. cit., p. 50.

³² *Ibid.*, p. 51.

³³ Ver Miguel Ayuso, *De la ley a la ley. Cinco lecciones sobre legalidad y legitimidad*, Madrid, Marcial Pons, 2001, caps. 3 y 4.

6. La voz de los filósofos y los juristas

Según destaca Schmitt, dos voces se levantaron contra el proceso de destrucción de la ciencia jurídica. La primera es la de von Kirchmann, que negará la científicidad de la jurisprudencia; la otra es la de Savigny, quien reconsiderará la ciencia jurídica otorgándole el rango de fuente condicionante del derecho positivo.

El caso de Julius Hermann von Kirchmann (1802-1884) llama la atención a Sampay, porque la frase que de aquel cita Schmitt (“tres palabras rectificadoras del legislador convierten en basura bibliotecas enteras”)³⁴ ha sido malinterpretada. Sampay explica que Kirchmann era un notable filósofo aristotélico, que sabía distinguir bien el campo de la ciencia del de la jurisprudencia. La ciencia del derecho, para Kirchmann, estaba referida al derecho natural, a las verdaderas leyes del derecho, que condicionan las leyes positivas; la jurisprudencia, en cambio, no es ciencia,³⁵ porque trata de realidades históricas, cambiantes, singulares. Es decir, la jurisprudencia –que algunos quieren hacer pasar por ciencia del derecho– está implicada con el saber de lo eventual y contingente, no con el de lo eterno y absoluto, que es lo que Aristóteles entiende por ciencia.

Por eso, por versar sobre lo mudable según la disposición humana, basta una rectificación del legislador para volver inservibles varias bibliotecas. Aunque Sampay no lo diga, Aristóteles admitiría un saber de ciencia en el campo de lo contingente cuando puede remontarse a los primeros principios; y, en el caso del derecho, la ciencia jurídica correctamente entendida versa sobre los principios eternos del derecho, sobre la justicia; la jurisprudencia –no como saber del derecho sino como recopilación de sentencias judiciales–, que se mueve en el mundo contingente de las normas positivas cambiantes, no alcanza el rango de saber científico.

¿Por qué se equivocó Schmitt al citar ese párrafo de Kirchmann? Pues porque lo aplicó “al hecho histórico del aceleramiento en la producción y cambio de las legislaciones, que aconteció cuando el Estado abstencionista del Liberalismo –afirma Sampay– se mudó en el Estado de nuestro tiempo, normalmente interviniente”.³⁶ Con ello se desnaturaliza la afirmación filosófica de Kirchmann que se refiere al estatuto científico de la jurisprudencia y no al devenir histórico del Estado de derecho. Del derecho positivo no puede haber ciencia, lo que nos pone nuevamente en carrera para precisar los límites a la actividad estatal creadora del derecho.

Es en este momento cuando Schmitt se encuentra con Friedrich Karl von Savigny (1779-1861) como el salvador de la vieja ciencia jurídica: el derecho –de acuerdo con Savigny en el tomo primero de su monumental *Sistema de derecho romano actual*³⁷– es

³⁴ Sampay, *Carl Schmitt y la crisis de la ciencia jurídica*, op. cit., p. 54.

³⁵ Así se titula el pequeño texto de la conferencia berlinesa de 1847 de Julius Hermann von Kirchmann, *La jurisprudencia no es ciencia*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1999.

³⁶ Sampay, *Carl Schmitt y la crisis de la ciencia jurídica*, op. cit., p. 58.

³⁷ La edición original, en 8 volúmenes, es de 1840-1849: *System des heutigen römischen rechts*. Sampay cita una edición italiana de 1886; yo he consultado una versión española: Federico Savigny,

una emanación del espíritu de un pueblo que se va concretando en su devenir histórico; es un producto natural, espontáneo, de modo tal que la ciencia jurídica trabaja con ese material emergente de la vida de un pueblo o nación. Los juristas, los poseedores de la ciencia jurídica, fijan el derecho, lo hacen positivo, y esto de dos modos: mediante la legislación, que es una actividad material, actúan como colaboradores del pueblo encauzando su obra creativa del derecho; pero también a través de su tarea científica, de carácter formal, que sistematiza el derecho recibido y lo formula lógicamente.³⁸

7. La síntesis de Schmitt

Si la ciencia jurídica puede recuperar su autoridad es considerándola fuente verdadera del derecho. De acuerdo con Schmitt, Savigny debe interpretarse en este sentido: la ciencia jurídica es fuente autónoma del derecho, libre de la teología y de la filosofía tanto como de la obra del legislador. Porque la ley del Estado, el derecho positivo, no es fuente del derecho; la fuente del derecho es el saber de los juristas que, desarrollando el derecho producido espontáneamente por el pueblo, lo fija y lo crea.³⁹

Hasta aquí Schmitt permanece fiel a Savigny, pero va más allá del romanista. En efecto, el motivo por el cual la ciencia jurídica se encuentra en crisis a mediados del siglo XX ya no debe imputarse a la influencia de la teología o a la injerencia de la filosofía, sino al legalismo vacío del tecnicismo jurídico que, en defensa de la legalidad, oculta la legitimidad revolucionaria. Para Schmitt, el jurista es el encargado de desarrollar la ciencia jurídica y no puede ser instrumentalizado por ningún “deber ser”, sea teológico, filosófico o legal revolucionario, apunta Sampay. Según Schmitt, esta autonomía de la ciencia jurídica debe exponerla el jurista a través de la defensa de dos principios fundamentales: la dignidad de la persona humana y el debido proceso legal que es la garantía final del derecho. Si los juristas son capaces de llenar esta tarea, su conciencia jurídica salvará a Occidente.⁴⁰

Sampay aprecia el esfuerzo de Schmitt pero lo censura. Lo pondera en tanto con la nueva concepción de la ciencia jurídica ha abandonado el decisionismo. En realidad, así parece, porque el concepto del derecho como manifestación de la creatividad popular puede verse también como un perfeccionamiento y una continuación de su anterior concepción del derecho como ordenación y estructuración sociales. Lo que ha variado es la instancia de concreción, que ahora no es la voluntad del *Führer* sino la conciencia

Sistema del derecho romano actual, Madrid, F. Góngora y Cia., 1878-1879, en 6 tomos.

³⁸ Sampay, *Carl Schmitt y la crisis de la ciencia jurídica*, op. cit., p. 61.

³⁹ *Ibid.*, p. 65.

⁴⁰ *Ibid.*, pp. 67-68. La imposibilidad de compulsar el texto de Schmitt me lleva a confiar en las palabras de Sampay, aunque con la prevención que me escribe Ramiro Dillon, mayor conocedor del jurista alemán que yo: “Es imposible que encuentres en el concierto literario schmittiano a la ‘dignidad de la persona humana’ y ‘el debido proceso legal’ como garantía final del derecho. No, el antiliberalismo jurídico de Schmitt puede que peque, pero más bien de conservador, es decir, por exceso” (correo al autor).

jurídica de los juristas. Y esto es lo que alejaría a Schmitt del decisionismo pues tal ciencia jurídica está mediada o limitada por el derecho espontáneo de creación popular.

Sampay cree ver, en cambio, que en el reconocimiento de los principios del derecho por Schmitt hay “una aceptación del inextirpable derecho natural”, pues si esos principios se refirieran a un derecho positivo histórico tradicional nada impediría su sustitución. Luego ese núcleo infranqueable ha de ser el derecho natural, porque “lo que salvaguarda la dignidad y el respeto del hombre es siempre el derecho inmutable que reconoce como fuente la también inmutable y universal naturaleza humana”.⁴¹ Sin embargo, esto es hacerle decir a Schmitt más de lo que ha dicho, forzarlo a entrar por la puerta del derecho natural, una puerta que él no ha abierto.

8. El iusnaturalismo de Sampay

Asiste la razón a Sampay en cuanto que unos principios fundamentales del derecho solo pueden serlo si son los del derecho natural, pues “sin un retorno al derecho natural objetivo no se superará la crisis actual del positivismo jurídico y la de la llamada ciencia del derecho positivo, ni el jurista recobrará la función que Carl Schmitt pretende asignarle”.⁴² Sampay se pone frente a Schmitt y le incita a profundizar el cambio que ha iniciado, yendo de la ciencia jurídica como saber de los juristas a la ciencia jurídica como derecho natural.

Para que sea factible, admite Sampay, se requiere una teoría realista del conocimiento capaz de dar cuenta de la esencia de las cosas,⁴³ tanto cuanto de la universalidad e invariabilidad de la naturaleza humana.⁴⁴ Lo primero, debido al fracaso del idealismo y de la fenomenología; lo segundo, porque una de las vías de acceso a la ley natural en Santo Tomás es la naturaleza humana. Con esto se lleva la discusión a la doctrina medieval de los universales y a la tomasiana de la participación, para proceder a la crítica a Kant. En efecto, si la doctrina de la participación nos revela que “el fundamento último del derecho natural está en la inteligencia de Dios”,⁴⁵ debe rechazarse el proyecto kantiano de unas esencias inexistentes en las cosas creadas que el hombre pone con su inteligencia como principios *a priori*. La vía kantiana conduce, en el mejor de los casos, a un derecho natural “subjetivo”, creación del hombre, y “socava el derecho natural objetivo, cuya fuente es la específica esencia del hombre”, dice Sampay.⁴⁶

En síntesis, a juicio de Sampay, es vano el intento de Schmitt de recuperar la ciencia jurídica, si ello no significa un retorno a la doctrina clásica, objetiva, del derecho natural;

⁴¹ Sampay, *Carl Schmitt y la crisis de la ciencia jurídica*, op. cit., pp. 68-69.

⁴² *Ibid.*, p. 69.

⁴³ Arturo Enrique Sampay, *Introducción a la teoría del Estado*, 2ª. ed., Buenos Aires, Omeba, 1961, pp. 295 y ss.

⁴⁴ Sampay, *Carl Schmitt y la crisis de la ciencia jurídica*, op. cit., p. 71.

⁴⁵ *Ibid.*, p. 73.

⁴⁶ *Ibid.*, p. 74.

y la crisis de la conciencia jurídica de Occidente únicamente puede solucionarse por la restauración del derecho natural.⁴⁷

9. Sobre el catolicismo de Schmitt

La lectura que Sampay ha hecho de los trabajos de Schmitt no se deslucce, a pesar de algunos puntos en los que el jurista argentino falla en sus apreciaciones. El más importante, haber enrostrado a Schmitt un feroz ateísmo, lo que es erróneo. Sampay sabe que Schmitt proviene del catolicismo,⁴⁸ pero dice que habría abandonado esta fe y que su doctrina, cuando se adhirió al “puro decisionismo”, “solo encaja en una cosmovisión radicalmente atea”⁴⁹ pues no puede tolerar –se dijo ya– que la idea de Dios impida o condicione la decisión del soberano.⁵⁰

El juicio es errado. Por una parte, extraña que Sampay no haya hecho referencia al librito en el que el alemán recoge sus experiencias entre 1945 y 1947 cuando, en cautiverio por haber sido acusado de nazi, expone meditaciones impregnadas de su fe católica.⁵¹ Además, abundando, fue por católico que se lo expulsó del partido de Hitler;⁵² quienes lo conocieron personalmente testimonian su catolicismo;⁵³ de modo que no puede ponerse en duda su fe personal y cómo ella impregna de algún modo sus escritos.⁵⁴

10. Decisionismo y iusnaturalismo en Schmitt

Después de lo dicho, no cabe resolver las ideas de Schmitt en el puro decisionismo. Él no es un decisionista absoluto, para quien la decisión del soberano crea el derecho y

⁴⁷ *Ibid.*, pp. 74-75.

⁴⁸ *Ibid.*, pp. 36-37, nota 29, sintetiza el escrito de 1923 de Carl Schmitt, *Catolicismo romano y forma política* (que recojo en la edición inglesa *Roman Catholicism and political form*, Westport, Ct. and London, Greenwood Press, 1996), en el que el jurista alemán expone una doctrina católica tradicional.

⁴⁹ Sampay, *Carl Schmitt y la crisis de la ciencia jurídica*, *op. cit.*, pp. 36-37.

⁵⁰ *Ibid.*, p. 38. Sampay dice que esta idea (Dios-obstáculo-de-la-decisión-pura) está explícitamente expuesta en el librito *Sobre los tres modos de pensar la ciencia jurídica*, pero no es así, Schmitt no lo afirma.

⁵¹ Me refiero a Carl Schmitt, *Ex captivitate salus*, Buenos Aires, Struhart, 1994.

⁵² Ramiro Dillon, “El orden jurídico en Carl Schmitt y su disputa con Hans Kelsen”, en *El Derecho*, Boletín de Filosofía del Derecho, núm. 26, 18 de noviembre de 2013, p. 4; y Joseph W. Bendersky, “Introduction: the three types of juristic thought in German historical and intellectual context”, en Carl Schmitt, *On the three types of juristic thought*, Westport, Ct. and London, Praeger, 1988, p. 29.

⁵³ Guillermo Gueydan de Roussel, “Carl Schmitt, filósofo católico y confesor”, *Verbo*, núm. 289-290, 1990, pp. 1417-1423.

⁵⁴ Carlos Ruiz Miguel, “Carl Schmitt, teoría política y catolicismo”, en Negro Pavón (coord.), *Estudios sobre Carl Schmitt*, *op. cit.*, pp. 375-394.

el orden *ex nihilo*. El jurista alemán entiende que el derecho y la ley provienen de un orden y que la decisión que establece la norma jurídica, si bien personal, debe estar en correspondencia con ese orden.

Está claro que es esta la teoría schmittiana en su folleto *Sobre los tres modos de pensar la ciencia jurídica*, pues en palabras de Schmitt, “todo orden, también el ‘orden jurídico’, está ligado a conceptos normales concretos, los cuales no pueden ser deducidos de normas generales, sino que, por el contrario, las normas deben ser engendradas a partir de su propio orden y para su propio orden”.⁵⁵ Para Schmitt siempre fue así, hasta el triunfo de las ideas de la modernidad, especialmente la nueva ciencia de la física, que destruyó el concepto de orden y liberó la decisión de todo presupuesto:

antes de la desaparición de las concepciones del orden del mundo antigua y cristiana por influjo de la nueva ciencia natural, estaba siempre presente en el pensamiento, como presupuesto de la decisión, una idea de orden. En este contexto, la pura decisión sin más, queda a su vez limitada e incorporada en una idea de orden; esa decisión deriva de un orden presupuesto.⁵⁶

Lo que me pregunto es si esa idea de orden concreto que precede a la decisión y a la ley puede entenderse como un momento iusnaturalista o un resabio del iusnaturalismo clásico, realista. Así lo entiende parcialmente Dillon, para quien “la crítica schmittiana a la ‘indiferenciación positivista entre derecho y ley’, pueda casar con la doctrina tomista según la cual ‘*lex non est ipsum ius, proprie loquendo, sed aliquialis ratio juris*’”.⁵⁷

Confieso que me resulta difícil compartir esta posición. La noción de ley o de derecho natural resulta, para Schmitt, histórica y anticuada. Sabía el jurista alemán que la concepción católica del derecho natural importaba la noción de orden y que, en cambio, la triunfante concepción racionalista de la ley natural era, según sus palabras, “en parte un normativismo abstracto y en parte un decisionismo”.⁵⁸ A aquella idea clásica se refería el concepto de *nomos basileus* de Píndaro, como recuerda Schmitt citando a Hölderling.⁵⁹ Empero, parece ya irrecuperable por las consecuencias del iusnaturalismo racionalista que al imponer al Estado como orden supremo absorbe en sí a todos los órdenes de la vida medieval, dando libertad al decisionismo y al positivismo normativista.⁶⁰

Por tanto, el derecho natural clásico y católico es vetusto, caduco, incapaz de establecer la nueva legitimidad y de recuperar la idea de un derecho sujeto al orden de las

⁵⁵ Schmitt, *Sobre los tres modos de pensar la ciencia jurídica*, op. cit., p. 24.

⁵⁶ *Ibid.*, p. 27.

⁵⁷ Dillon, “El orden jurídico en Carl Schmitt y su disputa con Hans Kelsen”, op. cit., p. 5, col. 2. Las referencias son a Schmitt, *Sobre los tres modos de pensar la ciencia jurídica*, op. cit., p. 33; y a Santo Tomás de Aquino, *S. Th.*, II-II, q. 57, a. 1, ad 2.

⁵⁸ Schmitt, *Sobre los tres modos de pensar la ciencia jurídica*, op. cit., pp. 5-6.

⁵⁹ *Ibid.*, p. 17.

⁶⁰ *Ibid.*, pp. 45-47.

realidades concretas. Todo el examen de Schmitt, a fuer de realista, objetivo, apegado a las cosas, deviene finalmente historicista; ve pasar épocas de la ciencia jurídica a lo largo de la historia y sustituirse unas a otras, sin que exista posibilidad alguna de restaurar o reivindicar el pasado, lo que –de ser posible– también sería un inconveniente para entender las novedades del presente.

Junto a la dificultad que proviene de esta visión historicista de la política y el derecho, existe otra de tipo metafísico: el primer analogado del derecho. En Santo Tomás de Aquino, se sabe, es la justicia. En Schmitt no se sabe si es un orden anterior al concreto, un orden preexistente que informa el orden concreto. Me pregunto, ¿será el orden natural o el existencial, el orden vital o el histórico?, ¿será el orden concreto y natural de la familia, el gremio, la Iglesia, la vecindad como esferas de eticidad en sentido hegeliano?, ¿cree Schmitt en una normatividad espontánea nacida de las diversas esferas del orden? Puede ser así, tal vez, aunque también es posible que sea ese mismo orden concreto en tanto fundamento del derecho (¿afirma Schmitt la capacidad vinculante de lo fáctico?) u otra cosa que no se ha dicho. Pero, cualquiera fuese la respuesta, queda claro que, dentro de su historicismo, no se trata del derecho natural católico ni del racionalista; por ende, no es la justicia ni tampoco la seguridad de los derechos individuales el fundamento del orden.

Fue esto lo que vio Sampay. Vale repetir aquí su pregunta: “¿dónde está la fuente de los principios invariables de ese derecho históricamente indestructible?”⁶¹ Es cierto que Schmitt hace referencia a un orden permanente y que lo permanente –como afirma Dillon⁶²– se presenta de modo diverso, pero el problema es que Schmitt no ha definido lo permanente o, cuando lo hace, se refiere siempre a un algo anterior a la ley que tiene carácter constitutivo en la historia, en el espacio-tiempo. Luego sea por el historicismo, sea por la falta de una respuesta metafísica, resulta muy difícil atribuir a Schmitt ya una adhesión al iusnaturalismo clásico, ya una implícita subsistencia de esas ideas en su pensamiento. Como católico y como jurista admiraba al derecho medieval y a las formas orgánicas y espontáneas de expresarse,⁶³ pero no se hace eco del fundamento que teólogos y juristas de entonces dieron a ese derecho concreto: el derecho natural, lo justo por naturaleza.

11. Iusnaturalismo y personalismo en Sampay

Queda, por último, volver a Sampay para retomar su visión del iusnaturalismo y responder a una cuestión puesta agudamente por Dillon: el personalismo del jurista argentino,⁶⁴ con el alcance que tuvo en la polémica entre Jacques Maritain y el P.

⁶¹ Sampay, *Carl Schmitt y la crisis de la ciencia jurídica*, *op. cit.*, p. 70.

⁶² Dillon, “El orden jurídico en Carl Schmitt y su disputa con Hans Kelsen”, *op. cit.*, p. 6, col. 3.

⁶³ Bendersky, “Introduction: the three types of juristic thought in German historical and intellectual context”, *op. cit.*, p. 20.

⁶⁴ Dillon, “El orden jurídico en Carl Schmitt y su disputa con Hans Kelsen”, *op. cit.*, p. 5, col. 3, núm. 35, siguiendo a Jorge Dotti, *Carl Schmitt en Argentina*, Buenos Aires, Homo Sapiens, 2000, p. 135.

Eschmann, de un lado, y el P. Charles de Koninck y el P. Meinvielle, del otro, principalmente en torno a la distinción individuo/persona en Santo Tomás de Aquino y sus consecuencias jurídico-políticas tocantes al concepto de bien común.

Al juzgar la teoría de las ordenaciones concretas de Schmitt, Sampay se pregunta quién las instituyó y quién les asignó un fin, a lo que contesta que el iusnaturalismo objetivo, “como especie referida al hombre de la ley eterna puesta por Dios en la naturaleza de sus creaturas”, pone en Dios y en la naturaleza creada “el bien por realizar para conseguir la perfección o felicidad”.⁶⁵ Luego la ley o el derecho natural tienen una fuente primaria para extraer sus preceptos, que es Dios o la ley eterna, y una fuente secundaria, derivada de la anterior, que es la naturaleza humana. Es cierto que, a lo largo del libro, Sampay se refiere principalmente a esta segunda fuente, como cuando dice que “la fuente del derecho inmutable está en la naturaleza o esencia humana”.⁶⁶ Pero tratándose de una naturaleza creada, cuando se refiere a la esencia humana, lo hace remitiendo al “fundamento último del derecho natural [que] está en la inteligencia divina”.⁶⁷

En este punto no se advierte una desviación personalista ni tampoco el error de las hodiernas concepciones del acceso práctico a la natural por vía de las inclinaciones naturales del hombre.⁶⁸ Es más, descartando toda confusión con el iusnaturalismo moderno, explica Sampay por qué recurre a la locución derecho natural objetivo como opuesta al subjetivismo kantiano.⁶⁹ Esclarecido que se trata, en Sampay, del derecho natural clásico y católico, se sigue que el derecho positivo no es autónomo sino subordinado a aquel, porque de él deriva el orden jurídico-político.⁷⁰ Entonces, como se vio, la verdadera ciencia jurídica consiste en el derecho natural, “objetivo e inmutable”, pues existe una “*teonomía* innata en la naturaleza humana que es el derecho natural”.⁷¹

Hasta acá, Sampay se maneja en la ortodoxia que –en el debate antes mentado– era común a personalistas y antipersonalistas. El color personalista despunta, finalmente, en dos párrafos. El primero, cuando aprecia en Schmitt su evolución hasta la aceptación de los principios generales del derecho, “de la dignidad humana y del respeto que se le debe; esto, aunque él [Schmitt] no lo quiera, es la aceptación del inextirpable derecho natural”.⁷² Esta es una de las tesis del personalismo: el fundamento de lo justo por naturaleza es la humana dignidad sin distinción alguna.⁷³ El segundo se trata de una insistencia en la afirmación precedente, cuando confirma que “lo que salvaguarda la dignidad y el res-

⁶⁵ Sampay, *Carl Schmitt y la crisis de la ciencia jurídica*, op. cit., p. 39.

⁶⁶ *Ibid.*, p. 71.

⁶⁷ *Ibid.*, p. 73.

⁶⁸ Cf. Juan Fernando Segovia, “Crítica de la teoría del acceso práctico a la ley natural desde la perspectiva de santo Tomás de Aquino”, *Verbo*, núms. 477-478, 2009, pp. 563-588.

⁶⁹ Sampay, *Carl Schmitt y la crisis de la ciencia jurídica*, op. cit., pp. 74-75.

⁷⁰ *Ibid.*, p. 20.

⁷¹ *Ibid.*, pp. 33 y 47-48.

⁷² *Ibid.*, p. 68.

⁷³ Porque la tradición católica que supo distinguir el plano de la naturaleza del de la gracia a la hora de reputar digno al ser humano, e incluso, en el orden natural, entendió distintas la dignidad

peto del hombre es siempre el derecho inmutable que reconoce como fuente la también inmutable y universal naturaleza humana”.⁷⁴ Aquí es más evidente la confusión del fin de la ley –que es el bien común– o del derecho –que es la justicia– con el respeto del hombre y de la humana dignidad. El fin de la ley y del orden jurídico deja de ser el bien común para serlo la dignidad del hombre, reputada hoy fuente de sus inalienables derechos.

Esta tesis no se corresponde con la doctrina católica clásica de la ley natural, sino más bien con las expresiones personalistas que, viniendo de Maritain y otras fuentes, hoy recoge la Iglesia católica.⁷⁵

Ya en un artículo de los años cuarenta, Sampay había dejado escapar algún reflejo personalista al apuntar la distinción entre “la persona humana” que “pertenece esencialmente con su vida a la comunidad”, y el individuo (al que llama “cosmo en sí” [*sic*]) que, si bien se ordena a la comunidad, conserva “su libertad de autonomía”.⁷⁶ Aunque no sea una reiteración literal de la tesis de Maritain, sí conlleva una desviación respecto del fin del Estado, que no es el bien común temporal sino el “procurar al hombre una perfecta suficiencia de vida” en el plano natural.⁷⁷ Extravío este que se hace más claro en un trabajo anterior, en el que claramente sindicó como *telos* estatal el “salvaguardar la dignidad del hombre”, estableciendo las garantías de la libertades individuales conforme al modelo de las revolucionarias declaraciones de derechos.⁷⁸ Lo que importa cierta rareza en el derrotero de la carrera intelectual de Sampay, pues en su reconocida obra magna no utiliza estos términos ni recurre a estos conceptos cuando define el bien común como fin del Estado.⁷⁹

12. Conclusión

Tanto Schmitt como Sampay han dado su versión de los fundamentos metaconstitucionales del Estado de derecho. Schmitt los encuentra en la espontánea manifestación del derecho en los diversos órdenes sociales de un pueblo, interpretado primero por el líder y, más tarde, elaborado por los juristas. Empero, como se dijo, no escapa al problema del relativismo en su versión historicista por la incapacidad de definir ese orden concreto como el orden natural, pues este es inseparable de la ley natural en dos sentidos: primero, porque siendo el orden de la naturaleza humana, está regido por la ley

ontológica y la moral. Cf. José Miguel Gamba, “La noción clásica de dignidad y los derechos humanos”, *Anales de la Fundación Francisco Elías de Tejada*, Madrid, vol. XVI, 2010, pp. 31-53.

⁷⁴ Sampay, *Carl Schmitt y la crisis de la ciencia jurídica*, op. cit., p. 69.

⁷⁵ Para una crítica, ver Juan Fernando Segovia, “Examen crítico de ‘A la busca de una ética universal: nueva mirada sobre la ley natural’”, *Verbo*, núms. 493-494, 2011, pp. 191-226.

⁷⁶ Arturo Enrique Sampay, “Ontología del Estado”, *Orthodoxia*, núm. 8, 1944, p. 425.

⁷⁷ *Ibid.*, p. 424.

⁷⁸ Arturo Enrique Sampay, “Noción del Estado de derecho”, *La Ley*, t. 14, 1939, sec. doct., p. 65.

⁷⁹ Sampay, *Introducción a la teoría del Estado*, op. cit., pp. 417-419 y 451-452.

natural; segundo, porque el orden natural se concluye o deriva de los principios y preceptos de la ley natural como método de determinación de lo justo por naturaleza.⁸⁰

Por su cuenta, Sampay alude a la ley natural como fundamento último, raigal, de todo derecho, aunque cae en los pecados del personalismo al entender que esa ley postula la dignidad de la persona humana y de sus derechos como fines a los que atender. Está dicho que, con esta posición se deforma el fin del derecho que es la justicia al igual que el fin de la ley que es el bien común.

Schmitt no se pregunta si ese orden concreto que subyace como justificación del orden jurídico es “justo”; tampoco postula que las leyes que en él inhiere tienden al bien común temporal. Por tanto, su doctrina deriva hacia una fundamentación sociológica e historicista y, por lo mismo, relativista.

Sampay confunde lo justo del orden jurídico y el bien común de la sociedad política –al menos en los trabajos citados– con la primacía de la persona y sus libertades, a la que el derecho y la ley sirven. Así, queriendo encontrar en ella el fundamento de la constitución, se aleja de la concepción católica tradicional y repite el error personalista que, no por divulgado –incluso a nivel del magisterio de la Iglesia– deja de ser erróneo.

Ante uno y otro solo cabe, sin pretensión alguna de originalidad, insistir y reiterar la sabia doctrina de Santo Tomás de Aquino en cuanto al soporte metaconstitucional del derecho estatal: la justicia; y el fundamento de las leyes de la sociedad política: el bien común. El derecho no se funda en la dignidad de la persona humana ni el bien común se resuelve en los derechos humanos. Ni el derecho ni el bien común son derivados de la dignidad humana ni tampoco lo son de potestades presuntamente naturales que el Estado reconoce. Ambos se justifican en el orden natural, inscrito en la ley eterna de Dios creador, ordenador, legislador y providente, del que el hombre se vuelve partícipe a través de ese mismo orden natural que le es asequible a través de la razón. El argumento de Santo Tomás de Aquino puede sintetizarse así: existe un plan de gobernación del universo, al que no escapan las cosas del hombre, que es la providencia divina;⁸¹ mas como la inteligencia humana no puede participar plenamente del dictamen de la razón divina, “sino solo a su manera e imperfectamente”,⁸² el modo más adecuado para conocerlo es el de la ley natural,⁸³ que es la participación del orden y la ley eternos en nuestra razón; atendiendo, además, a la correlatividad del orden de los preceptos de la ley natural y el orden de las inclinaciones naturales del hombre.⁸⁴

Luego la ley natural es la ley de la propia naturaleza humana establecida por la ley divina de la que el hombre participa en su racionalidad. La concepción católica reconoce que el orden natural tiene como presupuestos necesarios a Dios, autor de todo lo creado

⁸⁰ Cf. Juan Fernando Segovia, *Orden natural de la política y orden artificial del Estado. Reflexiones sobre el derecho natural católico y la política*, Barcelona, Scire, 2009, p. 17.

⁸¹ Santo Tomás de Aquino, *S. Th.*, I, q. 103, a. 1.

⁸² *Ibid.*, I-II, q. 91, a. 3, ad.1.

⁸³ *Ibid.*, I-II, q. 91, a. 2 resp.

⁸⁴ *Ibid.*, I-II, q. 94, a. 2.

y gobernante providencial de su obra, y a la ley natural, en sus proyecciones morales y jurídicas.

Contra las desviaciones del pensamiento moderno, el católico sostiene que sin Dios –esto es, sin ley divina y sin un legislador omnipotente y providente– no hay ley natural ni orden natural; solo habrá ley humana y orden artificial porque, lisa y llanamente, no habría “naturaleza”. Porque Dios, al crear el ser, también lo ordena; consiguientemente, el ser del ente, su esencia, es un orden y está ordenado a su fin.⁸⁵ La existencia de un orden natural del derecho y la política, contenido en la ley natural y derivado de ella, aun cuando requiera determinaciones concretas en sus dimensiones prudenciales, comprende, a modo de conclusión, la afirmación de una constitución política natural propuesta por Dios al prudente arbitrio humano.⁸⁶ Es, por tanto, el verdadero fundamento metaconstitucional del derecho estatal.

Bibliografía

- ANDRÉ-VINCENT, Ph. I., *Génesis y desarrollo del voluntarismo jurídico*, Buenos Aires, Gherzi, 1978.
- AQUINO, Tomás de, *Suma Teológica*, 3ª. ed., Madrid, BAC, 1964, 16 volúmenes.
- _____, *Suma contra los gentiles*, 2ª. ed., Madrid, BAC, 2007, 2 volúmenes.
- AYUSO, Miguel, *De la ley a la ley. Cinco lecciones sobre legalidad y legitimidad*, Madrid, Marcial Pons, 2001.
- BENDERSKY, Joseph W., “Introduction: the three types of juristic thought in German historical and intellectual context”, en Carl SCHMITT, *On the three types of juristic thought*, Westport: Ct. and London, Praeger, 1988.
- BERTÍN, Hugo D. y Juan Carlos CORBETTA, *La noción de legitimidad en el concepto político de Carl Schmitt*, Buenos Aires, Struhart, 1997.
- CASTELLANO, Danilo, *La naturaleza de la política*, Barcelona, Scire, 2006.
- DILLON, Ramiro, “El orden jurídico en Carl Schmitt y su disputa con Hans Kelsen”, *El Derecho*, Boletín de Filosofía del Derecho, núm. 26, 2013, pp. 4-6.
- DOTTI, Jorge, *Carl Schmitt en Argentina*, Buenos Aires, Homo Sapiens, 2000.
- GAMBRA, José Miguel, “La noción clásica de dignidad y los derechos humanos”, *Anales de la Fundación Francisco Elías de Tejada*, Madrid, vol. XVI, 2010.
- GENTILE, Francesco, *El ordenamiento jurídico, entre la virtualidad y la realidad*, Madrid, Marcial Pons, 2001.
- GUEYDAN DE ROUSSEL, Guillermo, “Carl Schmitt, filósofo católico y confesor”, *Verbo*, núms. 289-290, 1990.

⁸⁵ *Ibid.*, C.G., III, 1 y 7. Cf. Danilo Castellano, *La naturaleza de la política*, Barcelona, Scire, 2006, pp. 22-23.

⁸⁶ Segovia, *Orden natural de la política y orden artificial del Estado. Reflexiones sobre el derecho natural católico y la política*, op. cit., pp. 19-22.

- HAURIOU, Maurice, *Principios de derecho público y constitucional*, Madrid, Instituto Ed. Reus, c. 1927.
- NEGRO PAVÓN, Dalmacio, "Orden y derecho en Carl Schmitt", en Dalmacio NEGRO PAVÓN (coord.), *Estudios sobre Carl Schmitt*, Madrid, Fundación Cánovas del Castillo, 1996.
- RUIZ MIGUEL, Carlos, "Carl Schmitt, teoría política y catolicismo", en Dalmacio NEGRO PAVÓN (coord.), *Estudios sobre Carl Schmitt*, Madrid, Fundación Cánovas del Castillo, 1996.
- SAMPAY, Arturo E., "Noción del Estado de derecho", *La Ley*, t. 14, 1939.
- _____, "Ontología del Estado", *Ortodoxia*, núm. 8, 1944.
- _____, *Introducción a la teoría del Estado*, 2ª. ed., Buenos Aires, Omeba, 1961.
- _____, *Carl Schmitt y la crisis de la ciencia jurídica*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1965.
- SAVIGNY, Federico, *Sistema del derecho romano actual*, Madrid, F. Góngora y Cía., 1878-1879.
- SCHMITT, Carl, *Legalidad y legitimidad*, Madrid, Aguilar, 1971.
- _____, *Ex captivitate salus*, Buenos Aires, Struhart, 1994.
- _____, *Sobre los tres modos de pensar la ciencia jurídica*, Madrid, Tecnos, 1996.
- _____, *El nomos de la tierra. En el derecho de gentes del "Jus publicum europaeum"*, Buenos Aires, Struhart, 2005.
- _____, "Teoría de la constitución", *Revista de Derecho Privado*, s/f.
- SEGOVIA, Juan Fernando, "Crítica de la teoría del acceso práctico a la ley natural desde la perspectiva de santo Tomás de Aquino", *Verbo*, núms. 477-478, 2009.
- _____, *Orden natural de la política y orden artificial del Estado. Reflexiones sobre el derecho natural católico y la política*, Barcelona, Scire, 2009.
- _____, "Examen crítico de 'A la busca de una ética universal: nueva mirada sobre la ley natural'", *Verbo*, núms. 493-494, 2011.
- VON KIRCHMANN, Julius Hermann, *La jurisprudencia no es ciencia*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1999.

Angela Vidal da Silva Martins* (Brasil)

Fundamentos procedimentais do Estado democrático de direito em Lon Fuller

RESUMO

Este breve artigo visa dar a conhecer a proposta de Lon Fuller como un possível caminho procedimental para o *Rule of Law*. Para tal, apresentaremos primeiramente sua base antropológica e sua concepção de Direito, para, em seguida, expor os requisitos que estabelece como forma moral do Direito e os fins que sustenta: o bem comum da liberdade e a comunicação, oferecendo uma solução prática para a consecução do Estado de Direito.

Palavras-chave: Antropologia, Estado de Direito, Lon Fuller.

ZUSAMMENFASSUNG

Mit diesem kurzen Artikel soll Lon Fullers Vorschlag als möglicher Verfahrensweg zur Realisierung der *Rule of law* vorgestellt werden. Dazu gehe ich zunächst auf seinen anthropologischen Ansatz und seine Rechtskonzeption ein und lege daran anschließend die Anforderungen, die er als moralischen Ausdruck des Rechts formuliert, und dessen Ziele dar - Freiheit und Kommunikation als Gemeinwohl -, womit er eine praktische Lösung für die Verwirklichung des Rechtsstaates anbietet.

Schlagwörter: Anthropologie, Rechtsstaat, Lon Fuller.

ABSTRACT

This brief article aims at presenting the proposal of Lon Fuller as a possible procedural way of the rule of law. In order to do this, we will first present his anthropological basis

* Licenciada em Direito – Universidade de São Paulo (USP) e Maestra e Doutoranda em Filosofia do Direito - Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS).
avidalmartins@gmail.com.

and conception of law, and then refer to the requirements he lays down as a moral form of Law and the objectives it sustains: the common good of freedom and communication, thus offering a practical solution for the achievement of the rule of law.

Keywords: Anthropology, Rule of Law, Lon Fuller

Agradeço especialmente ao Professor Massini a oportunidade de poder colaborar em publicação de tanta importância para nosso continente, e, ao mesmo tempo, sobre um tema tão apropriado para os momentos em que vivemos, em busca de um verdadeiro e efetivo Estado de Direito. Alegro-me ainda em poder compartilhar e dar a conhecer com maior profundidade a proposta de Lon Fuller, que vai sendo revisitada por estudiosos de *Jurisprudence* na América de Norte e nos países anglo-saxões, por sua contribuição relativa à segurança jurídica e sua conexão com uma forma moral para o Direito.

1. Considerações gerais

*Of all the dreams that drive men and women
into the streets, the rule of law is the most puzzling.*
GEORGE FLETCHER¹

A segunda metade do século XX, durante a qual Lon Fuller exerceu sua atividade acadêmica com intensidade, apresentou-se como um *locus* filosófico-político de questionamentos sobre os fundamentos do Direito e sua legitimidade, em consequência da experiência vivenciada a partir dos regimes totalitários.²

Nesse contexto jurídico-político evoluiu uma grande preocupação por aprofundar na concepção e efetiva consecução do que se define como *Rule of Law*.

Entre outras discussões, eclodem, durante um debate na *Harvard Law School*,³ duas propostas antagônicas sobre o tema, apresentadas por Herbert Hart e Lon Fuller, que, por sua vez, originaram inumeráveis estudos do autor escolhido e a consolidação de sua teoria sobre a moralidade interna do Direito, dotada de um enfoque valorativo peculiar, que se opunha, em primeira instância, à regra de reconhecimento de Hart como subtrato do Estado de Direito.⁴

¹ Georg P. Fletcher, *Basic Concepts of Legal Thought*, New York: Oxford University Press, 1996, p. 11.

² Hannah Arendt, *As origens do Totalitarismo*, São Paulo, Ed. Companhia das Letras, 1988, p. 339 et seq.

³ *Hart-Fuller Debate, Law School's Annual Holmes Lecture, academic-year 1956-57.*

⁴ Larry May, *International Criminal Law and the Inner Morality of Law* in *The Hart-Fuller Debate in the Twenty-First Century* edited by Peter Cane, Oxford, Hart Publishing: Oxford, 2012, p. 81 e 82.

A proposta de Fuller, objeto deste estudo, não nos parece somente um tema interessante em termos especulativos, mas especialmente necessário para a prática em momentos em que o conceito de segurança jurídica e sua aplicabilidade vão se enfraquecendo através de abusos falsamente justificados,⁵ pois a teoria do autor visa fortalecer o procedimento que garante efetivamente o *Rule of Law* a partir de um jusnaturalismo já presente em São Tomás de Aquino,⁶ sem ater-se à justiça substantiva e, ao mesmo tempo, sublinhando a conduta moral daqueles a quem cabe projetar e manter o Estado de Direito.

Ao longo deste estudo buscaremos perfilar os oito requisitos que o autor entende como integrantes necessários das expectativas de um bom Direito, e que alguns autores identificaram resumidamente como o *due process of Law*⁷ ou com o próprio *Rule of Law*, como explicita Larry May:

Os desiderata prevêem basicamente o que o Direito necessita fazer previsivelmente para alcançar seus objetivos, o que é muito distinto do Direito em si mesmo, e que, por sua vez, pode proteger formalmente a equidade do sistema.⁸

A moralidade interna do Direito de Fuller embasa o que May denomina de *procedural rights* a partir de um princípio de visibilidade, próprio do *Rule of Law*,⁹ e permite a consecução deste, como exemplifica Hilary Charlesworth ao referir-se à sua teoria:

Sob o *Rule of Law* ninguém está acima da lei. A lei é aplicável igualmente para governantes e para governados. O primeiro dever dos que foram eleitos para fazer a lei é respeitar a lei. O *Rule of Law* requer uma legislação justa e imparcial que oriente o consentimento.¹⁰

A originalidade e eficácia da proposta residem no destaque da moralidade procedimental que sustenta a lei e o processo definido; no combate às arbitrariedades e à unilateralidade; na coexistência a partir da horizontalidade e não da verticalidade; na equidade e justiça, não através da objetividade do conteúdo, mas pela adequação da conduta moral formal daqueles que operam o Direito. Não se resume, portanto, somente num valor estrutural,¹¹ mas possibilita a interpretação do Direito segundo padrões de ação. Ao

⁵ Em especial, referimo-nos a certas práticas neoconstitucionalistas.

⁶ Tomás de Aquino, “*Summa Theologica*” in *The Great Legal Philosophers*, 56 e 57 (19 Case W. Res. L. Rev. 565 1967-1968, p. 565).

⁷ Larry May, 2012, p. 85.

⁸ *Ibidem*, p. 86 (tradução livre).

⁹ *Ibidem*, p. 86 e 101.

¹⁰ Hilary Charlesworth, “*Human Rights and the Rule of Law after Conflict*”, em *The Hart-Fuller Debate in the Twenty-First Century*, editado por Peter Cane, Oxford, Hart Publishing, 2011, p. 49. (tradução livre)

¹¹ Christopher Kutz, “*On Visibility and Secrecy in International Criminal Law*”, em *The Hart-Fuller Debate in the Twenty-First Century* editado por Peter Cane, Oxford, Hart Publishing, 2011, p.104.

mesmo tempo, não se restringe a um ideal político,¹² ainda que o possa sustentar através de seu peculiar formalismo.¹³

Como expõe Fuller sobre as condições antecedentes ao Direito:

Um sistema jurídico não pode tornar-se jurídico por un *Fiat*. Sua segurança e eficácia devem assentar-se em opiniões formadas fora dele, o que cria uma atitude de deferência para com seu autor humano (por exemplo, um rei) ou um processo constitucional prescrevendo as regras para o verdadeiro Direito. Dizer que essa aceitação é moral significa que ela antecede o Direito.¹⁴

Sua teoria enfrenta os vícios do formalismo e os excessos do realismo americano; de uma jurisprudência sociológica; da argumentação puramente cientificista, etc. Destacando mais a normatividade que a faticidade, Fuller oferece uma espécie de “técnica” filosófica como caminho para a juridicidade.¹⁵ Ainda que não utilize o termo *Rule of Law* com muita frequência, sua proposta da moralidade interna influenciou a aceitação de seus elementos como caracterização do *Rule of Law*, tanto em seu próprio sistema jurídico como em instituições internacionais.¹⁶

Philip Petit afirma que Fuller estabelece um *Rule of Law* moral à medida que acentua a honestidade da normatividade e a racionalidade do compromisso¹⁷ – ou da aliança¹⁸ – e, a partir dele a eficácia da confiança¹⁹ e, conseqüentemente, da segurança.

Penetrando nestes aspectos levantados pela proposta de Fuller, poderemos responder à questão crucial para a configuração do *Rule of Law*, ou seja, onde gira o centro de gravidade do Direito: na legislação, na ciência jurídica, nas decisões judiciais, na sociedade ou nos procedimentos e instituições que o asseguram?²⁰ E, secundariamente, ao que se apresenta como uma crítica à proposta de Fuller: é um critério para um mundo ideal?²¹

¹² Segundo Joseph Raz em Kristen Rundle, *Forms Liberate*, Oxford, Hart Publishing, 2012, p. 149 et seq.

¹³ José Rodrigo Rodriguez, “A Justificação do Formalismo Jurídico”, em *Textos em Debate*, São Paulo, Ed. Saraiva, 2011.

¹⁴ “*Untitled and undated document, paginated in hand as p. 25; the Papers of Lon Fuller, Harvard Law School Library, Box 12, Folder 4*”, em Kristen Rundle, 2012, p. 14.

¹⁵ *Ibidem*, p. 23.

¹⁶ Hilary Charlesworth, 2011, p. 45.

¹⁷ Philip Petit, “*How Norms Become Normative*”, em *The Hart-Fuller Debate in the Twenty-First Century*, editado por by Peter Cane, Oxford, Hart Publishing, 2011, p. 234.

¹⁸ Luis Fernando Barzotto, *Os Conceitos Fundamentais e a Tradição Jusnaturalista*, Porto Alegre, Ed. Livraria do Advogado, 2010, p. 156.

¹⁹ “*Replacing, in a specific way, the ‘men are good’ for ‘Law makes them good’*”, em Kristen Rundle, 2012, p. 140 e 159.

²⁰ *Ibidem*, p. 126.

²¹ *Ibidem*, p. 132.

Ou realmente abriga uma solução estratégica e prática, compatível com uma democracia pluralista?²²

Desejamos que o breve estudo permita um melhor aproveitamento do núcleo – claro e prático – da proposta de Lon Fuller em nosso continente, tão afetado ultimamente no que refere à segurança jurídica, pela utilização cada vez mais frequente de conceitos jurídicos indeterminados,²³ originando, como comenta o Prof. Otto Bachof, as paradoxais normas “constitucionais inconstitucionais”²⁴ que, por sua vez, terminam por debilitar a previsibilidade e a confiança no pacto jurídico.²⁵

2. Antropologia, direito e conceito de *rule of law* em Lon Fuller

O advogado modela-se por sua concepção do Direito, e, pela extensão de sua influência, esculpe a sociedade em que vive.

LON FULLER²⁶

Quando buscamos uma definição não trabalhamos somente em um plano semântico, mas desejamos que sua clareza explicativa facilite sua compreensão e, no Direito, sua aplicação. Podemos dizer que as expressões partem da realidade e da racionalidade. Não são nem totalmente arbitrárias nem independentes, pois vinculam-se a um mínimo de sentido comunitário, ainda que analógico. Uma definição lexicográfica é um princípio orientativo, já que delimita certas bases para um determinado conceito.²⁷

Por outro lado, tendo o Direito vida própria, não pode estar congelado no âmbito conceitual,²⁸ porém, tampouco pode depender excessivamente do social e do moral *latu sensu*. Nesse sentido, os conceitos e definições que servem à sua atividade podem progredir prudentemente ao longo da história, como é o caso, por exemplo, do termo democracia. Giovanni Sartori sublinha que “existe uma relação especial entre a política e a adulteração da linguagem”, que leva até à manipulação de conceitos. Cabe também destacar que a busca de um conceito ideal não é mera linguística, retórica, lógica ou gno-

²² Jeremy Waldron, “*Legal Pluralism and the Contrast Between Hart’s Jurisprudence and Fuller’s*”, em *The Hart-Fuller Debate in the Twenty-First Century*, editado por Peter Cane, Oxford, Hart Publishing, 2011, p. 135 e seq.

²³ Humberto Ávila, *Segurança jurídica. Entre permanência, mudança e realização no Direito tributário*, São Paulo, Malheiros, 2011, p. 11.

²⁴ Antonio Tito Costa, “A Propósito da Segurança Jurídica”, em Marco Túlio Bottino, *Segurança Jurídica no Brasil*, São Paulo, RG Editores, 2012, p. 42.

²⁵ Regis Fernandes Oliveira, *Segurança Jurídica: Previsibilidade*, em *Ibidem*, p. 193.

²⁶ Lon Fuller, *The Law in Quest of itself*, Chicago, Foundation Press, 1940, p. 4. (Tradução livre)

²⁷ Giovanni Sartori, *A Teoria da Democracia Revisitada*, São Paulo, Ed. Ática, 1994, p. 9 et seq.

²⁸ “*Begriffshimmel x Begriffsjurisprudenz*”, em H.L.A. Hart, *Ensaio sobre Teoria do Direito e Filosofia*, São Paulo, Elsevier, 2010, p. 304 et seq.

siologia, mas visa uma prática adequada, ou seja: conexão entre a concepção e a efetiva consecução. Os ingleses referem-se a eles como palavras operacionais.²⁹

Ainda que possamos dizer que o Direito apresenta conceitos claros e naturezas delineadas com relação a diversos dos seus institutos, parece-nos que o significado do tão desejado Estado de Direito mostra-se opaco mesmo entre filósofos do Direito³⁰. Alguns optam por uma redução: é simplesmente o governo através de leis³¹, afirmando, como Friedrich Hayek ou Joseph Raz, que o *rule of law* significa que “o governo está limitado por regras estabelecidas e promulgadas com antecedência”³². Outros vinculam o conceito à ideia de uma democracia eficiente, veiculada por uma representatividade coerente, e outros ainda, mais idealistas, ao império dos princípios ou da soberania popular. Porém, o que significa viver sob regras ou sob o conceito de uma liberdade garantida pela lei, ou com direito ao *due process of Law* ou em um *Rechtsstaat*?³³

O conceito adequado procura refletir uma realidade plausível: uma meta que se possa alcançar. Por esse motivo, partimos do pressuposto de que o conceito de *rule of law* não abarca somente a ideia de um Direito como regra, que se pode expressar pela palavra *law – enacted, legislated, laid down by an authoritative body*³⁴–, mas por um conceito mais amplo de *Law* que abarca princípios³⁵. Veremos que o procedimento moral de Fuller não contém meras regras ou um *check list*, pois traça um plano de conducta embasada em uma expectativa performativa, que, por sua vez, encerra valores como, por exemplo, o respeito.

Lon Fuller, em sua simplicidade, trabalha com conceitos claros e comenta que a noção de Direito – o que é; por que existe, etc. – em si mesma não tem mistério. O ceticismo parte de nossas complicações ou ajustes fora da realidade.³⁶ Seu realismo é aquele do bom senso.³⁷

A definição do autor não se identificará com palavras, mas com uma proposta – um conteúdo formal –, e, ainda que possa não substituir outras definições, oferece matéria suficiente para estabelecer base sólida para o tão desejado *rule of law*.

O entendimento de Lon Fuller sobre a questão tem raízes antropológicas, ao conceber o homem como um ser racional, relacional, e, principalmente, livre e responsável.

²⁹ H.L.A. Hart, 2010, p. 311.

³⁰ Ibidem.

³¹ Antonin Scalia, “*The Rule of Law as a Law of Rules*”, 56 *University of Chicago Law Review* 1175 (1989), em Richard Posner, *How Judges Think*, Cambridge, Harvard University Press, 2008, p. 8.

³² Georg P. Fletcher, 1996, p. 11.

³³ “*under rules (...); by the concept of ordered liberty (...) due process or in a Rechtsstaat?*”, em Georg P. Fletcher, 1996, p. 13.

³⁴ “(...) decretado; legislado; estabelecido por um corpo com autoridade in Georg P. Fletcher, 1996, p. 12.

³⁵ Georg P. Fletcher, 1996, p. 12.

³⁶ Lon Fuller, *Anatomy of the Law*. Westport, Greenwich Press.Publishers, 1987, p. 6.

³⁷ “*For the reasonable man*”, em Lon Fuller, 1987, p. 40.

A partir dessa concepção, define o Direito como o empreendimento de submeter a conduta humana ao governo de regras³⁸.

Nesse sentido, o Direito pode mover a adesão racional do homem.³⁹ Para tal, não se concentra somente em propósitos e fins, que em sua concepção já seria muito atraente *per se* – a liberdade e a comunicação como os principais valores e objetivos do Direito –, mas em uma forma moral que possibilite a segurança e a reciprocidade no sistema, o que denomina de moralidade interna do Direito, e que pode identificar-se com os pressupostos do que entende como *rule of law*.

Em sua proposta se pode afirmar radicalmente que:

*If the necessary reciprocity between lawgiver and subject that creates and maintains the distinctive attributes of a legal order disappears, so too must law, because the lawgiver has disavowed his commitment to law and is now proceeding through a different mode of order.*⁴⁰

Dessa forma, como afirma George Fletcher, o *rule of law* em Fuller identifica-se com o ideal do bom governo: segurança que sustenta valores humanos e democráticos. A legalidade que impede a arbitrariedade.

Podemos nos questionar através da história onde e quando encontramos de fato um Estado de Direito. Em sentido análogo, poderíamos talvez afirmar com Robert Dahl que é mais fácil constatar a existência de poliarquias, que de perfeitas democracias⁴¹. Fuller, porém, oferece-nos, pelo menos, uma pista para identificar o início e a sedimentação de um Estado de Direito: a aceitação de padrões que passam a ser formalizados por serem aceitos.⁴² Nesse sentido é que encontramos a origem do *rule of law* fulleriano em Aristóteles:

(...) uma parte da justiça política é a natural, a outra legal. A natural tem a mesma eficácia em todos os lugares e não depende de nossa opinião; quanto à legal, é originariamente indiferente se deve ser assim ou de outro modo, mas, uma vez posta, deixa de ser indiferente.⁴³

A concepção do *rule of law* em Fuller partirá também de uma correta visão do papel da história em sua construção, já que não vê nela uma mera sucessão de fatos ou movi-

³⁸ “*is the enterprise of subjecting human conduct to the governance of rules*”, em Lon Fuller, 1964, p. 110.

³⁹ Porém não se identifica com os planos racionalizadores do comportamento futuro tanto do legislador como dos demais, como na ontologia social de Scott Shapiro em *Legality*, New York, Free Press, 1990, p. 140 et seq.

⁴⁰ Kristen Rundle, 2012, p. 26.

⁴¹ Robert Dahl, *Poliarquia*, São Paulo, EDUSP, 1997, p. 357 et seq.

⁴² “*Accepted standards of conduct*”, em Lon Fuller, *The Morality of Law*, New York, Fawcett, 1964, p. 144.

⁴³ Aristóteles, *Ética à Nicômaco*, Livro V, cap. 7, 1134 b. Bauru, Edipro, 2002.

mentos, mas um fruto de sujeitos conscientes e livres que compartilham uma natureza que permanece nas mudanças e que lhes permite possuir seu passado e projetar seu futuro através de uma história pessoal que intervém na história humana, com suas indeterminações, múltiplas possibilidades e riscos, dando uma peculiar consistência à sua contribuição social para construir o justo político desde o dado ou do natural.⁴⁴

Nesse sentido, enfatiza precisamente o procedimento moral para garantir o que se entende por uma sociedade democrática onde vigora o *rule of law* e seus processos fundamentais de decisão: tanto das decisões que são tomadas por juízes imparciais como por votos de um eleitorado ou de um corpo representativo. Sem processos seguros e comprometidos não se pode assegurar decisões com o qualificativo de democráticas. Porém, esse processo não é algo construído somente no que se refere à forma ou à votação, mas encerra algo de comum e natural em relação com as expectativas dessas decisões.⁴⁵ Portanto, o *rule of law* em Fuller não se caracteriza como razão de poder da maioria, poder substantivo protegido pelo procedimento ou liderança apoiada,⁴⁶ mas, principalmente, pela segurança jurídica ocasionada pelo procedimento moral nas tomadas de decisão.

Vejamos na prática o que propõe como fundamento para o Estado de Direito.

3. A Moralidade interna do direito: oito pressupostos para sustentar a segurança jurídica

*Taking forms seriously*⁴⁷

KRISTEN RUNDLE

A definição fulleriana de Direito parece já trazer implícita a idéia do *Rule of Law*: concebe o sistema jurídico como um resultado de um esforço intencional,⁴⁸ e, no que se refere à moralidade que o sustenta, entende-a de forma sistêmica e estrutural, ou seja: interna ao Direito, já que compreende bem o quanto o âmbito moral ultrapassa o jurídico.⁴⁹

⁴⁴ Lon Fuller, *Human Interaction and the Law*, Heinonline, 3 Nat. L.F., Cambridge, Harvard Law School, 1958.

⁴⁵ Fuller oferece um interessante exemplo para ilustrar essa afirmação: “*Thus when the Faculty of Christ College was of many opinions concerning the best design for a new belfry, even the mathematical genius of Charles Dodgson was unable to devise a method of voting that could resolve their differences. Adjudication and majority vote are both dependent in such cases on some preliminary procedure that will narrow the range of choice. This procedure normally involves a series of accommodations and compromises among those to be affected by the final decision. The architectural design of legal institutions and procedures obviously cannot be drawn by adjudicative decision.*” Lon Fuller, 1964, p. 192-193.

⁴⁶ Giovanni Sartori, 1994, p. 199.

⁴⁷ *instead of taking rights seriously (as Dworkin) in RUNDLE, 2012, p. 97 e 188.*

⁴⁸ Lon Fuller, 1969b, p. 106. (Tradução livre)

⁴⁹ “*though these natural laws touch one of the most vital of human activities they obviously do not exhaust the whole of man’s moral life*”, em Lon Fuller, 1964, p. 110.

Como afirma Robert Summers, a teoria de Fuller abarca principalmente propósitos (fins) e regras (meios) não somente dependentes de fontes, e uma moralidade interna que não sustenta qualquer fim.⁵⁰ Traz consigo expectativas implícitas⁵¹ e pode oferecer, não somente a direção - *direction giving* -, mas a direção certa.⁵²

Dessa forma, o sistema jurídico não se apoia na coerção ou na autoridade: se ficarmos só com elas, o Direito positivo subestima a capacidade social do cidadão,⁵³ além de abrir portas ao paternalismo e à falta de maturidade política, ou, por outro lado, à ditadura ou à tirania.

Sua visão abarca algo natural, ou seja: a inescapável ideia de princípios não escritos de Direito.⁵⁴

Esses pressupostos naturais - *desiderata* - são oito em seu sistema e formam uma completude que atesta o “*pedigree*” do que se pode conceber como *rule of law* em sua teoria.⁵⁵ Passamos a expô-los:

1. **Generalidade:** regras aplicáveis a todos, contrapondo-se às decisões *ad hoc*.

O *rule of law* nasce de regras, mais propriamente de regras gerais - *there must be rules* - segundo padrões racionais (*reasoned generality*)⁵⁶ que serão a base para as *self directed actions*.⁵⁷ Dessa forma o Estado de Direito garante também a igualdade, sem fazer acepção de pessoas.⁵⁸

2. **Publicidade:** tornar as regras públicas e disponíveis para o conhecimento de toda a comunidade.

Há um compromisso do governo em anunciar as regras, distinto, por exemplo, de um administrador de empresas, que pode mandar executar segundo sua vontade. Em seu caso, se vai além da razoabilidade, temos um problema moral, e se vai além da justiça, um problema jurídico; porém, não há nessa relação uma expectativa de completa reciprocidade como se apresenta no caso do legislador e do sujeito que se encontra sob a lei.⁵⁹ Este vínculo é diferente e estabelece uma relação necessária entre a devida informação e as condutas esperadas. Dentro

⁵⁰ Robert Summers, Lon L. Fuller, Stanford, Stanford University, 1984, p.1.

⁵¹ Kenneth Winston, “*The principles of Social Order*”, Ensaios seletos revisados e editados por Kenneth Winston, Oxford, Hart, 2001, p. 5.

⁵² Robert Summers, 1984, p. 1.

⁵³ Lon Fuller, 1969b, 192-193.

⁵⁴ “*The inescapability of unwritten principles of law*”, em Georg P. Fletcher, 1996, p. 22.

⁵⁵ Lon Fuller, 1964, p.59 et seq.

⁵⁶ Não significa que “*there must be rules of some kind however fair or unfair they may be.*” Em Lon Fuller 1969b, p.47.

⁵⁷ “É preciso haver regras” e “ações autodirigidas”, em Kristen Rundle 2012, p. 128. (tradução livre)

⁵⁸ Sem afetar, como é obvio, a justiça distributiva que é também um fundamento do Estado: colocar em situação de igualdade os que se encontram em situações proporcionalmente desiguais.

⁵⁹ “(...) *that is part of the very idea of a functioning legal order*”, em Kristen Rundle, 2012, p. 128.

desse requisito também se vislumbra a formação cívica dos governados, já que a ignorância é incompatível com o exercício da liberdade. Além disso, afasta a possibilidade de alegá-la para não cumprir as leis, ainda que efetivamente nem todos cheguem a lê-las. Mesmo nesses casos, Fuller comenta que poderão ser observadas, não por serem conhecidas diretamente, mas através de padrões estabelecidos por outros que consideram melhor informados que eles próprios. O conhecimento do Direito de poucos pode chegar a influenciar indiretamente as ações de muitos.⁶⁰

O *desideratum* permite orientar as escolhas dentro do quadro normativo que se conhece.⁶¹

Dessa forma, é possível se combater também a apatia e o conformismo político,⁶² muito comum na civilização ocidental pósmoderna, que se deve, em alguns casos, à submissão acrítica ao poder. Não se nega, portanto, nem aos que administram o Direito nem aos que o obedecem, a legibilidade e a inteligibilidade do sistema.⁶³

Porém, para Fuller a publicação não é a causa da legalidade.

3. **Prospectividade:** as regras não devem ser retroativas.

Ordenar condutas de hoje que serão editadas amanhã não é somente mau Direito. Não é Direito de forma alguma.⁶⁴

A segurança jurídica pode ser ameaçada não só pelo descaso como por uma corrente de pensamento, mas poderia ser principalmente veiculada através das normas *a posteriori*, como afirma o Prof. Manuel Gonçalves Ferreira Filho.⁶⁵ O *rule of law* requer certeza e previsibilidade. No Direito Penal, por exemplo, os crimes devem estar bem definidos e as penas não podem ser elevadas depois de cometida a infração.

Leis retroativas reduzem os homens à impotência.⁶⁶

A irretroatividade é também sinal de reciprocidade.

4. **Possibilidade:** não se devem exigir condutas que superem as condições efetivas dos cidadãos.

O requisito parte de uma condição interna da obediência, traçando princípios orientativos para esforços humanos e não sobre-humanos, e evitando, além disso, a manipulação, a exploração, os atos perniciosos, etc.

⁶⁰ Lon Fuller, 1969b, p. 51.

⁶¹ Ibidem, p. 231 e 476.

⁶² Giovanni Sartori, 1994, p. 156 et seq.

⁶³ Pode-se afirmar que “*pressupposes the agency. Not only have as a goal the protection of agency*”. Andrés Rosler, *You cannot go grossly morally wrong with law. Can you?*, Buenos Aires, Draft, 2012, p. 6.

⁶⁴ Ibidem, p. 57.

⁶⁵ Aula ministrada na Faculdade de Direito da UFRGS sobre o “Direito à segurança e em particular à segurança jurídica”, em 12-IV-13.

⁶⁶ Lon Fuller em Kristen Rundle, 2012, p. 136.

No que se refere à reciprocidade, este requisito abarcaria ainda a plausibilidade com relação ao governante e juízes, já que a arte de governar é a arte do possível, também para quem governa.⁶⁷

Este *desideratum* combate o estímulo a atos contrários ao Estado de Direito por incompatíveis com sua perfectibilidade segundo as expectativas geradas pela reciprocidade.⁶⁸

5. **Clareza:** estabelecer regras compreensíveis.

A cognoscibilidade do conteúdo⁶⁹ permite que as regras possam atuar sobre a vontade.⁷⁰ Deve-se, portanto, procurar tornar o Direito intelegível e de fácil interpretação na medida do possível, o que acentua o *rule of law*.

Nesse sentido Fuller cita Hayek:

É possível escrever sobre a historia do declínio do Estado de Direito em termos da progressiva introdução de fórmulas vagas na legislação e jurisdição, e do aumento da arbitrariedade e incerteza, com o conseqüente desrespeito ao Direito.⁷¹

6. **Consistência:** as regras não devem solicitar ações contraditórias, conciliando consistência e coerência.

O *desideratum* permite que as regras não possam ser materialmente desobedidas pela impossibilidade de seu cumprimento ocasionada pela incompatibilidade dos comandos.⁷²

A consistência e a coerência garantem a harmonia entre as normas e a calculabilidade de suas conseqüências.⁷³

7. **Congruência:** deve haver harmonia entre as regras declaradas e administradas, ou seja: entre as leis promulgadas e sua efetiva aplicação.

Este *desideratum* pode ser identificado com a própria ideia de *rule of law*, onde as regras se aplicam fielmente:

*Indeed, the commitment by government to faithfully apply those rules that it has previously declared as determinative of the citizen's rights and duties captures the very idea of the rule of law.*⁷⁴

⁶⁷ Lon Fuller, 1969b, p. 77.

⁶⁸ “estimular o descumprimento de contratos, encorajar práticas económicas inaceitáveis... etc.”, citando Brian

Z. Tamanaha a partir da obra *Law as a means to end – Threat to the Rule of Law* (Ibidem, p. 537):

⁶⁹ Ibidem, p. 320.

⁷⁰ Ibidem, p. 225.

⁷¹ Friedrich Hayek, “*The Road to Serfdom*” (1944), em Lon Fuller, 1969b, p. 65). (Tradução livre).

⁷² (...) “*incompatibilities – things that do not go together or do not go together well*”, em Ibidem, p. 69.

⁷³ Ibidem, p. 321.

⁷⁴ “De fato, o compromisso do governo em aplicar fielmente as regras que foram previamente declaradas como determinantes de direitos e deveres dos cidadãos abarca a própria ideia de *rule of*

Além de permitir que se antecipe o agir alheio,⁷⁵ facilita a adesão às regras pela coerência na ação e pela exemplaridade: não é possível obedecer a algo que não é obedecido pelos responsáveis pelo mandato ou por sua veiculação. A confiança no sistema também se apoia na autoridade moral.⁷⁶

A reciprocidade exige ainda o devido conhecimento dos que operam o Direito, já que sem este *desideratum* tampouco se pode veicular os mandatos de forma acertada. Por outro lado, ilumina a atividade dos juízes:

A juridicidade requer que os juízes e oficiais apliquem o Direito, não de acordo com suas fantasias ou com sua forçada literalidade, mas conforme princípios de interpretação que são apropriados em sua posição com relação à totalidade da ordem jurídica.⁷⁷

8. Estabilidade: as regras devem permanecer relativamente constantes através dos tempos, gerando segurança.

Por outro lado, o autor comenta que se nos apoiarmos no senso comum, as mudanças não se darão com tanta facilidade.⁷⁸ A durabilidade também evita problemas com a retroatividade.⁷⁹

Dessa forma, em palavras de Luis Fernando Barzotto sobre este aspecto da teoria de Fuller, o Direito cumpre sua função estabilizadora, como instrumento, não de transformação, mas de conservação social.⁸⁰ As pretensões éticas procedimentais da moralidade interna de Fuller parecem elencar, coordenar e reunir os ingredientes necessários para apresentar a teoria como possível orientação e solução prática para a consecução do *rule of law*, aplicável ao conjunto de relações que este engloba, *independentemente* do tipo de comunidade em que se desenvolvam. É um valor estrutural e, ainda que intrínseco ao Direito, não se destaca como meta absoluta. Não é um fim em si mesmo, mas um meio que, por sua vez, permite à racionalidade do Direito relacionar meios e fins.⁸¹ É lógico e razoável, mas não meramente formal, mecânico ou automático. Não é exatamente controlar a conduta humana por regras, mas dirigir os esforços humanos propositados, a partir da segurança da moralidade interna do Direito.⁸² O juiz deve realizar uma administração consciente da lei, em sua onerosa e complexa responsabilidade,

law", em Kristen Rundle, 2012, p. 128. (tradução livre)

⁷⁵ Citando Fuller desde a obra *Anatomy of the Law*, em Humberto Ávila, 2011, p. 106.

⁷⁶ Lon Fuller, 1964, p. 52.

⁷⁷ Lon Fuller, 1969b, p. 82. (tradução livre)

⁷⁸ Lon Fuller, 1969b, p. 79-80.

⁷⁹ *Ibidem*, p. 80.

⁸⁰ Aula ministrada na Faculdade de Direito da UFRGS, novembro/2011.

⁸¹ Segundo a afirmação de Weber in Giovanni Sartori, 1994, p. 164.

⁸² Lon Fuller, 1964, p. 144.

e se o fizer em descompasso com a moralidade interna violará um dever moral imposto pelo Direito⁸³ e conseqüentemente o *rule of law*.

Porém, a que fins serve a moralidade interna?⁸⁴

4. *Rule of law*, bem comum da liberdade e comunicação

Forms Liberate

LON FULLER⁸⁵

Há autores que identificaram o *rule of law* com um determinado comprometimento com a igualdade, ou, pelo menos, no sentido de evitar a discriminação arbitrária entre pessoas igualmente situadas.⁸⁶ Lon Fuller coloca o acento nos procedimentos que podem favorecê-la.

A segurança jurídica que o compromisso com os oito *desiderata* gera pode criar o clima adequado para o desenvolvimento individual e social a partir do Direito, consolidando o *rule of law*.⁸⁷

De fato, a proposta de Lon Fuller identifica praticamente o *rule of law* com o sistema jurídico que respeita os cânones que propõe⁸⁸ – e não com uma correta burocracia formalista⁸⁹ –, garantindo a liberdade, a segurança⁹⁰ e o devido processo jurídico.

O Prof. Humberto Ávila assim descreve esse elo em sua recente obra sobre o tema, onde grifamos a relação com a teoria de Fuller:

Com efeito, esses ideais parciais que compõem o ideal maior da segurança jurídica constituem os pressupostos para a realização do ser humano: sem um ordenamento jurídico minimamente inteligível, estável e previsível, o homem não tem como se autodeterminar, plasmando seu presente e planejando seu futuro com liberdade e autonomia (...). A segurança jurídica constitui, assim, o pressuposto jurídico para a realização da dignidade humana. Em razão disso, pode-se afirmar que a dignidade humana é um fundamento indireto da segurança jurídica. Sem essa última, a dignidade humana, como participação ativa e co-responsável nos destinos

⁸³ “*conscientious administration...*”, em Kristen Rundle, 2012, p. 136.

⁸⁴ Kristen Rundle, 2012, p. 136.

⁸⁵ “*The Papers of Lon Fuller. Harvard Law School Library, Box 12, Folder 1*”, em Kristen Rundle, 2012, 1.

⁸⁶ Georg P. Fletcher, 1996, p. 13.

⁸⁷ Angela Vidal Da Silva Martins, *A moralidade do Direito como condição de Liberdade em Lon Fuller*, Porto Alegre, Lex/Magister, 2012, p. 113.

⁸⁸ Robert Summers, 1984, p. 28-30

⁸⁹ Lon Fuller, 1969b, p. 214.

⁹⁰ Nigel Simmonds, 2007, *Law as a Moral Idea*, Oxford, Oxford University, p. 101.

da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos, fica severamente restringida.⁹¹

A afirmação destaca o valor e o fim do Direito em Fuller: a liberdade e a comunicação. Porém, destacamos que Fuller entende a comunicação, não no sentido do giro linguístico ou inserida em um sistema comunicacional, mas a partir de uma natureza compartilhada que não compreende somente o particular, oferecendo uma visão mais ampla e comunitária, promovida pelos canais de comunicação livres,⁹² amparados pelo Direito.⁹³ Nesse sentido, Lon Fuller se aproxima ao pensamento de Hannah Arendt, onde a relação com o próximo e o amor ao bem comum é central.⁹⁴

A segurança jurídica veiculada pela moralidade interna permite o cultivo dessas relações livres dentro dos limites de copertença e do próprio respeito fomentado pela prática do conteúdo dos *desiderata*. Dessa forma, o *rule of law* que resulta da conjugação de seus requerimentos redundando diretamente no bem de agente livre e, ao mesmo tempo, da comunidade, já que não só abre, mas expande, mantém e preserva os referidos canais de comunicação.⁹⁵

Robert Frost, citado por Hayek, poderia sintetizar: “boas cercas fazem bons vizinhos”. Mas o que propõe talvez permita ir muito além:

Se o Estado, através do Direito, garante a liberdade pessoal de todos cumpre seu fim ético supremo e, por isso, o mais rico e denso em determinações. O progresso político deveria ser visto, não de forma negativa, onde o exercício da liberdade de um impede o exercício da liberdade de outro, mas de forma positiva, onde a liberdade de um potencializa o exercício da liberdade de outros. Tarefa histórica, difícil, laboriosa, mas possível.⁹⁶

5. Conclusão

Se um regime é considerado “Estado de Direito”, só o é em virtude de sua aproximação a um arquétipo intrinsecamente moral.

NIGEL SIMMONDS⁹⁷

⁹¹ Humberto Ávila, 2011, p. 225.

⁹² “*Law is not an authoritative ordering of social relations...*”, em Andrés Rosler, 2012, p.6.

⁹³ “*not when we have one man standing over another but towards one another with rights and duties*”, em Kenneth Winston, *Legislators and Liberty, Law and Philosophy*, v. 13, n. 3, *Special Issue on Lon Fuller*, 1994. Disponível em <http://www.fstor.org>, p. 390.

⁹⁴ S. Kampowsky, *Amore del prossimo e bene comune in Hannah Arendt*, Roma, Edizione Università della Santa Croce, 2003, p.356.

⁹⁵ Lon Fuller, 1969b, p. 184.

⁹⁶ Rafael Gomez Perez, *Represión y Libertad*, Pamplona, EUNSA, 1975, p. 182.

⁹⁷ Em Nigel Simmonds, 2007, p. 305.

Falamos sobre veicular uma meta através de um conceito. Porém, o fim que enuncia necessita de meios adequados para sua consecução. O tão ambicionado Estado de Direito não é alcançado, muitas vezes, pela devida falta de estruturas procedimentais que possam garantir sua eficácia, e é precisamente esta base que a proposta de Fuller parece oferecer.

Há quem identifique sua teoria com o esqueleto do *rule of law*. Os “originalistas” rechearam o corpo com o conteúdo da Constituição.⁹⁸ Porém, no caso de Fuller a analogia seria no sentido da saúde do organismo e de podermos mais facilmente curar uma gripe através da moralidade do procedimento, do que um câncer, que poderia perverter completamente o sistema, principalmente por estender o conteúdo substantivo de tal forma que os juízes pudessem decidir além do Direito.

Robert Summers explicita o elo entre a forma e o *rule of law* em nosso autor: Fuller notava a importante relação entre perseguir dedicadamente propósitos procedimentais em um determinado sistema e a qualidade dos objetivos substantivos nele perseguidos. Mais especificamente, a seu ver um saudável Estado de Direito gera um sadio, ou pelo menos inofensivo, direito substantivo, ou, como sintetiza Fuller: *If we do things the right way, we are likely to do the right thing.*⁹⁹

Bibliografia

- ARENDE, Hannah, *As origens do totalitarismo*, São Paulo, Ed. Companhia das Letras, 1988.
- ARISTÓTELES, *Ética a Nicômaco*, São Paulo, Edipro, 2002.
- AVILA, Humberto, *Segurança jurídica. Entre permanência, mudança e realização no Direito Tributário*, São Paulo, Malheiros, 2011.
- BARZOTTO, Luis Fernando, *Filosofia do Direito: os conceitos fundamentais e a tradição jusnaturalista*, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2010.
- BORK, Robert H, *The Tempting of America: The Political Seduction of Law*, Free Press, 1990.
- BOTTINO, Marco Túllio, *Segurança jurídica no Brasil*, São Paulo, RG Editores, 2012.
- CANE, Peter, *The Hart-Fuller Debate in the Twenty-First Century*, Oxford, Hart-Publishing, 2011.
- CHARLESWORTH, Hilary, “Human Rights and the Rule of Law after Conflict”, em *The Hart-Fuller Debate in the Twenty-First Century*, editado por Peter Cane, Oxford, Hart Publishing, 2011.
- DAHL, Robert, *Poliarquia*. São Paulo, EDUSP, 1997.
- FLETCHER, George P., *Basic concepts of legal thought*, Oxford, Oxford University, 1996.
- FULLER, L., *Anatomy of the law*, Westport, Greenwood, 1987.

⁹⁸ Robert H. Bork, H. *The Tempting of America: The Political Seduction of Law*, New York, Free Press, 1990, p. 143-185.

⁹⁹ Robert Summers, 1984, p. 30. (Tradução livre)

- _____, *Human interaction and the law*, heionline, 14. J. Juris, Harvard, Harvard Law School, 1969a.
- _____, *The law in quest of itself*, Chicago, The Foundation Press, 1940.
- _____, *The morality of law*, New York, Fawcett, 1964.
- _____, “A reply to critics”, em *The Morality of Law*, New Haven, Yale University, 1969.
- GOMEZ PEREZ, Rafael, *Represión y libertad*, Pamplona, EUNSA, 1975.
- HART, H.L., *Ensaio sobre Teoria e Filosofia do Direito*, São Paulo, Elsevier, 2010.
- HAYEK, Friedrich A., *Direito, legislação e liberdade*, vol. I e II, São Paulo, Editora Visão, 1985.
- KAMPOWSKY, S., “Amore del prossimo e bene comune in Hannah Arendt”, Roma, Edizione Università della Santa Croce, 2003.
- KUTZ, Christopher, “On Visibility and Secrecy in International Criminal Law”, em *The Hart-Fuller Debate in the Twenty-First Century*, editado por Peter Cane, Oxford, Hart Publishing, 2011.
- MARTINS, Angela Vidal da Silva, *A moralidade como condição de liberdade em Lon Fuller*, Porto Alegre, Lex/Magister, 2012.
- MAY, Larry. “International Criminal Law and the Inner Morality of Law” em *The Hart-Fuller Debate in the Twenty-First Century*, editado por Peter Cane, Oxford, Hart Publishing, 2011.
- PETIT, Philip, “How Norms Become Normative”, em *The Hart-Fuller Debate in the Twenty-First Century*, editado por Peter Cane, Oxford, Hart Publishing, 2011.
- POSNER, Richard A., *How Judges Think*, Cambridge.
- RODRIGUEZ, Jose Rodrigo, *A justificação do formalismo jurídico*, São Paulo, Ed. Saraiva, 2011.
- ROSLER, Andrés, *You cannot go grossly morally wrong with law. Can you?*, Buenos Aires, Draft, 2012.
- RUNDLE, Kristen, *Forms Liberate. Reclaiming the Jurisprudence of Lon Fuller*, Oxford, Hart Publishing, 2012.
- SHAPIRO, *Legality*. New York, Free Press, 1990.
- SIMMONDS, Nigel, *Law as a moral idea*, Oxford, Oxford University, 2007.
- SUMMERS, Robert, *Lon L. Fuller*, Stanford, Stanford University, 1984.
- WALDRON, Jeremy, “Legal Pluralism and the Contrast Between Hart’s Jurisprudence and Fuller’s”, em *The Hart-Fuller Debate in the Twenty-First Century*, editado por Peter Cane, Oxford, Hart Publishing, 2011.
- WINSTON, Kenneth, “The Principles of Social Order”, *Selected Essays revised and edited by Kenneth Winston*, Oxford, Hart, 2001.
- _____, *Legislators and Liberty. Law and Philosophy*, v. 13, n. 3, *Special Issue on Lon Fuller*, 1994. Disponível em: <<http://www.fstor.org>>.

Rodolfo Vigo* (Argentina)

Un concepto de validez jurídica funcional al *rule of law*

RESUMEN

La teoría pura del derecho contribuyó decisivamente a instalar la validez de la norma jurídica como un tema relevante, en tanto se lo asimiló a la existencia de la misma. Pero, en buena medida, la validez jurídica quedó reducida a un concepto descriptivo, asimilado a instauración autoritativa de la norma en el marco del sistema jurídico o a su vigencia social. El artículo apela a un concepto normativo de la validez jurídica, identificado con su justificación racional, y en su respaldo se acude al realismo jurídico clásico y al neoconstitucionalismo no positivista. Esa caracterización de la validez jurídica es plenamente funcional al clásico *rule of law*, entendido no como gobierno de los hombres sino de la ley o la razón. En definitiva, la validez remite a satisfacer diez exigencias racionales (orgánica, procedimental, sistémica, lógica-lingüística, teleológica, científica, sociológica, axiológica, fáctica e intencional). A estas se suma la racionalidad prudencial o ponderativa (según se apele a la matriz clásica o neoconstitucionalista), que debe determinar en concreto, y a tenor del nivel de irracionalidad y de las consecuencias, la validez o invalidez de la norma jurídica. Tal definición de la validez permite instalar la obligatoriedad de la norma en el campo de la aceptación o resistencia racional de sus destinatarios, exigiendo un ejercicio de la autoridad avalado por razones o argumentos.

* Abogado, licenciado en Ciencias Políticas y doctor en Ciencias Jurídicas y Sociales. Juez de Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial (1984-1988), ministro de la Corte Suprema de Justicia de la Provincia de Santa Fe (Argentina) (1988-2007), presidente de la Junta Federal de Cortes Supremas y Superiores Tribunales de las provincias argentinas (1994-1997). Premio Konex en el rubro jueces (1998). Profesor y conferencista en distintas universidades de Europa y América. Corredactor, junto a Manuel Atienza, del *Código Modelo de Ética Judicial para Iberoamérica*, aprobado por la Cumbre Judicial Iberoamericana en 2006. Primer secretario ejecutivo de la Comisión Iberoamericana de Ética Judicial (2006-2010). Presidente de la Asociación Argentina de Filosofía del Derecho (2006-2010). Director o coordinador de distintos posgrados universitarios. Autor de más de 20 libros. Miembro de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas de España. Cátedra Rodolfo Luis Vigo, creada en 2010 por el Poder Judicial de Tabasco (México). vigorodolfo@gmail.com.

Palabras clave: validez jurídica, justificación racional, obligatoriedad, conceptos descriptivos, conceptos normativos, prudencia, ponderación, positivismo, realismo jurídico clásico, neoconstitucionalismo.

ZUSAMMENFASSUNG

Die reine Rechtslehre hat einen entscheidenden Beitrag zur Etablierung der Gültigkeit von Rechtsnormen als bedeutendes Thema geleistet, insofern sie sie mit der Existenz der Norm gleichsetzte. Die Rechtsgültigkeit blieb jedoch weitgehend auf ein deskriptives Konzept beschränkt, das einer verbindlichen Einführung der Bestimmung im Rahmen des Rechtssystems oder seiner gesellschaftlichen Gültigkeit entsprach. Der Artikel geht von einem normativen Konzept der Rechtsgültigkeit aus, das auf ihrer rationalen Begründung beruht, und greift zu seiner Begründung auf den klassischen Rechtsrealismus und den nicht-positivistischen Neokonstitutionalismus zurück. Diese Charakterisierung der Rechtsgültigkeit entspricht vollständig der Funktion der klassischen *rule of law*, insofern sie nicht als Herrschaft der Menschen, sondern als Herrschaft des Rechts oder der Vernunft verstanden wird. Letztlich geht es bei der Gültigkeit um die Befriedigung von zehn rationalen Anforderungen (organisch, verfahrensmäßig, systemisch, logisch-linguistisch, teleologisch, wissenschaftlich, soziologisch, axiologisch, faktisch und intentional). Zu diesen tritt die vernünftige oder abwägende Rationalität hinzu (je nachdem, ob ein klassisches oder ein neokonstitutionalistisches Muster zugrunde gelegt wird), die im Einzelnen und je nach dem Niveau der Irrationalität und ihrer Konsequenzen über die Gültigkeit oder Ungültigkeit einer Rechtsnorm entscheiden muss. Eine solche Definition der Gültigkeit trägt zur Verbindlichkeit der Norm je nach vernunftbegründeter Akzeptanz oder Ablehnung durch die Normadressaten bei, was zugleich aber auch eine auf Gründen und Argumenten beruhende Ausübung von Autorität verlangt.

Schlagwörter: Rechtswirkung, rationale Begründung, Verbindlichkeit, deskriptive Konzepte, normative Konzepte, Vernunft, Abwägung, Positivismus, klassischer Rechtsrealismus, Neokonstitutionalismus.

ABSTRACT

The pure theory of law was decisive in making the validity of legal norms a relevant topic, inasmuch as it was assimilated to their existence. To a great extent, however, legal validity was reduced to a descriptive concept, much like the authoritative integration of the norm in the framework of the legal system or its social validity. The article resorts to a normative concept of legal validity, which may be identified with its rational justification; this is based on classical legal realism and non-positivist neo-constitutionalism. This characterization of the rule of law follows its classical meaning, which does not understand it as government by men but rather by law or reason. In other words, validity depends on fulfilling ten rational requirements (organic, procedural, systematic, logical-linguistic, teleological, scientific, sociological, axiological, factual and intentional). It is necessary to add prudent or ponderative rationality (according to whether the classical or the neo-constitutionalist matrix is applied), which should determine, based on its degree of irrationality and its consequences, the validity or invalidity of the legal norm. Such a definition of validity

places the binding nature of norms in the field of rational acceptance or resistance by the community, and requires authority to be exercised on the basis of reasons or arguments.

Keywords: Legal validity, rational justification, binding character, descriptive concepts, normative concepts, prudence, ponderation, positivism, classical legal realism, neo-constitutionalism.

1. Antecedentes e importancia

La teoría jurídica, en general, reconoce que el concepto de validez que usan los juristas es altamente ambiguo,¹ pero también destaca su relevancia y significación, en atención a que el mismo concepto del derecho conlleva alguna explicitación en relación con su validez. Es cierto que con Kelsen el tema adquiere importancia y decisividad, dado que “con la palabra ‘validez’ designamos la existencia específica de una norma”.² Más allá de aquella herencia iuspositivista recibida por los juristas en general al referirse a la validez, el término ha quedado incorporado al lenguaje de los mismos –teóricos y prácticos–, a tal punto que cualquier teoría jurídica integral requiere afrontar la respuesta sobre la pregunta en torno a la validez e invalidez jurídica, la que en definitiva –en nuestra opinión– coincide en responder si la norma existe y obliga.

Quizás, un modo elocuente de acreditar la relevancia actual del concepto de validez es apelar a la autoridad de Robert Alexy cuando señala: “A los tres elementos del concepto de derecho: la eficacia social, la corrección material y la legalidad conforme con el ordenamiento corresponden tres conceptos de validez: el sociológico, el ético y el jurídico”.³ Pero también la jurisprudencia es rica y variada en proyectar una noción de validez jurídica a las diferentes normas (estatales o particulares, individuales o generales), en orden a conservarlas o suprimirlas (más allá de denominaciones) del derecho vigente.

2. Un concepto de validez jurídica

Frente al panorama precedente y sucintamente descrito, se impone establecer el significado que le daremos al término ‘validez’ en el campo del derecho. Para ello, recurriremos a una noción que remite a la “justificación de las normas” y que Nino reconoce

¹ De validez también se habla en otros campos; así, Ferrater Mora distingue la validez como un vocablo epistemológico, lógico y metafísico (José Ferrater Mora, *Diccionario de Filosofía*, Madrid, Alianza, 1981, pp. 3371 y 3372).

² Hans Kelsen, *Teoría pura del derecho*, trad. Roberto Vernengo, México, UNAM, 2000, p. 23.

³ Robert Alexy, *El concepto y la validez del derecho*, trad. Jorge M. Seña, Barcelona, Gedisa, 1997, p. 87. Esa triple dimensión de la validez también se encuentra en Jerzy Wróblewski, “Tre concetti di validità”, *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, núm. 1, 1982, pp. 584-595.

como “prevaliente en la filosofía jurídica tradicional”.⁴ Más aún, el profesor argentino explicita e insiste:

[P]redicar validez de un sistema jurídico, o de una norma en particular, es afirmar que tiene fuerza vinculante; que sus prescripciones constituyen razones concluyentes para actuar [...]. Si se desconoce la validez de un sistema jurídico o de una norma, esto equivale a negar su existencia [...]. El significado de validez no es descriptivo, sino normativo: decir que un sistema o una norma jurídica particular son válidos es avalarlos, implica sostener que su aplicación y observancia son obligatorias y justificadas.⁵

Quizás lo notable es que Nino adscribe dicha noción de validez a Kelsen,⁶ pero no es este el problema que nos proponemos ahora tratar, pues nuestro propósito se dirigirá a avalar y desarrollar esa definición normativa de validez que se identifica con su justificación y que, sorprendentemente, no parece que la doctrina jurídica le haya prestado toda la atención que se merece. Una excepción importante, aunque con escasa atención doctrinaria, es la de Sergio Cotta, quien precisa:

Una obediencia consciente a la ley proviene del reconocimiento, no ya de su fuerza coactiva, sino de su obligatoriedad y esta no puede imponerse sino que se demuestra mediante un proceso riguroso de justificación. De ese modo, la ley vuelve a adquirir su carácter humano de acto de razón, pero de una razón cuyo criterio de verdad está en la naturaleza específica del hombre.⁷

3. Respaldo doctrinario: el realismo jurídico clásico y el neoconstitucionalismo no positivista

En orden a respaldar la íntima conexión entre un concepto de validez jurídica centrado en la normatividad justificada racionalmente, es evidente que podemos recurrir a

⁴ Carlos Nino, *La validez del derecho*, Colección Mayor Filosofía y Derecho, Buenos Aires, Astrea de A. y R. de Palma, 1985, p. 7.

⁵ *Ibid.*, p. 8.

⁶ Algo similar opina Raz cuando identifica a Kelsen con los iusnaturalistas, al proclamar una “normatividad justificada” (Joseph Raz, “Kelsen’s theory of the basic norm”, en *The Authority of Law*, Oxford University Press, 1979, p. 137; Ronald Dworkin, “Social Rules and Legal Theory”, *Yale Law Journal*, núm. 81, 1972). También Ross acusa a Kelsen de concluir en un deber moral de obedecer el derecho (Alf Ross, *El concepto de validez y otros ensayos*, Buenos Aires, Centro Editor de América Latina, 1969). Bulygin reconoce que la noción kelseniana de validez como fuerza obligatoria es incompatible con su programa positivista (cf. Hans Kelsen, Eugenio Bulygin y Robert Walter, *Validez y eficacia del derecho*, Buenos Aires, Astrea, 2005, p. 110).

⁷ Sergio Cotta, “Prólogo”, *Justificación y obligatoriedad de la norma*, trad. A. Fernández Galiano, Madrid, Ceura, 1987, p. XIV.

la escuela del realismo jurídico clásico, pero también a autores neoconstitucionalistas como los de la teoría discursiva no positivista de Robert Alexy. Ambas reconocen que el derecho queda conectado esencial y necesariamente con la razón práctica, por lo que, si junto a la pretensión de hacer nacer al derecho se incurre en una violación evidente de las exigencias puestas por aquella, se abortará ese propósito.⁸

En la visión aristotélica tomista, la razón práctica es regla y medida del obrar, por eso “la moral es la ciencia que enseña a los hombres a guiarse por la razón”⁹ y “los preceptos morales son conformes con la naturaleza humana porque son requerimientos de la razón natural”,¹⁰ así que “las virtudes [...] son conforme con la naturaleza humana en la medida en que están de acuerdo con la razón; los vicios son contrarios a la naturaleza humana en la medida en que son contrarios al orden de lo razonable”.¹¹ La ley (o sea el derecho, o mejor, la norma jurídica) está indisolublemente asociada a la razón; así claramente lo dice Aquino: “La ley es algo propio de la razón”,¹² en tanto ella es “regla y medida de los actos humanos”, de ahí su conocida definición: “La ley no es más que una prescripción de la razón, en orden al bien común, promulgada por aquel que tiene el cuidado de la comunidad”.¹³ La norma jurídica en la visión tomista es *rationis ordinatio*, y ella remite a “la comunidad o a la persona pública que tiene el cuidado de la comunidad”, pues “la fuerza coactiva la tiene únicamente la comunidad o la persona pública que lo representa, que puede por ello infligir penas”.¹⁴ En plena sintonía con esas enseñanzas, Francesco Olgiatti concluye: “Decir que el derecho debe tener una justificación, equivale a afirmar que la primera nota esencial de la juridicidad es la racionalidad (lo irracional –como una banda de malhechores– es antijurídico)”, y “El derecho será derecho en cuanto expresa racionalidad y, por consiguiente, eticidad, puesto que la moral consiste en obrar *secundum rectam rationem*”.¹⁵ Giuseppe Graneris, desde la misma escuela del

⁸ Carlos Bernal Pulido concluye: “Las tesis de Alexy retoman las banderas de la teoría del derecho natural, tal como las postularan Tomás de Aquino o los clásicos de la Escuela de Salamanca, y en tiempos más recientes autores como John Finnis en Oxford [...]” (Carlos Bernal Pulido, “Estudio introductorio. La tesis de la doble naturaleza del derecho de Robert Alexy” [2010], trad. Jorge Alexander Portocarrero Quispe, en Carlos Bernal (ed.), *La doble dimensión del derecho*, Lima, Palestra, 2011, p. 25).

⁹ Tomás de Aquino, “Scientia moralis docet hominis sit bona ex hoc quod et secundum rationem ractam...”, *Comm. Eth. L. 2, lec. 2*, y Louis Lachance, *El concepto del derecho según Aristóteles y Santo Tomás*, trad. Fernando N. A. Cuevillas, Buenos Aires, 1953, p. 111.

¹⁰ Tomás de Aquino, “Scriptum Super Libros Sententiarum Petri Lombardiensis”, IV, d. 2, q. 1, a. 4, sol. 1 ad 2.

¹¹ Tomás de Aquino, *Suma Teológica*, I-II, q. 71, a. 2.

¹² *Ibid.*, q. 90, a. 1.

¹³ *Ibid.*, q. 90, a. 4.

¹⁴ *Idem.*

¹⁵ Francisco Olgiatti, *El concepto de juridicidad en Santo Tomás de Aquino* [1943], trad. Diorki y revisión Juan A. Sardina Páramo, Pamplona, Eunsa, 1977, pp. 51 y 339.

realismo jurídico clásico, afirma de mil maneras la imposibilidad de que haya derecho donde no hay razón.¹⁶

La nueva escuela anglosajona de derecho natural, en autores como J. Finnis o R. P. George,¹⁷ insiste en que la actuación humana como natural o antinatural se deriva de su carácter razonable o irrazonable. Específicamente, el profesor de Oxford mencionado afirma:

El criterio de conformidad o contrariedad respecto a la naturaleza humana es la razonabilidad [...]. El bien del ser humano consiste en estar conforme con la razón, y el mal humano insiste en estar fuera del orden de la razonabilidad [...]. Para Tomás de Aquino la manera de descubrir qué es moralmente recto (virtud) y desviado (vicio) no es preguntar si está de acuerdo a la naturaleza humana, sino qué es razonable.¹⁸

Dentro de los autores neoconstitucionales actuales, nos parece evidente que uno de los que más empeño y ambición ha puesto para reconciliar la razón con el derecho es Robert Alexy. Es tesis central del profesor de Kiel: “El discurso necesita del Derecho para alcanzar realidad, y el Derecho necesita del discurso para lograr legitimidad”, lo que incluye: “La teoría del discurso conduce al Estado democrático constitucional porque formula dos exigencias fundamentales en relación con el contenido y la estructura del sistema jurídico: los derechos fundamentales y la democracia”.¹⁹ El camino teórico para alcanzar aquellas conclusiones parte de la “pretensión de corrección” de quienes formulan y actúan en el derecho, creándolo, interpretándolo, aplicándolo o ejecutándolo (paradigmáticamente el legislador y el juez), y, así, incorporan afirmaciones que, implícita y necesariamente, se supone son material y procedimentalmente “correctas”. El segundo paso es que esa pretensión incluye una “pretensión de fundamentabilidad”, y aquí se cuenta con la “teoría del discurso práctico general” que posibilita por medio de un procedimiento de “argumentación práctica racional” alcanzar respuestas o normas correctas o verdaderas; en palabras del profesor alemán:

La teoría del discurso es una teoría procedimental de razón práctica. Conforme a ella, una proposición práctica o normativa es correcta (o verdadera) si y solo si

¹⁶ Cf. Giuseppe Graneris, *Contribución tomista a la filosofía del derecho* [1949], trad. Celina Ana Lértola Mendoza, Buenos Aires, Eudeba, 1973, p. 90. Para otro testimonio de la intrínseca relación entre racionalidad y lo justo, ver Robert Spaemann, *Lo natural y lo racional* [1988], trads. Daniel Innerarity y Javier Olmo, Madrid, Rialp, 1989.

¹⁷ Cf. John Finnis, *Aquinas: Moral, Political and Legal Theory*, Oxford, Oxford University Press, 1988, pp. 90-94, y Robert George, “Kelsen y Santo Tomás ‘sobre la doctrina de la ley natural’”, trad. Caridad Velarde, *Persona y Derecho*, núm. 42, 2000, p. 67.

¹⁸ John Finnis, *Ley natural y derechos naturales* [1992], trad. Cristóbal Orrego Sánchez, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2000, p. 69.

¹⁹ Robert Alexy, “La institucionalización de la razón”, trad. José Antonio Seone, *Persona y Derecho*, núm. 43, 2000, pp. 237-238.

ella es el resultado de un discurso práctico racional. Las condiciones de racionalidad discursiva pueden resumirse en un sistema de principios, reglas y formas del discurso práctico general. Este sistema comprende reglas que exigen la no contradicción, claridad lingüística, fiabilidad de las premisas empíricas, ciertas consideraciones acerca de las consecuencias, la ponderación, la universalidad y la génesis de las convicciones normativas. Su núcleo procedimental está constituido por reglas que garantizan la libertad y la igualdad en el discurso. Estas reglas aseguran a cada individuo el derecho de participar en el discurso, así como el derecho a cuestionar o defender cualquiera de sus propias afirmaciones.²⁰

El derecho creado desde el discurso práctico no puede pretender solo normas que permitan resolver todos los casos mediante subsunción, dada la vaguedad del lenguaje jurídico, la posibilidad de antinomias, la ausencia de normas, y normas que imponen soluciones absolutamente incorrectas o injustas; esos inconvenientes suscitan en la teoría no positivista de Alexy “una apertura necesaria del derecho” que implica el argumento de los principios y la tesis del caso especial. Según Alexy:

La pretensión de corrección conduce a que los principios, que constituyen las razones para crear tanto las reglas antiguas como las nuevas, sean incorporados al concepto de Derecho [...]. La pretensión de corrección exige que los principios morales que han de ser tomados en consideración por el Derecho sean correctos. Así, la corrección jurídica incluye elementos de corrección moral [...]. Si la pretensión de corrección debe ser satisfecha, tal satisfacción debe ser una argumentación moral racional.²¹

La tesis del “caso especial” dice que el discurso jurídico es un caso especial del discurso práctico general, pues ambos tratan sobre lo que está ordenado, prohibido o permitido, pero el discurso jurídico no refiere a lo “absolutamente correcto sino a lo que es correcto en el marco de un sistema jurídico concreto”;²² por ende, la argumentación jurídica está vinculada a la ley, al precedente y a la ciencia jurídica, y si en ellas está la respuesta fijada claramente y “no existen serias dudas en el aspecto de la corrección material, el caso será resuelto únicamente mediante lo autoritativo e institucional”.²³

En síntesis, en la ambiciosa teoría alexyana, el derecho es “institucionalización de la razón”, que para todas las normas jurídicas implica sujetarlas a la pretensión de corrección y auspiciar como matriz de las mismas el discurso práctico argumentativo (en

²⁰ Robert Alexy, “La doble naturaleza del derecho” [2010], trad. Jorge Alexander Portocarrero, en Carlos Bernal Pulido (ed.), *La doble dimensión del derecho*, Lima, Palestra, 2011, p. 39.

²¹ *Ibid.*, pp. 245 y ss.

²² *Ibid.*, p. 248.

²³ *Idem.*

el que caben argumentos morales, éticos y pragmáticos);²⁴ este conlleva opciones discursivamente imposibles (por ej., la esclavitud) y opciones discursivamente necesarias (por ej., los derechos humanos). Concluyamos con Alexy que una norma o un sistema normativo que no formule explícita o implícitamente una pretensión de corrección no pertenece al derecho.

4. Las teorías de la argumentación jurídica

Sin duda que las actuales teorías de la argumentación jurídica han contribuido decididamente a superar la noción de validez jurídica asimilada a corroborar las formas de la creación normativa sin introducirse en cuestiones valorativas. Esa recuperación de la razón práctica en la operatividad del derecho por parte de los juristas, no solo implica rehabilitar al realismo jurídico clásico, sino reconocer que habitualmente en los casos jurídicos, el operador del derecho encuentra más de una respuesta jurídica (explícita o implícita) y lo que debe hacer es elegir la mejor y dar razones o argumentos que la respalden. En definitiva, los juristas no se ocupan de “desentrañar el sentido de una norma jurídica” y aplicarla silogísticamente a un caso; más bien, su esfuerzo es brindar y ajustar la respuesta obtenida racionalmente, mostrando a los destinatarios esas razones que la justifican.

Coincidimos con Alexy en que una mirada sobre el derecho vigente reducida al derecho contenido en las reglas y los principios equivale a una visión estática o fotográfica, porque lo que se necesita es ver ese derecho en movimiento y este coincide centralmente con la teoría de la interpretación, o mejor, argumentación jurídica. Por supuesto que en respaldo de esa razón práctica –prudencial o ponderativa– pueden venir Aristóteles (el realismo jurídico clásico) o Kant (Alexy y buena parte de los neoconstitucionalistas no positivistas), pero lo decisivo es volver a confiar en la razón y no quedarnos con la voluntad.

Advierte Atienza que “la práctica del Derecho –especialmente en los derechos del Estado constitucional– parece consistir de manera relevante en argumentar”, y ello responde –entre otras causas– a que en la sociedad contemporánea hemos asistido a una pérdida de importancia de la autoridad y de la tradición como fuentes de legitimación del poder; en su lugar se ha impuesto el consentimiento de los afectados, la democracia; pero la democracia –sobre todo, la democracia deliberativa, la que no se identifica simplemente con la ley de la mayoría– exige “ciudadanos capaces de argumentar racional y competentemente en relación con las acciones y las decisiones de la vida en común”.²⁵

El actual juez del Tribunal Constitucional y catedrático de Filosofía del Derecho Andrés Ollero concluye:

²⁴ *Ibid.*, p. 249.

²⁵ Manuel Atienza, *Curso de argumentación jurídica*, Madrid, Trotta, 2013, p. 21.

Se quiera o no, esta rehabilitación de la razón práctica lleva consigo una recuperación del clásico derecho natural. Por más que el dualismo derecho-ley resucitara en la posguerra mundial, no aportaba nada muy distinto de lo ya diagnosticado siglos antes por Tomás de Aquino: “que la ley no sea el derecho mismo, propiamente hablando, sino cierta razón del derecho”. Se ha decidido pues abandonar el voluntarismo jurídico para reabrir paso a una clásica querencia cognoscitivista. Todas las normas que integran el ordenamiento han de ser razonablemente interpretadas del modo más favorable para unos derechos, que ellas no logran por sí solas explicitar pero que la Constitución ampara y garantiza.²⁶

El campo de la argumentación constitucional ha sido un terreno muy fértil para asimilar nociones normativas de validez, en las que necesariamente aparece la exigencia de justificación racional. Al respecto, está fuera de discusión que los tribunales constitucionales europeos y latinoamericanos, como los tribunales supranacionales de derechos humanos que fueron creándose a lo largo de la segunda mitad del siglo XX, han encontrado en la jurisprudencia constitucional norteamericana una fuente importante de inspiración y seguimiento. Precisamente en este ámbito se generó, a través de autores como Thayer y Bickel, la tesis de vincular constitucionalidad y racionalidad; por eso, Enrique Alonso García señala:

Existen, sin embargo, determinados preceptos constitucionales en que la razonabilidad o racionalidad se convierte en el parámetro por excelencia del examen de la constitucionalidad o inconstitucionalidad de actos o normas [...]. El test de la razonabilidad se ha convertido, pues, en el instrumento interpretativo clásico de gran parte de los derechos fundamentales [...]. Se trata ahora de la racionalidad no como equivalente a la ausencia de duda, sino como equivalente a la necesidad de que la ley sea razonable.²⁷

Es que cualquier caso jurídico de relevancia seguramente encierra explícita o implícitamente un conflicto de valores, principios o derechos humanos, que requiere un discernimiento racional en respeto de los mismos derechos humanos.

En este esfuerzo contemporáneo y en sintonía con el Estado de derecho constitucional, nos parece interesante el trabajo de Atienza en relación con la racionalidad de la ley, donde afirma: “Lo que parece indiscutible es que, en la actual cultura jurídica, la problemática de la racionalidad de la legislación no solo es una cuestión abordable, sino que podría decirse que constituye incluso uno de sus rasgos más típicos”, y luego

²⁶ Andrés Ollero, *El derecho en teoría*, Madrid, Thomson-Aranzadi, 2007, p. 254.

²⁷ Enrique Alonso García, *La interpretación de la Constitución*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1984, pp. 204-205. Barak también ha destacado la decisividad que encierra la “zona de razonabilidad” en la actuación del control constitucional (Aharon Barak, “A Judge on Judging: The Role of a Supreme Court in Democracy”, *Harvard Law Review*, núm. 19, 2002).

de reconocer que el interés por los estudios sobre la legislación se remonta a la década de los setenta, destaca “que el actual auge de este tipo de estudios [...] se conecta sin duda con la crisis de la legislación que, a su vez, es un aspecto de la crisis del Estado de bienestar y, más en general, de la crisis social y civilizatoria de este final del milenio”.²⁸ En definitiva, el catedrático de Alicante identifica cinco tipos o niveles de racionalidad: racionalidad comunicativa o lingüística, racionalidad jurídica-formal o sistémica, racionalidad pragmática (procura que los destinatarios cumplan la ley), racionalidad teleológica (que la ley alcance los fines) y racionalidad ética (las conductas y los fines presuponen valores susceptibles de justificación ética). En Alexy, el derecho no solo puede ser visto como la institucionalización de la razón práctica,²⁹ sino que “el constitucionalismo democrático o discursivo es la forma política de la institucionalización de la razón”.³⁰ En el ámbito de la teoría jurídica continental europea, las teorías de la argumentación han contribuido decididamente a reclamar la racionalidad justificatoria en las decisiones judiciales, pero de lo que se trata es de extender aquella pretensión a todas las normas, especialmente a las legales, superando el decimonónico dogma del legislador racional; digamos con Ezquiaga que “lo que ahora nos interesa es que la decisión productora del derecho propia del legislador ha de ser una decisión justificada, ya que la producción de derecho se concibe en nuestra cultura jurídica como una actividad racional orientada hacia objetivos”.³¹

En definitiva, esta recuperación de la razón al campo de la creación y aplicación del Derecho supone de algún modo reivindicar el viejo *rule of law* como gobierno de la ley o la razón frente al gobierno de los hombres (“Es preferible que mande la ley antes que uno cualquiera de los ciudadanos [...]. La ley es, por tanto, razón sin deseo”).³² Se trata no solo de exigencias formales (al modo de Raz³³ o Fuller³⁴), sino también sustanciales, como lo subraya Francisco Viola: “Los principios de justicia natural, la composición de, y la accesibilidad a, las cortes de justicia, la argumentación jurídica como forma de argumentación pública, los poderes de revisión del juez, son hoy elementos del *rule of law* bastante más importantes que las características generales de las leyes”.³⁵

²⁸ Manuel Atienza, *Contribución a una teoría de la legislación*, Madrid, Civitas, 1997, p. 95.

²⁹ Cf. Alexy, *La institucionalización de la razón*, *op. cit.*

³⁰ Robert Alexy, “Algunas reflexiones en torno a cómo mi pensamiento jurídico ha ido desarrollándose con el paso de los años” [2010], trad. Jorge Alexander Portocarrero, en Carlos Bernal Pulido C. (ed.), *La doble dimensión del derecho*, Lima, Palestra, 2011, p. 46.

³¹ Francisco Javier Ezquiaga, “Argumentos interpretativos y postulado del legislador racional”, en R. Vázquez (comp.), *Interpretación jurídica y decisión judicial*, México, Fontamara, 2003.

³² Aristóteles, *La política*, III, 16, 1287a.

³³ Joseph Raz, “The Rule of Law and its Virtue”, en Joseph Raz, *The Authority of Law*, Oxford University Press, 1979.

³⁴ Lon Fuller, *The Morality of Law*, New Haven, Yale University Press, 1964.

³⁵ Francisco Viola, “Il Rule of Law e il concetto di diritto”, *Ragion Pratica*, núm. 30, 2008, p. 163.

5. Requisitos de la validez jurídica o de la justificación racional de la norma jurídica

Insistamos en que la “normatividad justificada” instala a la norma en el campo del derecho gracias a la racionalidad que exhiben los argumentos o las razones que la respaldan o justifican. Ello guarda sintonía con el lenguaje filosófico en tanto –para Walter Brugger– en ese terreno la validez alude a una existencia justificada y no meramente existente de hecho.³⁶ Por supuesto, que el subsiguiente problema es especificar cuáles son esas exigencias racionales que debe satisfacer la norma como para concluir su validez o justificación. La aparición en el derecho de una norma requiere someterla a un test de validez variado que en nuestra propuesta transitará por diez ámbitos³⁷ específicos y uno más de carácter genérico, integral y final; pasemos entonces a esos requisitos.

5.1. Racionalidad orgánica (RO): En primer lugar, tenemos la racionalidad que supone que la norma sea dictada por el órgano que tiene competencia para ello. Desde una mirada gnoseológica clásica, se insiste en que la razón práctica tiene por objeto las conductas humanas a fin de dirigirlas poniéndoles reglas y medidas, lo cual implica imponerles un orden que necesariamente incluye, en el campo del orden social-político, asignar competencias a las diferentes autoridades, y entre ellas establecer aquellas que dictarán reglas jurídicas –generales e individuales– que definirán derechos y deberes. Precisamente, conspiraría contra el más elemental y racional orden jurídico que cualquiera pudiera dictar la regla que quisiera, sea en relación con destinatarios, con la materia, con el espacio, con el tiempo o con la jerarquía, pues en ese marco no hay ninguna posibilidad de saber qué es lo que puedo, debo o tengo prohibido hacer.

Por supuesto que esta dimensión de la validez aparece también asumida ortodoxamente por la teoría pura, en tanto dentro de la creación dinámica y escalonada del orden jurídico, la validez de cada norma se funda en la norma superior que determina la forma de producir la inferior: “Una norma vale en tanto y en la medida en que ha sido producida en la forma determinada por otra norma, esta última configura el fundamento inmediato de validez de la primera”.³⁸

La doctrina se ha encargado de reconocer que en el derecho hay normas de conducta, pero también normas organizativas (o constitutivas) que asignan poder (*power-conferring rules*). Esta racionalidad orgánica (RO) no ofrece mayores debates, e incluso en el esquema de las causales de la injusticia que, por ejemplo, nos proponen Tomás de Aquino o Finnis,³⁹ se incluye precisamente el supuesto de que la norma haya sido dictada por quien

³⁶ Walter Brugger, *Diccionario de Filosofía* [1953], trad. J. M. Vélez Cantarell, Barcelona, Herder, 1978, p. 523.

³⁷ Summers habla de “tests of validity” e identifica cinco tipos: 1. *source-oriented*, 2. *content-oriented*, 3. *process-oriented*, 4. *acceptance-oriented* y 5. *effectiveness-oriented* (Robert Summers, “Towards a better general theory of legal validity”, en *Rechtstheorie*, 16 Band, Heft 1, 1985, pp. 65-83.

³⁸ Kelsen, *Teoría pura del derecho*, *op. cit.*, p. 232.

³⁹ Finnis, *Ley natural y derechos naturales*, *op. cit.*, p. 380.

no tenía competencia a esos fines. Un interesante problema vinculado con la competencia jurígena trata Aquino cuando, luego de afirmar que “el poder de legislar es exclusivo de la comunidad o de quien la representa”,⁴⁰ se plantea la pregunta de si es posible que una costumbre tenga fuerza para “abolir” una ley, y la respuesta positiva se justifica, dado que “el consentimiento de todo el pueblo, expresado por una costumbre, vale más en lo que toca a la práctica de una cosa que la autoridad del soberano, que tiene facultad de dictar leyes solo en cuanto representante de la multitud”,⁴¹ aunque esa conclusión no contradice la naturaleza racional del derecho porque “es manifiesto que, cuando se repite algo con mucha frecuencia, procede de un deliberado juicio de la razón”,⁴² Es evidente, y por ello no es necesario más consideraciones, que es absolutamente irracional exigirle a alguien que cumpla la orden de una persona que carece de competencia para ello.

5.2. Racionalidad procedimental (RP): En segundo lugar, está la racionalidad procedimental que supone que la norma válida es aquella que surge al cabo del proceso que se ha previsto para su creación. Está claro que teorías como la de Alexy han subrayado la importancia decisiva en esa racionalidad: “una norma es correcta, y por lo tanto válida, cuando puede ser el resultado de un determinado procedimiento, a saber el de un discurso práctico racional”,⁴³ y si bien esa afirmación corresponde no estrictamente al plano jurídico, recordemos que, en la visión alexyana, el discurso jurídico es “un caso especial” del discurso práctico y, por ende, en él se hacen presentes las 28 reglas que garantizan la racionalidad del diálogo, aunque las exigencias contenidas en aquellas son limitadas por la ley, la ciencia jurídica, la jurisprudencia y el derecho procesal.

De todas maneras, también resulta claro que es posible juzgar acerca de la racionalidad de una norma en función del procedimiento que se ha seguido para su formulación, y ello resulta central en la filosofía del derecho de Michel Villey, dado que ella se ocupa, por un lado, del problema ontológico o del fin del derecho, y, por otro, de “los medios: de los caminos que se han de seguir para hallar el justo reparto, para inventar la solución de derecho”.⁴⁴ Este camino que posibilita que nazca el derecho es para Villey la dialéctica con sus reglas formales o procedimentales, las que sintéticamente incluyen: *ponere causam* (el caso en el que hay que decir el derecho), el diálogo en el que se confrontan las posiciones y las definiciones o conclusiones jurídicas.

El derecho como resultado de la razón no puede establecerse de cualquier manera, por eso hay caminos fijados por la razón para alcanzarlo y caminos rechazados por su imposibilidad de ser respaldados con razones justificatorias. La razón práctica no solo se ocupa de definiciones sustanciales, sino que también define procedimientos o métodos,

⁴⁰ Tomás de Aquino, *Suma...*, *op. cit.*, q. 90, a. 3.

⁴¹ *Ibid.*, q. 97, a. 3.

⁴² *Idem.*

⁴³ Robert Alexy, “Ley fundamental y teoría del discurso” [1996], trad. Daniel Oliver-Lalana, en Nancy Cardinaux, Laura Clérico y Aníbal D’Auria (coords.), *Las razones de la producción del derecho*, Buenos Aires, Facultad de Derecho-UBA, 2006, p. 19.

⁴⁴ Michel Villey, *Compendio de Filosofía del Derecho* [1975], trad. Diorki, revisión J. Valdés y Menéndez Valdés, Pamplona, Eunsa, 1979, t. II, p. 25.

y ello claramente se visibiliza en la teoría de Finnis; en atención a que su razón práctica no solo tiene por objeto sustancial los bienes humanos básicos, resulta procedente vincular dicha razón práctica a las nueve exigencias de la razonabilidad prácticas, previstas por Finnis, las que en definitiva “expresan ‘el método de la ley natural’ para elaborar la ‘ley natural’ (moral) a partir de los primeros principios de la ley natural’ (premorales) [...] versan sobre los tipos de razones por los que (y de este modo las formas en que) hay cosas que moralmente (no) deben hacerse”.⁴⁵ En esta racionalidad está implícito que hay procedimientos o modos mejores y peores para elaborar una norma, y, por ende, también están aquellos que carecen de toda racionalidad, lo que afecta normalmente también a su resultado creativo.

5.3. Racionalidad sistémica (RSt): En tercer lugar, el destino de la norma es integrarse junto a otras normas, de manera que se componga un ordenamiento o sistema jurídico. Si bien esta “racionalidad sistémica” nos instala en la teoría jurídica contemporánea, en tanto el antecedente puede ser la obra *Sistema de derecho romano actual* de Savigni, es cierto que el derecho actual presenta una amplitud y densidad que obliga a computar y reclamar desde la racionalidad su necesaria coherencia y consistencia. Tanto Raz como MacCormick o Alchourrón-Bulygin han desarrollado sendos aportes como para que el derecho se presente al jurista con la indispensable sistematicidad, con unidad, completitud, jerarquía, economía y coherencia. En definitiva, la pretensión del derecho de guiar racionalmente conductas se erosiona sensiblemente si su destinatario se enfrenta con normas que pretenden conductas contradictorias o que remiten a valores o fines igualmente contradictorios. De ese modo, la teoría reconoce un problema racional cuando identifica antinomias y, consiguientemente, propone criterios diversos orientados a su solución racional, vía la jerarquía, la temporalidad, la especialidad, la competencia, el valor, etc. La propuesta pospositivista de MacCormick, además de las razones sustantivas propias de la argumentación práctica, reconoce ya en el campo jurídico los argumentos interpretativos, y entre estos se destacan los argumentos sistémicos: “En los dilemas interpretativos, recurrir a la argumentación sistémica muestra una consideración especial por esta cualidad general de coherencia racional e inteligibilidad en el derecho. Involucra la imposición de un principio superior de racionalidad en la realidad institucional del derecho”.⁴⁶

Es evidente que imaginarnos un ordenamiento normativo en donde se detecten contradicciones resulta un obstáculo elemental para la comprensión racional. El análisis de Ezquiaga⁴⁷ en torno al argumento sistemático, especialmente en torno a la ley, incluye los argumentos: *a cohaerentia* (enfrenta la incompatibilidad entre normas), *sedes materiae* (apela al contexto normativo o localización topográfica de la norma para clarificar su significado), a rúbrica (utiliza el título en el que está la norma en cuestión para precisar su

⁴⁵ Finnis, *Ley natural y derechos naturales*, op. cit., p. 134.

⁴⁶ Neil MacCormick, “Argumentación e interpretación en el Derecho”, trad. Jorge Luis Fabra Zamora y Laura Sofía Guevara, *Doxa*, núm. 33, 2010, p. 73.

⁴⁷ Ezquiaga, op. cit., pp. 178-181.

significado) y el sistemático en sentido estricto (para la atribución de significado se tiene en cuenta el contenido de las otras normas). Si institucionalmente el derecho pretende ser un orden racional, no puede tolerar mandatos contradictorios, y también debe definir modos de creación que reduzcan el margen para la existencia de dichas antinomias. Desde una perspectiva realista clásica, Kalinowski escribe:

El derecho es (o por lo menos debe ser) una regla de conducta dictada por la razón. Toda norma jurídica exige, por tanto, como toda proposición sostenida por un jurista, ser racionalmente justificada. Los medios de justificación racional de las normas son análogos a los que utilizan los juristas para justificar el carácter racional y el valor de verdad o probabilidad de sus enunciados teóricos. Existen, efectivamente, normas jurídicas evidentes y no evidentes. Las primeras se justifican racionalmente por su evidencia analítica [...]. Las normas jurídicas no evidentes tienen su justificación racional en una prueba. Existen dos categorías de pruebas de lo racionalmente bien fundado de las normas jurídicas no evidentes, así como hay dos grupos de pruebas jurídicas en materia de proposiciones no normativas del jurista. Unas son proporcionadas por la lógica: son los raciocinios deductivos deónticos, regidos por las reglas lógicas que se fundan en las leyes de las normas. Las otras son propias del derecho. Una norma jurídica no evidente puede ser válida no en virtud de su carácter de conclusión deductiva normativa, sino porque es dictada por aquel a quien una norma jurídica, racionalmente justificada y por este hecho en vigor, confiere un poder legislativo del que hace uso conforme al alcance de la delegación recibida.⁴⁸

5.4. Racionalidad lógica-lingüística (RLL): En cuarto lugar, corresponde reclamar a la norma misma la posibilidad efectiva de su comprensión; de lo contrario, resultaría irracional pretender que el destinatario la cumpla. Esta racionalidad básicamente lógica-lingüística se conecta al respeto de los principios y reglas de la lógica, como también al seguimiento de las convenciones lingüísticas a las que pertenece el destinatario, de manera que el mensaje normativo sea comprendido. Recordemos que las reglas alexyanas del discurso incluyen como reglas generales de la racionalidad: la ausencia de contradicción, y la claridad lingüística y conceptual. Pero esta necesaria comprensión abarca claridad en la definición de la conducta prescrita, y a este respecto, siguiendo a Von Wright, recordemos algunos elementos constitutivos de las normas: a) carácter: si son de obligación, prohibición o permiso; b) contenido: qué comportamiento es el mandado, prohibido o permitido; c) condición de aplicación de la norma; d) sujeto destinatario; e) ocasión espacial y temporal de aplicación, etc.⁴⁹ Cualquier imprecisión u oscuridad relevante

⁴⁸ George Kalinowski, *Introducción a la lógica jurídica* [1965], trad. J. A. Casaubón, Buenos Aires, Eudeba, 1973, p. 162.

⁴⁹ Cf. Georg von Wright, *Norm and Action (A Logical Enquiry)*, London, Routledge & Kegan Paul, 1963, pp. 70-92, y Francisco Laporta, *El imperio de la ley*, Madrid, Trotta, 2007, pp. 85-106.

respecto a esos elementos impacta en la racionalidad de la norma y, consecuentemente, en su comprensión racional.

Recordemos que Aquino se hace cargo de la definición de ley formulada por San Isidoro, que, entre otros requisitos, incluye que debe ser “claramente expresada”, pero también subraya que “la promulgación es de la esencia de la ley” y, consecuentemente, concluye: “Para que la ley adquiera fuerza obligatoria, que es lo propio de la ley, es necesaria su aplicación a los hombres que han de ser regulados conforme a ella. Tal aplicación se realiza cuando, mediante la promulgación, se pone en conocimiento de aquellos hombres [...] una vez promulgada, la conocen o pueden venir a conocimiento de ella por medio de otros”.⁵⁰ Sería absolutamente irracional exigirle a alguien que asuma las consecuencias del incumplimiento de una norma jurídica cuando ni siquiera se le brindó la posibilidad de conocerla o comprenderla, dado que ella se expresa de manera ininteligible o en un lenguaje que ignora, o porque afirma y niega al mismo tiempo. Conforme a la referida racionalidad podemos leer en Atienza: “[U]na ley es irracional (o no es racional, o no plenamente racional) si y en la medida en que fracasa como acto de comunicación”.⁵¹ Este requisito de la racionalidad de la norma jurídica, como los anteriores, ha recibido reiterada ratificación jurisprudencial, e incluso hay algunos ejemplos interesantes, en relación con la población indígena (v. g., en México), de invalidez por dictarse la norma en un lenguaje que no conocen los destinatarios.

5.5. Racionalidad teleológica (RT): En quinto lugar, la racionalidad se proyecta en el plano teleológico en tanto ella requiere que el fin procurado resulte avalado por el derecho en cuestión y, sobre todo, que los medios contemplados en la norma resulten idóneos para alcanzar el fin propuesto. Esta RT también se presenta cuando la norma pretende algún fin amparado por el derecho que se contrapone a otro fin igualmente protegido por el derecho. Pretender que se realice una cierta conducta porque ella promoverá o logrará cierto objetivo, pero si al mismo tiempo se constata que no existe conexión entre aquel medio y este fin, solo corresponderá concluir que esa pretensión es irracional.

También aquí podemos acudir a Alexy en relación con el subprincipio de idoneidad dentro del principio de razonabilidad y concluir con él que corresponde descalificar a la norma que escoge e impone un medio que no conduce al fin que se propone; más aún, uno de los ejemplos jurisprudenciales que avala Alexy es la norma que requería conocimientos comerciales especiales para instalar máquinas expendedoras de tabaco, la que es descalificada, dado que ese requisito resulta irrelevante en orden al fin que dice proteger, o sea la salud de los consumidores. Aquino, al avalar expresamente la definición de la ley tomada de San Isidoro, declara: “El fin de la ley humana es la utilidad de los hombres”;⁵² por eso, si la ley no procura el bien común, es un modo de la injusticia, como por ejemplo “cuando un soberano impone leyes onerosas a sus súbditos mirando a la gloria y los

⁵⁰ Tomás de Aquino, *Suma...*, *op. cit.*, q. 90, a. 4.

⁵¹ Manuel Atienza, *Contribución a una teoría de la legislación*, *op. cit.*, p. 29.

⁵² Tomás de Aquino, *Suma...*, *op. cit.*, q. 95, a. 3.

intereses propios más que la utilidad común”.⁵³ Pero además de esta finalidad intrínseca de la norma jurídica, en el esquema tomista acerca de cómo se interrelacionan razón y voluntad también puede concluirse que resultaría irracional la ley en donde los medios no guardan conexión con el fin valioso; es que:

[L]a razón puede, ciertamente, ser movida por la voluntad, como queda dicho; pues, por lo mismo que la voluntad apetece el fin, la razón impera acerca de los medios que a él conducen. Sin embargo, para que la voluntad, al apetecer esos medios, tenga fuerza de ley, es necesario que ella misma sea regulada por la razón. Y así ha de entenderse que la voluntad del príncipe se constituye en ley. De otro modo, no sería ley, sino iniquidad.⁵⁴

Al respecto, corresponde recordar que la prudencia en general, y la jurídica en particular, tiene por objeto establecer racionalmente, pero en concreto, los medios o la medida de las otras virtudes que deben ejecutarse. Es un principio metafísico que el fin tiene razón de principio y, por ende, la actividad comienza racionalmente cuando se procura alcanzar un cierto objetivo, de modo que si se carece de finalidad propiamente no puede haber movimiento con sentido, y también se afecta la racionalidad cuando el movimiento no tiene posibilidad de alcanzar el fin declarado. En la causa Dessy, la Corte Suprema argentina invalidó un reglamento carcelario que facultaba para abrir las cartas enviadas por los reclusos, hecho que se intentaba justificar apelando a que ese medio conducía a la resocialización de los internos.

5.6. Racionalidad científica (RC): En sexto lugar, la ley debe respetar y conformarse a aquellas verdades evidentes o a aquellas que la ciencia tiene por acreditadas de manera categórica, pues, si se obliga o pretenden situaciones o comportamientos reñidos con lo confirmado epistemológicamente en la realidad de las cosas, estará imponiéndose una exigencia irracional de imposible o muy oneroso e irracional cumplimiento. De algún modo, esta validez o racionalidad científica aparece reconocida por Kelsen cuando afirma: “La norma que prescribiera algo que necesariamente, en razón de una ley natural, siempre y por doquier debe producirse, sería tan insensata como la norma que prescribiera algo que, en razón de una ley natural, de ninguna manera puede producirse”.⁵⁵

También aquí podemos recordar a Alexy, dado que entre las 28 exigencias generales del argumentar práctico-racional se incluye “la verdad de las premisas empíricas utilizadas”,⁵⁶ pues en el terreno de la justificación externa del razonamiento jurídico está la necesidad de justificar premisas o enunciados empíricos recurriendo a las ciencias. Más allá de los antecedentes y de los terrenos en donde funciona la justificación jurídica, no puede sostenerse la racionalidad de una norma cuando ella contradice verdades

⁵³ *Ibid.*, q. 96, a. 4.

⁵⁴ *Ibid.*, q. 90, a. 1.

⁵⁵ Kelsen, *Teoría pura del derecho*, *op. cit.*, p. 24.

⁵⁶ Alexy, *El concepto y la validez del derecho*, *op. cit.*, p. 137.

demostradas; es que, en definitiva, la racionalidad es una y, por ende, cuando sabemos demostrativamente lo que son y no son las cosas; ello debe ser respetado por todo aquel que pretenda racionalidad en su discurso o mandato.

La tesis pregonada por Taruffo, específicamente desde el campo procesal, en cuanto a que “la verdad es condición de la justicia” y que no hay dos verdades sino solo una (con base en la “teoría de la correspondencia”), puede extenderse para todo el campo del derecho. Desde los autismos epistemológicos y las voluntades configurativas podía negarse la obviedad de que la verdad acreditada conlleva su respeto por la razón de todo jurista, pues el costo de su rechazo es caer en la irracionalidad. Por eso, invalidar una sentencia que decide apoyándose en falsedades o rechazando verdades acreditadas por la ciencia resulta criterio jurisprudencial consolidado; así, por ejemplo, cuando se decide una demanda de filiación en contradicción con la prueba del ADN.

5.7. Racionalidad sociológica (RS): En séptimo lugar, incluimos la exigencia de que la ley guarde relación con el *ethos* de la sociedad a la que regula. Esta validez o racionalidad sociológica es señalada por Tomás de Aquino cuando, glosando la definición de la ley de San Isidoro, destaca que la ley debe conformarse a las costumbres, porque de lo contrario no generará los hábitos que pretende propios de un “buen ciudadano” y, lo que es peor, podría frustrar lo bueno posible o debilitar la autoridad *prima facie* que es conveniente que goce la ley. Aquí aparece la noción de “validez social” usada por Alexy, que a su criterio “es cognoscible recurriendo a dos criterios: el de la obediencia y el de la aplicación de la sanción en caso de desobediencia”.⁵⁷

Es funcional a la presente exigencia racional apelar a la teoría de Aarnio de la “rational acceptability of the audience”,⁵⁸ en tanto el discurso racional tiene los límites establecidos por la “forma de vida”. Vayamos, una vez más, a la palabra de Aquino, que siguiendo a San Isidoro ratifica que la ley debe ser “apropiada a las costumbres del país”, aclarando que la ley prevalece sobre la costumbre con la excepción de “aquellas leyes que no están en armonía con las tradiciones de la patria, porque esa armonía es una de las condiciones de la ley; es, en efecto, muy difícil desarraigar la costumbre de todo un pueblo”.⁵⁹ Esta correspondencia entre el mandato legal y la realidad social a la que se dirige también queda reflejada cuando el Aquinate observa que así como un padre no manda a todos los hijos lo mismo, no resultaría racional que la norma jurídica exigiera lo mejor, pero imposible; de ahí que es doctrina tomista la “tolerancia al mal”, desde la tesis que lo mejor puede ser enemigo de lo bueno. Esta preocupación por ajustar el derecho a la sociedad y su *ethos* se hace presente en relación con el derecho indígena y sus complejas y dificultosas relaciones con el derecho estatal.⁶⁰ Es que el derecho procura cierta eficacia, dado que

⁵⁷ *Ibid.*, p. 88.

⁵⁸ Cf. Aulis Aarnio, “On the validity, efficacy and acceptability of legal norms”, en *Objektivierung des Rechtsdenkens*, Berlín, Duncker und Humblot, 1984, pp. 427-438.

⁵⁹ Tomás de Aquino, *Suma...*, *op. cit.*, q. 97, a. 3.

⁶⁰ Cf. Néstor Sagüés, *La interpretación judicial de la constitución*, México, Biblioteca Porrúa de Derecho Procesal Constitucional, 2013, cap. 13.

resultaría irracional imponer conductas que en términos culturales se tornan impracticables o con un enorme costo personal. Por eso, una de las dimensiones de la validez o elemento del concepto de derecho reconocido por Alexy es la aludida eficacia social (con la salvedad de que no adhiere a posiciones, como la de Ross, que reduce la validez a la vigencia social), y a ese respecto se requiere el aporte de la sociología jurídica, en orden a comprobar si la norma es obedecida o si se aplica la sanción en caso de desobediencia. Por otro lado, es claro que la desobediencia masiva de una norma terminará haciéndola desaparecer por vía del desuetudo o de la costumbre derogatoria o abrogatoria.

5.8. Racionalidad axiológica (RA): En octavo lugar, aparece la exigencia en relación con el contenido de la ley, indicándole que no contradiga de modo grave la moral o la justicia. A esta racionalidad la podríamos llamar axiológica y ha sido defendida desde siempre por el realismo jurídico clásico, en tanto reclama al derecho que respete de algún modo la moral racional cuyo objeto son las conductas sociales, o más concretamente la justicia, dado que su fin es el bien común, y en aras de este no prohíbe el derecho todas las conductas inmorales ni exige todas las morales (“La ley humana no prohíbe todos los vicios de los cuales se abstienen los virtuosos, sino solo los más graves, aquellos que la mayor parte de la multitud puede evitar; y sobre todo los que van en perjuicio de los demás, sin cuya prohibición la sociedad humana no podría sostenerse”,⁶¹ y “la ley humana no prescribe lo concerniente a todos los actos de cada una de las virtudes, sino solamente aquellos que son referibles al bien común”).⁶² En esa perspectiva puede suscribirse, desde el realismo jurídico clásico, la fórmula radbruchiana defendida y divulgada por Alexy referida a que “la injusticia extrema no es derecho”; de ese modo, no se exige una “correspondencia perfecta entre el derecho y la moral [...] solo cuando se traspasa el umbral de la injusticia intolerable cuando las normas, que han sido expedidas de manera apropiada y que son socialmente eficaces, pierden su validez”.⁶³

MacCormick, en sintonía con las enseñanzas de Alexy, admite que la creación del derecho conlleva implícitamente la pretensión de justicia o de corrección moral.⁶⁴ Aarnio, comentando la tríada de la validez en Wroblewski, no duda en destacar como la más importante, en orden a la justificación, precisamente a la *axiological validity* por sobre la *systemic validity* y la *factual validity*.⁶⁵ Manuel Atienza concluye: “Lo que da sentido al derecho –y a ocuparse profesionalmente del derecho– no puede ser otra cosa que la aspiración a la justicia o, para decirlo en términos más modestos y más realistas: la lucha contra la injusticia”.⁶⁶ Esa racionalidad axiológica obliga a los operadores del derecho a escoger los mejores medios –axiológicamente hablando–, y ello se refleja en la regla de

⁶¹ Tomás de Aquino, *Suma...*, *op. cit.*, q. 96, a. 2.

⁶² *Ibid.*, q. 96, a. 3.

⁶³ Robert Alexy, “En torno al concepto y la naturaleza del derecho” [2006], trad. Carlos Bernal Pulido, en *El concepto y la naturaleza del derecho*, Madrid, Marcial Pons, 2008, p. 75.

⁶⁴ Neil MacCormick, *Institutions of Law*, Oxford, Oxford University Press, 2007, pp. 274 y ss.

⁶⁵ Aulis Aarnio, *The rational as reasonable. A treatise on legal justification*, Boston-Lancaster, Dordrecht, D. Reidel, 1987, p. 46.

⁶⁶ Manuel Atienza, *El sentido del derecho*, Barcelona, Ariel, 2011, p. 312.

necesidad de Alexy, incluida en su regla de ponderación de principios, que exige escoger la alternativa menos dañosa.

En definitiva, el deber general e implícito que justifica a los juristas y a sus propuestas o mandatos es obtener la justicia por medio del derecho, y resulta absolutamente irracional ordenar o cumplir con aquello que es clara y gravemente injusto o disvalioso. Es doctrina pacífica de la Corte Suprema argentina que lo absurdo axiológicamente es inconstitucional (el Preámbulo incluye “afianzar la justicia”) y por esa vía se han abierto cuestionamientos procesales a la cosa juzgada (la llamada írrita) o se ha llegado a habilitar un recurso extraordinario por “sentencia arbitraria”.

5.9. Racionalidad fáctica (RF): En noveno lugar, a los fines de la racionalidad de la norma y, por ende, de su justificación y obligatoriedad, corresponde incluir que lo exigido debe ser algo posible de cumplir por parte de sus destinatarios (RF: racionalidad fáctica). Aquino, comentando la definición de ley de San Isidoro, entre cuyos requisitos está que mande algo “posible”, agrega que la disciplina que impone la ley “depende en primer lugar, del orden de la razón –lo que se expresa por la palabra ‘justa’–; en segundo lugar, de las facultades de los que han de practicarla, porque la disciplina ha de ajustarse a cada uno según sus posibilidades, teniendo también en cuenta la posibilidad de la naturaleza, porque no han de imponerse a los niños las mismas obligaciones que a los adultos”,⁶⁷ y agrega: “A los niños se les permiten muchas cosas que las leyes de los adultos condenan y sancionan”.⁶⁸ Cotta explícitamente refiere a ese requisito:

La norma, al estar situada dentro del horizonte de un comportamiento realmente posible, un comportamiento serialmente posible: para una pluralidad serial de personas y para una sucesión serial de tiempos. Lo cual implica que la norma: a) no contempla comportamientos de necesaria realización; b) no tiene la capacidad de hacer obligatorio un comportamiento imposible, como, por ejemplo, no respirar, caminar por el agua, etc. De donde se deduce con plena evidencia que toda justificación deberá demostrar antes que nada que: el comportamiento prescrito es realmente posible.⁶⁹

Entre las ocho desideratas que prevé Lon Fuller para que sea posible o que no fracase la creación del derecho está, precisamente, que las leyes no requieran lo imposible.⁷⁰ Parece muy obvio que sea absurdo o irracional imponerle una sanción a alguien porque no hizo aquello que le resultaba imposible de hacer, pues ello equivaldría a suponer legisladores que buscan siempre sancionar y que promulgan leyes sabiendo que inexorablemente serán sancionados sus destinatarios. Más allá del reproche moral que se puede hacer a ese tipo de normas jurídicas, dado que la moral nunca puede establecer obligaciones de

⁶⁷ Tomás de Aquino, *Suma...*, *op. cit.*, q. 95, a. 3.

⁶⁸ *Ibid.*, I-II, q. 96, a. 2.

⁶⁹ Cotta, *op. cit.*, p. 64.

⁷⁰ Cf. Fuller, *op. cit.*

imposible cumplimiento, ya en el terreno jurídico, o sea del bien común o interés general, la cuestión no es absolutamente clara dado que a veces se debilita la referida exigencia y llega el derecho a reclamar comportamientos muy exigentes y poco habituales, por ejemplo, en materia de responsabilidad por daños, pero ello requiere ponderaciones y justificaciones muy exigentes (de algún modo las presunciones o ficciones tienen esa cuota de irracionalidad o falta de realismo que se justifica a la hora de valorar desde el bien común otras alternativas). Está claro que la racionalidad de una obligación incluye la posibilidad de su cumplimiento.

5.10. Racionalidad intencional (RI): En décimo lugar, pretendemos defender, aún con algunas dudas o condicionamientos, que la justificación racional de la norma exige que la intención del autor resulte ajustada a las pretensiones elementales fijadas por la moral respecto a su comportamiento creativo de la norma. Resultará difícil pretender aquella justificación en el supuesto de que se acreditó una intención deshonesto o inmoral grave del autor de la norma, aun cuando su contenido no ofrezca visibles cuestionamientos.

En el pensamiento clásico, la verdad práctica que la conducta procuraba plasmar en la realidad se constituye desde la voluntad o “intención recta”, es decir, desde el querer o propósito de hacer algo bueno o justo. Finnis escribe: “El uso de la autoridad por un gobernante está radicalmente viciado si él explota sus oportunidades para adoptar disposiciones por las que no intenta el bien común sino en beneficio suyo o de sus amigos o de su partido o de su facción, o movido por malicia contra alguna persona o grupo”.⁷¹ Recordemos que en aquella filosofía jurídica, la justicia remite a la voluntad y a cumplir lo debido, más allá de la intención con la que se acompañe,⁷² pero para conocer lo que se debe, se requiere la participación del juicio de la razón práctica prudencial que define la conducta justa concreta. Precisamente es en la prudencia donde aparece la necesidad del propósito recto para que ella pueda cumplir con su objeto; así lo afirma Aquino: “La prudencia que es verdadera y perfecta, es la que delibera, juzga y preceptúa con rectitud y en orden al fin bueno”,⁷³ recordando la enseñanza aristotélica de que “es imposible ser bueno sin ser prudente”, y en esa perspectiva se entiende que la certeza que provee la prudencia es “intelectual-afectiva”.⁷⁴

Pero también en la ética del discurso dialógico se insiste en que la racionalidad (racionalidad intencional) reclama un determinado compromiso con la sinceridad de las manifestaciones y la consiguiente responsabilidad o aceptación de las reglas del diálogo racional; recordemos específicamente que Habermas,⁷⁵ en su pragmática, identifica cuatro pretensiones de validez en los actos de habla: inteligibilidad, verdad, corrección

⁷¹ Finnis, *Ley natural y derechos naturales*, op. cit., p. 380.

⁷² Graneris habla de la “amoralidad del derecho” o del acto justo carente de la intención justa (Graneris, op. cit., p. 45).

⁷³ Tomás de Aquino, *Suma...*, op. cit., q. 47, a. 13.

⁷⁴ S. Ramírez, *La prudencia*, Madrid, Biblioteca Palabra, 1978, p. 46.

⁷⁵ Cf. Jürgen Habermas, *Teoría de la acción comunicativa: complementos y estudios previos* [1981], trad. Manuel Jiménez Redondo, Madrid, Taurus, 1987.

y veracidad; en esta precisamente comprobamos una dimensión ética que compromete al hablante a la hora de expresar sus actitudes, sentimientos y deseos. Recordemos que es tesis central alexyana que “la pretensión de corrección es un elemento necesario del concepto de derecho [...] los participantes en un sistema jurídico formulan necesariamente en los niveles más diversos una pretensión de corrección. En la medida en que esta pretensión tiene implicancias morales, se pone de manifiesto una conexión conceptualmente necesaria entre derecho y moral”.⁷⁶ Desde esa óptica alexyana, hasta el abogado de la parte argumenta con pretensiones de corrección, que implica el pedido de que se reconozca el derecho que objetivamente lo beneficia. La constitución de la autoridad con competencia para decidir jurídicamente exige implícitamente que el ejercicio legítimo de la misma se realice buscando lo correcto o lo mejor, de modo que sería muy difícil pedir al subordinado que respete la autoridad cuando queda acreditado que buscaba alcanzar un beneficio personal, al margen de cuál haya sido finalmente el resultado.

Cristina Redondo advierte que “las normas que regulan la toma de decisiones –a diferencia de las que regulan comportamientos, en general– son un ejemplo claro de normas que pretenden constituir razones por las cuales actuar: requieren que sus destinatarios las tomen en cuenta en su razonamiento”; de ese modo, se requiere una “acción intencional” del destinatario de aquellas y en la medida que no exista “una prueba explícita de lo contrario, se considerará que ha actuado en virtud de las razones jurídicas mencionadas y que ha hecho todo lo que las reglas le requieren”.⁷⁷ Pero el problema es –de eso estamos hablando– cuando existe esa prueba que revela una actitud distinta a la exigida. Cuando se dicta una norma en la que se acredita una intención deshonestas, ello trae dudas racionales sobre su validez, incluso aunque su contenido no sea discutible, pues su eventual invalidez no impedirá volver a dictar la misma norma, pero sin aquel vicio que compromete su justificación. Un modo de evitar esos inconvenientes en un terreno donde se dan incertidumbres o dudas es apelar a autoridades que tengan los hábitos buenos o las virtudes que requieran el ejercicio de la función.⁷⁸

5.11. Racionalidad prudencial o ponderativa (RPP): El órgano encargado de pronunciarse sobre el reclamo de invalidez de una norma jurídica no tiene más que dos alternativas excluyentes: validez o invalidez, y, a tales fines, le corresponderá concretar prudencial o ponderativamente un balance del nivel de irracionalidad o falta de justificación por violación de las diez exigencias analizadas y las ventajas y perjuicios que generará su declaración según adopte una u otra alternativa. De ese modo, en el análisis de la validez de la norma jurídica corresponde incluir el momento decisivo en el que esta se juzga, en tanto ese es el campo de la racionalidad práctica (prudencial o ponderativa), pues es

⁷⁶ Alexy, *El concepto y la validez del derecho*, op. cit., pp. 40 y 44.

⁷⁷ María Redondo, “Sobre la justificación de la sentencia judicial”, en María Cristina Redondo, José María Sauca y Perfecto Andrés Ibáñez, *Estado de derecho y decisiones judiciales*, Madrid, Fundación Coloquio Europeo, 2012, pp. 98-99.

⁷⁸ Cf. Manuel Atienza, “Virtudes judiciales”, en M. Carbonell, H. Fix-Fierro, R. Vázquez (comps.), *Jueces y derecho*, México, Porrúa-Universidad Nacional Autónoma de México, 2004, pp. 3-30.

evidente que si la preocupación prescindiera de ese pronunciamiento, todo el esfuerzo por instalar la racionalidad en el derecho podría abortarse y triunfar la irracionalidad. Vale aquí la advertencia popular que el remedio puede ser peor que la enfermedad, la que es refrendada en el plano de la razonabilidad práctica cuando recordamos que la prudencia incluye la previsión,⁷⁹ en tanto procura ordenar los medios para alcanzar el fin, y tratándose de la prudencia jurídica, ese fin no es otro que el bien o la utilidad común. El prudente –al decir de san Isidoro en sus Etimologías 1, 10– es *porro videns* (sujeto capaz de ver lejos), y, en el mundo del derecho, la clásica fórmula que del sumo derecho (*summum jus*) puede resultar la suma injusticia (*summa injuria*) alude a una decisión concreta que se ajusta a una norma jurídica, pero que finalmente aborta el fin que, en última instancia, busca y justifica todo el derecho. Recordemos que el fin tiene razón de principio, y, por ello, a la hora de iniciarse el comportamiento resulta decisiva su orientación; así, el jurista que tiene la competencia para definir la validez de una norma debe tener presente el “sentido del derecho”, atento a que ello resultará decisivo para su pronunciamiento. Desde la teoría jurídica clásica, frente a esa eventual tensión entre la aplicación estricta de la norma y las consecuencias que se derivarían, se apelaba al correctivo para el caso por vía de la equidad.

A las diez exigencias de racionalidad analizadas arriba, corresponde sumarle esta undécima racionalidad que tiene por objeto definir en concreto la validez o invalidez de la norma jurídica en cuestión. En orden a explicar esta nueva exigencia, la remitiremos, en primer lugar, a la filosofía jurídica clásica y, luego, a la teoría jurídica alexyana, de ahí la doble adjetivación de “prudencial” y “ponderativa”, respectivamente. Es que a partir de Kant, la prudencia queda marginada o ignorada para la moral, y remitida al terreno del egoísmo o de las ventajas individuales, por ende, muy distante del papel rector que tenía para la vida moral en la perspectiva aristotélica-tomista. Así lo subraya categóricamente Aranguren: “La prudencia nada tendrá que ver con la moral, que dependerá pura y exclusivamente de la buena voluntad. Se dibujan así tres concepciones fundamentales de la ética: ética de la prudencia (Sócrates), ética de la buena voluntad (Kant) y ética de la prudencia y la buena voluntad (Aristóteles)”.⁸⁰

A los fines de completar el presente trabajo, deberíamos introducirnos en el análisis de la prudencia clásica y de la ponderación alexyana, porque constituyen la matriz en donde se definirá la validez o invalidez de una norma jurídica. Pero tal deuda excede nuestras pretensiones centradas en el concepto bajo estudio, y, por otro lado, existe abundante y conocida bibliografía respecto de ambos temas.

⁷⁹ Tomás de Aquino, *Suma...*, *op. cit.*, q. 49, a. 6.

⁸⁰ José L. Aranguren, “Ética”, *Revista de Occidente*, 1958, p. 327.

6. Conclusión

Frente a la matriz típicamente positivista de la validez jurídica reducida a la instauración autoritativa en el marco del sistema jurídico o la vigencia social, en tiempos del Estado de derecho constitucional y democrático se impone reclamar racionalidad a la norma jurídica, para por esa vía concluir recién en su obligatoriedad. Tal racionalidad incluye diversas exigencias, a tenor del órgano (RO), del procedimiento (RP), del sistema (RSt), de la lógica y el lenguaje (RLL), de los fines o teleología (RT), de las verdades científicas (RC), de la sociedad y su cultura (RS), de los valores (RA), de las posibilidades de su cumplimiento (RF) y de la intencionalidad (RI). Pero, a la hora de definir la validez o invalidez de la norma, la racionalidad se hace presente juzgando lo mejor en el caso, a tenor de un juicio prudencial y persuasivo o de un juicio ponderativo (RPP). Más allá de ese marco teórico, necesariamente está siempre el enclave institucional en donde se define la cuestión de la validez jurídica, que, a su vez, implica una serie de definiciones en torno a las variables comprometidas.

Instalar la validez y existencia de la norma jurídica en el terreno de su justificación racional supone que el destinatario la puede comprender y cumplir o resistir racionalmente, pero, en definitiva, instala el conflicto en un plano donde corresponderá valorar el peso de los argumentos a favor y en contra. Aquella exigencia de dar razones de lo ordenado impone a la autoridad dificultades para las arbitrariedades, pero también la moraliza al reclamarle un ejercicio del poder racional y, por ende, respetuoso de aquel del que dispone su libertad. Asimismo, la defendida definición de validez es plenamente funcional a los derechos humanos y al imperio de la ley, del derecho y la constitución.

Confiar en la fundante razón práctica implica aceptar la verdad práctica, pero también admitir que las premisas de los razonamientos prácticos habitualmente no gozan de carácter necesario o apodíctico.

Ya reflexionando sobre el tema considerado desde la mirada propia del realismo jurídico clásico, nos parece que también puede concluirse que un modo posible de hablar del “derecho natural” es asimilándolo con el “derecho plenamente válido”, o sea con aquel derecho que se pone prudencial o ponderativamente, respetando la totalidad de las diez exigencias indicadas arriba. En definitiva, entrar en un juego de paralelismo jurídico (derecho natural vs. derecho positivo) suena kantiano, pero poco armónico con el realismo filosófico, pues, desde esa escuela, lo justo siempre es lo mejor posible definido racionalmente para el caso que se trate.

Reivindicar la justificación racional para la validez y obligatoriedad de la norma jurídica supone apelar a un derecho que puede ser comprendido y aceptado por sus destinatarios. Ello en buena medida remite a tesis centrales del *rule of law* que reclaman un derecho, no como mero fruto de decisiones y mandatos de la autoridad, sino que esta asume que los ciudadanos le exigen una racionalidad integral, o sea *Veritas, non auctoritas facit legem*.

Bibliografía

- AARNIO, Aulis, "On the validity, efficacy and acceptability of legal norms", en *Objektivierung des Rechtsdenkens*, Berlín, Duncker und Humblot, 1984.
- _____, *The rational as reasonable. A treatise on legal justification*, Boston-Lancaster, Dordrecht, D. Reidel, 1987.
- ALEXY, Robert, *El concepto y la validez del derecho*, trad. Jorge M. Seña, Barcelona, Gedisa, 1997.
- _____, "La institucionalización de la razón", trad. José Antonio Seone, *Persona y Derecho*, núm. 43, 2000.
- _____, "Ley fundamental y teoría del discurso" [1996], trad. Daniel Oliver-Lalana, en Nancy CARDINAUX, Laura CLÉRICO y Aníbal D'AURIA (coords.), *Las razones de la producción del derecho*, Buenos Aires, Facultad de Derecho-UBA, 2006.
- _____, "En torno al concepto y la naturaleza del derecho" [2006], trad. Carlos Bernal Pulido, en *El concepto y la naturaleza del derecho*, Madrid, Marcial Pons, 2008.
- _____, "Algunas reflexiones en torno a cómo mi pensamiento jurídico ha ido desarrollándose con el paso de los años" [2010], trad. Jorge Alexander Portocarrero, en Carlos BERNAL PULIDO C. (ed.), *La doble dimensión del derecho*, Lima, Palestra, 2011.
- _____, "La doble naturaleza del derecho" [2010], trad. Jorge Alexander Portocarrero, en Carlos BERNAL PULIDO (ed.), *La doble dimensión del derecho*, Lima, Palestra, 2011.
- ALONSO GARCÍA, Enrique, *La interpretación de la Constitución*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1984.
- ARANGUREN, José, "Ética", *Revista de Occidente*, 1958.
- ARISTÓTELES, *La política*, III, 16, 1287a.
- ATIENZA, Manuel, *Contribución a una teoría de la legislación*, Madrid, Civitas, 1997.
- _____, "Virtudes judiciales", en M. CARBONELL, H. FIX-FIERRO y R. VÁZQUEZ (comps.), *Jueces y derecho*, México, Porrúa-Universidad Nacional Autónoma de México, 2004.
- _____, *El sentido del derecho*, Barcelona, Ariel, 2011.
- _____, *Curso de argumentación jurídica*, Madrid, Trotta, 2013.
- DWORKIN, Ronald, "Social Rules and Legal Theory", *Yale Law Journal*, núm. 81, 1972.
- BARAK, Aharon, "A Judge on Judging: The Role of a Supreme Court in Democracy", *Harvard Law Review*, núm. 19, 2002.
- BERNAL PULIDO, Carlos, "Estudio introductorio. La tesis de la doble naturaleza del derecho de Robert Alexy" [2010], trad. Jorge Alexander Portocarrero Quispe, en Carlos BERNAL (ed.), *La doble dimensión del derecho*, Lima, Palestra, 2011.
- BRUGGER, Walter, *Diccionario de Filosofía* [1953], trad. J. M. Vélez Cantarell, Barcelona, Herder, 1978.
- COTTA, Sergio, "Prólogo", *Justificación y obligatoriedad de la norma*, trad. A. Fernández Galiano, Madrid, Ceura, 1987.
- DE AQUINO, Tomás, "Scientia moralis docet hominis sit bona ex hoc quod et secundum rationem ractam...", *Comm. Eth. L. 2, lec. 2*.

- _____, “Scriptum Super Libros Sententiarum Petri Lombardiensis”, IV, d. 2, q. 1, a. 4, sol. 1 ad 2.
- _____, *Suma Teológica*, I-II, q. 71, a. 2.
- EZQUIAGA, Francisco, “Argumentos interpretativos y postulado del legislador racional”, en R. VÁZQUEZ (comp.), *Interpretación jurídica y decisión judicial*, México, Fontamara, 2003.
- FERRATER MORA, José, *Diccionario de Filosofía*, Madrid, Alianza, 1981.
- FINNIS, John, *Aquinas: Moral, Political and Legal Theory*, Oxford, Oxford University Press, 1988.
- _____, *Ley natural y derechos naturales* [1992], trad. Cristóbal Orrego Sánchez, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2000.
- FULLER, Lon, *The Morality of Law*, New Haven, Yale University Press, 1964.
- GEORGE, Robert, “Kelsen y Santo Tomás ‘sobre la doctrina de la ley natural’”, trad. Caridad Velarde, *Persona y Derecho*, núm. 42, 2000, pp. 65-94.
- GRANERIS, Giuseppe, *Contribución tomista a la filosofía del derecho* [1949], trad. Celina Ana Lértola Mendoza, Buenos Aires, Eudeba, 1973.
- HABERMAS, Jürgen, *Teoría de la acción comunicativa: complementos y estudios previos* [1981], trad. Manuel Jiménez Redondo, Madrid, Taurus, 1987.
- KALINOWSKI, George, *Introducción a la lógica jurídica* [1965], trad. J. A. Casaubón, Buenos Aires, Eudeba, 1973.
- KELSEN, Hans, Eugenio BULYGIN y Robert WALTER, *Validez y eficacia del derecho*, Buenos Aires, Astrea, 2005.
- _____, *Teoría pura del derecho*, trad. Roberto Vernengo, México, UNAM, 2000.
- LACHANCE, Louis, *El concepto del derecho según Aristóteles y Santo Tomás*, trad. Fernando N. A. Cuevillas, Buenos Aires, Soc. Fabril Editora, 1953.
- LAPORTA, Francisco, *El imperio de la ley*, Madrid, Trotta, 2007.
- MACCORMICK, Neil, *Institutions of Law*, Oxford, Oxford University Press, 2007.
- _____, “Argumentación e interpretación en el Derecho”, trad. Jorge Luis Fabra Zamora y Laura Sofía Guevara, *Doxa*, núm. 33, 2010, p. 73.
- NINO, Carlos, *La validez del derecho*, Colección Mayor Filosofía y Derecho, Buenos Aires, Astrea de A. y R. de Palma, 1985.
- OLGIATTI, Francisco, *El concepto de juridicidad en Santo Tomás de Aquino* [1943], trad. Diorki y revisión Juan A. Sardina Páramo, Pamplona, Eunsa, 1977.
- OLLERO, A., *El derecho en teoría*, Madrid, Thomson-Aranzadi, 2007.
- RAZ, Joseph, “Kelsen’s theory of the basic norm”, en *The Authority of Law*, Oxford University Press, 1979.
- _____, “The Rule of Law and its Virtue”, en J. RAZ, *The Authority of Law*, Oxford University Press, 1979.
- REDONDO, María, “Sobre la justificación de la sentencia judicial”, en María Cristina REDONDO, José María SAUCA y Perfecto Andrés IBÁÑEZ, *Estado de derecho y decisiones judiciales*, Madrid, Fundación Coloquio Europeo, 2012.

- ROSS, Alf, *El concepto de validez y otros ensayos*, Buenos Aires, Centro Editor de América Latina, 1969.
- SAGÜÉS, Néstor, *La interpretación judicial de la constitución*, México, Biblioteca Porrúa de Derecho Procesal Constitucional, 2013.
- SPAEMANN, Robert, *Lo natural y lo racional* [1988], trads. Daniel Innerarity y Javier Olmo, Madrid, Rialp, 1989.
- SUMMERS, Robert, "Towards a better general theory of legal validity", en *Rechtstheorie*, 16 Band, Heft 1, 1985, pp. 65-83.
- VILLEY, Michel, *Compendio de Filosofía del Derecho* [1975], trad. Diorki, revisión J. Valdés y Menéndez Valdés, Pamplona, Eunsa, t. II, 1979.
- VIOLA, Francisco, "Il Rule of Law e il concetto di diritto", *Ragion Pratica*, núm. 30, 2008, pp. 151-170.
- VON WRIGHT, Georg, *Norm and Action (A Logical Enquiry)*, London, Routledge & Kegan Paul, 1963.
- WROBLEWSKI, Jerzy, "Tre concetti di validita", *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, núm. 1, 1982, pp. 584-595.

VII. Estado de derecho y sociedad

- Ricardo F. Crespo, Argentina
Economía, política y Estado de derecho
- Fernando Hoffmam, Brasil
José Luís Bolzan de Moraes, Brasil
Jânia Maria Lopes Saldanha, Brasil
Do processualismo mercadológico-hipermoderno ao sistema de justiça mundial dos direitos humanos
- Carlos Alberto Gabriel Maino, Argentina
Pervivencia del *rule of law* en sociedades líquidas
Abordaje desde la perspectiva filosófico-política, jurídica y sociológica de la vigencia del imperio de las instituciones en el Estado constitucional posmoderno
- Hugo S. Ramírez García, México
Fabio Macioce, Italia
Estado de derecho, laicidad y espacio público
- Andrés Rosler, Argentina
Estado de derecho, delito político y terrorismo

Ricardo F. Crespo* (Argentina)

Economía, política y Estado de derecho

RESUMEN

En este trabajo se sostendrá que podemos hablar de un “Estado de derecho económico” integrado, por una parte, por algunas leyes económicas básicas inmutables y, por otra, por leyes más contingentes y cambiantes que deberían ser definidas gracias a un trabajo adecuado de la razón práctica. En una segunda sección del trabajo se analizará un caso de falta de respeto a ese Estado de derecho económico, especialmente dañino para la cohesión social: la manipulación política de las estadísticas.

Palabras clave: Estado de derecho, economía.

ZUSAMMENFASSUNG

In dieser Arbeit wird die Auffassung vertreten, dass von einem „wirtschaftlichen Rechtsstaat“ gesprochen werden kann, der sich einerseits auf einige grundlegende und unveränderliche wirtschaftliche Gesetze, und andererseits auf eher konjunkturabhängige und veränderliche Gesetze stützt, die im Rahmen einer angemessenen, von der praktischen Vernunft geleiteten Weise zu definieren sind. Der zweite Teil der Arbeit analysiert einen Fall von Nichteinhaltung dieses wirtschaftlichen Rechtsstaats, der für den sozialen Zusammenhalt besonders schädlich ist: die politische Manipulation von Statistiken.

Schlagwörter: Rechtsstaat, Wirtschaft.

ABSTRACT

This paper argues that we can speak of an “Economic Rule of Law” comprised of immutable basic economic laws on the one hand, as well as by more contingent and changing

* Licenciado y doctor en Economía y Filosofía. Profesor titular de Teorías Económico-Sociales, Facultad de Filosofía y Letras, Universidad Nacional de Cuyo; profesor Universidad Austral. Investigador independiente Consejo Nacional de Investigaciones Científicas y Técnicas (Conicet). rcrespo@ffyl.uncu.edu.ar; rcrespo@iae.edu.ar.

laws on the other; these laws shall be defined by an appropriate application of practical reason. In its second section, the paper analyzes a particular case of disrespect for the Economic Rule of Law – the political manipulation of statistics, which is especially harmful to social cohesion.

Keywords: Rule of law, economics.

Al menos durante gran parte del siglo XX y lo que llevamos del XXI, los políticos han entendido muy poco (o no han querido entender) la lógica de la economía. Del mismo modo que es aconsejable la estabilidad de la ley, lo es la estabilidad de las reglas de juego de la actividad económica. En economía hay que tener paciencia y saber esperar. Gran parte de las decisiones económicas se toman teniendo en cuenta expectativas acerca del futuro. Cuanto más claras y estables sean las reglas de juego, más sencillos, factibles y precisos serán los cálculos que fundamentan esas expectativas. Cuando se “tocan” mucho esas reglas se siembra el desconcierto. Más aún cuando los móviles que llevan a “tocarlas” son ajenos a la lógica económica. Este “toqueteo” ha sido práctica frecuente de los políticos: han necesitado engañar acerca de la situación real, o generar gasto sin respaldo para ganar elecciones; han privilegiado el gasto sobre la inversión; se han excedido en la presión tributaria para financiar un déficit abultado, cuando no emitido para hacerlo; se han endeudado sin pensar cómo pagar; han dilapidado los fondos de pensión. Los resultados lógicos han sido la inflación, que es el impuesto más regresivo e injusto; el desabastecimiento, las crisis energéticas, las carencias estructurales, la caída de la competitividad, las corridas bancarias y cambiarias, los *defaults* nacionales, el quebranto de empresas, la pobreza de los jubilados. Podríamos seguir. La economía es la ciencia social más cercana a la naturaleza y esta tiene sus leyes inalterables. Cuando no se las respeta se produce un descalabro. No se pueden cambiar arbitrariamente las leyes económicas sin sufrir las consecuencias de esto. De hecho, esta falta de respeto ha estado presente en el origen de la prédica de los economistas a favor de la neutralidad valorativa de la economía o de la división entre economía positiva y normativa. Pues aunque estas banderas se puedan argumentar desde las ideas filosóficas de David Hume, John Stuart Mill o Max Weber, los argumentos teóricos son eso, argumentos, que sirven para frenar el problema práctico: la irresponsabilidad de los malos políticos. Como dice Terence W. Hutchison,¹ “la dicotomía entre juicios positivos y normativos no es una simple cuestión de filosofía o metodología. Tiene una considerable significación política”.

Pero parece que esta neutralidad valorativa no es posible. Entonces, ¿es esta deseable?, ¿se puede sostener un *rule of law* o este será cambiante de acuerdo con los valores vigentes en cada momento?, ¿cómo se determina su contenido y por qué es importante

¹ Terence W. Hutchison, *‘Positive’ Economics and Political Objectives*, Cambridge, Mass., Harvard University Press, 1964, p. 16.

respetarlo? En este trabajo sostendré que podemos hablar de un “Estado de derecho económico” integrado por algunas leyes económicas básicas inmutables y, por otra parte, otras “leyes” más contingentes y cambiantes que deberían ser definidas gracias a un trabajo adecuado de la razón práctica. Será la cuestión que abordaré primero. Después, analizaré un caso de falta de respeto a las reglas de juego, especialmente dañino para la cohesión social: la manipulación política de las estadísticas.

1. Neutralidad de valores: ¿sí o no?

Milton Friedman, para poner un caso paradigmático, afirma que la economía positiva es independiente de cualquier posición ética particular o de cualquier juicio normativo.² Para él, acerca de las cuestiones de valores, los hombres solo podemos pelear, nunca razonar.³ Lo mismo podríamos citar de Lionel Robbins (un economista clave para la definición y metodología de la economía del siglo XX), o de la mayoría de los economistas que se han preocupado por este tema (por cierto, muy pocos). Sin embargo, el economista sueco Gunnar Myrdal (premio Nobel de economía junto a Hayek en 1974) afirma: “Nunca ha existido una ‘ciencia social desinteresada’, y por razones lógicas no puede existir [...] nuestros conceptos están cargados de valores [...] no pueden definirse salvo en términos de evaluaciones políticas”.⁴ Coincide con lo que dice el filósofo político Leo Strauss (de la misma Universidad de Friedman en Chicago): “Los juicios de valor, que tenían prohibida la entrada por la puerta principal de la ciencia política, de la sociología o de la economía, terminan ingresando por la trasera”.⁵ Charles Taylor combina la razón práctica aristotélica y el enfoque hermenéutico y concluye que “estas ciencias no pueden ser *wertfrei*; son ciencias morales”.⁶ En este sentido, el argumento de Hilary Putnam⁷ (2004) del *entanglement* hechos-valores ya resulta clásico.

La cuestión es: ya que sería deseable alcanzar una neutralidad valorativa y parece que esta no es posible, ¿en qué consiste o cómo podemos alcanzarla? La respuesta nos la da el filósofo del derecho John Finnis. Él se ha preocupado por el concepto de libertad o neutralidad valorativa. ¿Cómo podemos hacer, se plantea, para describir neutralmente hechos sociales? La neutralidad en la elección de conceptos de las ciencias sociales, responde, solo se alcanza mediante la definición científica de los estándares de la razona-

² Milton Friedman, *Essays in Positive Economics*, Chicago, Chicago University Press, 1953, pp. 3-4.

³ *Ibid.*, p. 5.

⁴ Gunnar Myrdal, *Values in Social Theory: A Selection of Essays on Methodology*, London, Routledge & Kegan Paul, 1958, p. 1.

⁵ Leo Strauss, *What is Political Philosophy?*, Illinois, The Free Press, 1959, p. 21.

⁶ Charles Taylor, *Philosophy and the Human Sciences. Philosophical Papers 2*, Cambridge, Cambridge University Press, 1985, p. 57.

⁷ Hilary Putnam, *The Collapse of the Fact/Value Dichotomy and Other Essays*, Cambridge, Cambridge, Harvard University Press, 2004.

bilidad práctica.⁸ Es decir, el modo de resolver el problema de la neutralidad valorativa no es marginar los valores sino razonar acerca de estos y determinar racionalmente el conjunto de aquellos que están en la raíz de la economía. Como también afirman Dan Hausman y Michael McPherson, “las cuestiones morales se encaran [...] desarrollando argumentos”.⁹

Esta definición no puede pasar por encima de leyes elementales cercanas a las leyes de la naturaleza: si aumenta el precio, disminuye la demanda. Si emitimos, aumentarán los precios, a no ser que disminuya la velocidad de circulación del dinero (lo que supone un auge de confianza) o que aumente la producción. Pero en circunstancias de desconfianza u ocupación técnica plena no se da ninguna de estas alternativas, con lo que el resultado indefectible será la inflación, por más que se controlen los precios. Los precios máximos solo generan desabastecimiento y mercados negros (injustos). Pretender lo contrario es como dar coques contra el aguijón. Por eso, la racionalidad práctica debe contar con estas leyes. Si no lo hace, no es racional sino puro voluntarismo.

Más aún, el mismo Hayek señala que el problema de regímenes como los socialistas no es tanto la incursión en juicios de valor, como la ineficacia del sistema debido a que no respeta las reglas mínimas del reino económico.¹⁰

⁸ John M. Finnis, *Natural Law and Natural Rights*, Oxford, Clarendon Press, 1984, p. 12.

⁹ Daniel M. Hausman y Michael S. McPherson, *Economic Analysis and Moral Philosophy*, Cambridge, Cambridge University Press, 1996, p. 5.

¹⁰ Cf. Friedrich A. von Hayek, “Socialismo y ciencia”, en *Nuevos estudios en filosofía, política, economía e historia de las ideas*, Buenos Aires, Eudeba, 1981, pp. 259-270. Aunque es otra cuestión, habría que ver si estamos de acuerdo con las reglas de Hayek: en esencia, la ausencia completa de intervención en el mercado. Detengámonos un momento en esto. Los primeros economistas clásicos ingleses estaban influidos por las doctrinas del derecho natural racionalista en sus propuestas de *laissez-faire*. Esto es claro en los fisiócratas y en Adam Smith. De modo que en realidad no había una separación hechos-valores: los hechos conducen a un equilibrio natural si no se interviene “desde arriba”: hechos y valores coinciden; se da una normatividad automática en los hechos. La dicotomía tampoco se dio en Bentham: para él, las cuestiones normativas son de utilidad, cuestiones de hecho, y se resuelven mediante el cálculo (cf. Hutchison, *op. cit.*, p. 27). Tampoco estaba presente en el mismo John Stuart Mill cuando escribe sus *Principios de economía política*, libro repleto de principios normativos. De modo que la defensa del principio de separación hechos-valores por economistas clásicos posteriores, como Nassau Senior, John E. Cairnes o John Neville Keynes, se realiza para oponerse a posturas de tipo libertario como la de Hayek. Es lo que podría decirse hoy a los libertarios: no hay motivo para que un orden sea espontáneo. Si no hay un fin común, ¿por qué puede haber un orden? Son de hecho doctrinas valorativas, pero que no siguen el consejo de Finnis, de argumentar esos valores. Efectivamente, no he encontrado que Hayek ofrezca un argumento racional contundente para sostener el orden espontáneo. Decir que la gente tiende a imitar las conductas exitosas no parece suficiente (cf. Friedrich A. von Hayek, *Derecho, legislación y libertad*, Madrid, Unión Editorial, 1982, t. III, p. 263). Pienso que Hayek es poco claro en esto, porque al mismo tiempo que habla del respeto de reglas o guías sociales generales como condición de orden o coordinación, niega el carácter intencional, “diseñado”, de ese orden. Se trata de un orden automáticamente emergente en el marco de unas reglas. La explicación está en la combinación entre un estricto materialismo y la creencia en una evolución, modelo de un mecanismo de evolución cultural lamarckiano [cf. Paul Lewis, “Notions of Order and Process in Hayek, the Significance of Emergence”, *Cambridge Journal of Economics* (en prensa)].

Sostengo, entonces, que se pueden distinguir dos niveles de principios valorativos: un primer nivel de objetivos de política relacionados con la definición y el mantenimiento de un marco constitucional, un orden económico para la sociedad. Sería el que en Alemania se llamó *Ordnungspolitik*. En este nivel se deberían tener en cuenta las pocas leyes económicas contra las que es imposible luchar e incluiría definiciones valorativas como podrían ser la protección de los bienes básicos humanos, comprendida la libertad. Sería un núcleo intocable del *rule of law* económico. Un segundo nivel es el de los procesos económicos concretos en los que cabría variedad en la medida en que respeten el nivel previo; por ejemplo, poner el énfasis en el pleno empleo o en el crecimiento económico. Se habla también de la definición de un nivel *thick* del *rule of law*, vinculado a la libertad y la democracia, el control del poder del Estado, la libertad de opinión y asociación, y de otro nivel *thin*, que incluye derechos de propiedad y la administración eficiente de justicia. Encontramos un concepto comparable en Moisés Naím, al hablar de reformas de primera y segunda generación (1993 y 1994). Las de primera generación apuntan a la eficiencia de los mercados, mientras que las de segunda generación comprenden la transparencia, el buen gobierno, la educación, la salud y la justicia. Ambos niveles son importantes, pero la *Ordnungspolitik*, el nivel *thick* o las reformas de segunda generación son los principales y deben ser los más estables.

Durante los años ochenta se incrementaron los estudios que correlacionaban la presencia y vigencia del *rule of law* con el desarrollo económico. Podemos mencionar, por ejemplo, los trabajos de Daniel Kaufmann, Aart Kraay y Massimo Mastruzzi del World Bank Governance Indicators Project.¹¹ Michael Trebilcock y Ron Daniels publicaron *Rule of Law Reform and Development*,¹² en donde muestran también la relación positiva mencionada. Se puede encontrar un estado de la cuestión reciente en el artículo de Stephan Haggard y Lydia Tiede, “The Rule of Law and Economic Growth: Where are We?”¹³ que ponen el acento en el carácter multidimensional de este concepto. Rose-Ackerman ha estudiado durante 30 años el caso argentino y señala el problema que genera el hiperpresidencialismo para el respeto del *rule of law*. Jeff Bowen, junto a ella, dedica un artículo a Argentina relacionando sus crisis recurrentes y su carencia de *accountability*.¹⁴ La corrupción, la falta de respeto a las normas legales y las reglas de juego cambiantes espantan tanto a la inversión extranjera como a la local. Sin inversión no hay crecimiento. Un informe sobre el *rule of law* y el desarrollo de los BRICS (Brasil, Rusia, India, China

¹¹ Disponible en: <http://info.worldbank.org/governance/wgi/index.aspx#home>.

¹² Michael Trebilcock y Ron Daniels, *Rule of Law Reform and Development*, Cheltenham, Elgar, 2008.

¹³ Stephan Haggard y Lydia Tiede, “The Rule of Law and Economic Growth: Where are We?”, *World Development*, vol. 5, núm. 39, 2011, pp. 673-685.

¹⁴ Jeff Bowen, “The Rule of Law, Freedom, and Prosperity”, Todd J. Zywicki (ed.), *The Supreme Court Economic Review*, núm. 10, The University of Chicago Press, 2003.

y Sudáfrica) muestra cómo los defectos en el acatamiento al primero pueden acarrear problemas para el proceso de desarrollo de estos países estrella.¹⁵

En definitiva, queda claro que la prioridad de la ley sobre el gobernante sostenida por Aristóteles en *Política* III, 16, tiene efectos beneficiosos comprobados desde el punto de vista del desarrollo económico-social.

Sin embargo, en estos estudios se nota cierta ambigüedad en el contenido del *rule of law*, señalada por varios autores que reclaman una definición al respecto. Sin duda, esta relación entraña una definición de valores vinculada a una teoría acerca del bien, cuestión de la razón práctica. En cualquier caso, se ha de tener en cuenta que el estudio de Trebilcock y Daniels muestra que para que la vigencia del *rule of law* tenga consecuencias económicas reales debe haber acuerdo al respecto de todos los actores: ciudadanos, juristas y políticos.

En el siguiente apartado me detendré en un caso de violación del *rule of law* económico en su segunda dimensión, la definida gracias a un trabajo responsable de la razón práctica: el engaño acerca de las estadísticas y sus efectos.

2. La manipulación de los números y su efecto desastroso

Si alguien quiere asegurar su salida laboral, que estudie economía. El porcentaje de ocupación de los economistas es de los más elevados. Pero el problema es que gran parte de ellos están empleados en el sector público y, como ya afirmaba el gran economista inglés Alfred Marshall en 1919, “las influencias políticas en los estudios económicos no son siempre saludables”.¹⁶ Basta pensar en el Instituto Nacional de Estadística y Censos (Indec) (entidad que calcula y publica, entre otros índices económicos, el de la evolución de los precios en Argentina).

El caso de la estadística es especialmente grave. Amartya Sen no quería que se confeccionara un índice de desarrollo humano, pues se daba cuenta de que reflejaría de modo muy burdo los fines tan disímiles que lo componen. Pero lo convenció el argumento expresado por Paul Streeten: “Estos índices son útiles para focalizar la atención y simplificar el problema. Tienen mayor impacto en las mentes y atraen la atención pública más poderosamente que una larga lista de indicadores, combinados con explicaciones cualitativas. Son muy atractivos (*eye-catching*)”.¹⁷ Los números, es verdad, tienen una gran fuerza retórica. Así surgió el influyente índice de desarrollo humano (IDH) que publica desde el año 1990 el Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD).

¹⁵ Disponible en: https://www.mcgill.ca/roled/sites/mcgill.ca/roled/files/mcgill_roled_report_2012.pdf.

¹⁶ Alfred Marshall, *Industry and Trade*, 1919, p. 7. Disponible en: <http://socserv2.mcmaster.ca/econ/ugcm/3ll3/marshall/Industry%26Trade.pdf>.

¹⁷ Paul Streeten, “Human Development: Means and Ends”, *The American Economic Review*, vol. 2, núm. 84, 1994, p. 235.

En efecto, los números generan un gran impacto: los *rankings*, los porcentajes de crecimiento o disminución, los índices, pueden mucho más que cualquier descripción cualitativa de una situación o modificación. Tomás de Aquino se pregunta por qué se acude al cambio cuantitativo para describir un cambio cualitativo, como sucede tanto en la economía. La explicación que ofrece está llena de sentido común: “Así como a partir de las cosas más conocidas llegamos al conocimiento de las que lo son menos, así también a partir de lo más conocido designamos lo que es menos”.¹⁸ Se trata, señala Santo Tomás, de una predicación *per similitudinem* (ad 1). Lo cuantitativo es lo primero que vemos. La limitada condición material del hombre también se demuestra en esto.

Los números son signos convencionales de los conceptos que representan. A su vez, estos conceptos son símbolos de un aspecto contante y sonante de la realidad: su carácter cuantitativo. Por eso, aunque con limitaciones, nos comunican una parte bien tangible de la realidad. Por eso son tan atractivos.

Hay otra razón para preferir los números: el afán humano de controlar lo incierto, lo azaroso de sus asuntos lo lleva a descansar y confiar en los números. El hombre tiene un impulso hacia la exactitud que le permite el control del futuro y lo imprevisto. Las raíces de este intento se hallan descritas ya en los primeros pensadores occidentales. Platón en el *Protágoras* busca encontrar un procedimiento para arribar a una decisión que nos permita salvarnos de la contingencia de la suerte o el azar. Se pregunta: ¿qué ciencia nos salvará de la contingencia impredecible? Contesta: “la ciencia de la medición” (356e).

Además, todos los días tenemos la necesidad de decidir entre fines heterogéneos, que no son conmensurables. ¿Cómo podríamos reducir la elección acerca de fines cualitativamente distintos a un cálculo cuantitativo? Necesitamos hacerlos conmensurables de algún modo. Esto requiere una comparación cualitativa, más una decisión convencional de asignar números al resultado de esa comparación. Los números son homogéneos y prácticos; expresar la realidad en números facilita las decisiones. Como señala Theodore Porter,¹⁹ “los números son el medio a través del cual deseos, necesidades y expectativas disímiles pueden hacerse conmensurables de algún modo”. Alain Desrosières²⁰ también lo expresa muy bien, poniendo el acento en el carácter convencional de las decisiones involucradas en los instrumentos de medición. Siempre es necesario alcanzar un consenso al medir: *convenir et mesurer*. “Postular y construir un espacio de equivalencias que permita la cuantificación y la medición –sostiene–, es al mismo tiempo un acto político y técnico”²¹ que implica, por tanto, el trabajo de la razón práctica. Esas convenciones

¹⁸ *Cuestión disputada sobre las virtudes en general*, a. XI. Cf. también *Suma Teológica* I q.110 a. 2 c y demás pasajes consignados en la nota 17 de pp. 207-8 de la edición de la Cuestión usada: *Cuestión disputada sobre las virtudes en general*, estudio preliminar, traducción y notas de Laura E. Corso de Estrada, Pamplona, Eunsa, 2000. Original, Tomás de Aquino, *De virtutibus in communi* en *Quaestiones Disputatae II*, Turín y Roma, Marietti, 1949 y 1964.

¹⁹ Theodore Porter, *Trust in Numbers*, Princeton, Princeton University Press, 1995, p. 86.

²⁰ Alain Desrosières, *L'argument statistique, I. Pour une sociologie historique de la quantification*, Paris, Presses de l'École des Mines, 2008, p. 10.

²¹ *Ibid.*, p. 13.

son institucionalizadas por estándares, procedimientos, índices y demás instrumentos generados por organismos estatales o privados y ampliamente difundidos. Las medidas así crean opinión pública.

A esta altura quisiera remarcar algunas ideas básicas que surgen de lo anterior: 1) medir es caracterizar una realidad por una propiedad cuantitativa. 2) La validez y el alcance de la medición dependen de la existencia de una relación entre los números y las cosas medidas. 3) Necesitamos las medidas por razones prácticas y psicológicas; es natural que confiemos y nos apoyemos en ellas. 4) El efecto de los números es fantástico: tienen una fuerza retórica fabulosa. 5) Pero la retórica es el arte de persuadir acerca de lo verdadero, la retórica falsa es doblemente disolvente; pero es más grave con números, porque sus características tan favorables se invierten y se potencia el efecto negativo de la mentira. Ya no se puede creer en nada. 6) En cualquier caso, la expresión numérica solo capta un aspecto de la realidad y quedarse solo con este es un reduccionismo. Como señala Jean Ladrière,²² se trata de una abstracción empobrecedora. Los números de las estadísticas esconden realidades complejas que no se muestran a la luz. Martha Nussbaum afirma: “Lo que necesitamos para lograr una ciencia de la medición es un fin único (que difiere solo cuantitativamente): un fin técnico (externo) especificable por adelantado; y presente en todo lo medido de tal modo que pueda ser considerado plausiblemente como la fuente de su valor.”²³ Lo que supone evidentemente una simplificación.

Sin embargo, aun siendo una simplificación, si es verdadera, nos indica algo y puede ser muy útil, si somos conscientes de ello. La situación es grave cuando los números esconden engaños originados en conveniencias políticas. Con mentiras tan gruesas como las económicas se mina la confianza y con ella la unidad social. Como señala Hutchison, en una democracia es indispensable un consenso mínimo acerca de las estadísticas.²⁴

El caso de los índices puede dar origen a muchas distorsiones. Estos se componen de variables heterogéneas. Por ejemplo, se toman las variables confort, potencia del motor y seguridad de un automóvil. Se establece una escala para cada variable con base, por ejemplo, en una encuesta a personas, los caballos de fuerza y una prueba de resistencia a un golpe. Con base en una ponderación igual de las tres variables se determina cuál es el auto del año. Pero es obvio que si esta ponderación cambia o si se toman otras variables, el auto ganador puede ser otro. Está muy poco claro qué representan estos números desnudos, pues estamos sumando cualidades que no son aditivas.²⁵ Pero allí tenemos al auto del año.

Como decía Desrosières, tenemos una convención (las variables elegidas y su ponderación) y después la medida. Lo que era inconmensurable se hace conmensurable

²² Jean Ladrière, *Filosofía de la cibernética*, Buenos Aires, Ediciones del Atlántico, 1958, p. 55.

²³ Martha C. Nussbaum, “The *Protagoras*: A Science of Practical Reasoning”, en Elijah Millgram (ed.), *Varieties of Practical Reasoning*, Cambridge and London, The MIT Press, 2001, p. 179.

²⁴ Terence W. Hutchison, *‘Positive’ Economics and Political Objectives*, Cambridge, Mass, Harvard University Press, 1964, pp. 17-18.

²⁵ Ver M. R. Cohen y E. Nagle, *An Introduction to Logic and Scientific Method*, New York, Harcourt Brace, 1934, p. 296.

al adoptar una unidad convencional para cada variable, al calcular su valor y después sumar una proporción ponderada también convencional de esos resultados. La clave es que haya una ponderación. Pero como dice Mary Morgan, debe ser la ponderación adecuada.²⁶ Lo que no resulta fácil cuando las variables son cualitativamente distintas. Esta medición es útil, pero todos nos damos cuenta de que es muy relativa y que puede dar origen a índices muy engañosos o defectuosos; por supuesto, incompletos. Pienso que esto deja claro cómo los aspectos técnicos están entremezclados con los juicios prácticos: las creencias y los valores afectan las decisiones técnicas. Oskar Morgenstern, después de expresar su preocupación acerca de la adecuación de los datos, considera los problemas técnicos, pero también afirma: “Estamos frente a un problema político y económico”.²⁷

La elección del auto o del deportista del año es una cuestión bastante irrelevante. Sin embargo, cuando se trata, por ejemplo, de medir la pobreza, los precios o el desarrollo resulta enormemente relevante, más aún cuando da origen a decisiones y políticas económicas. Los fines humanos pertenecen a categorías heterogéneas e inconmensurables. Cualquier índice tendrá los problemas del auto del año. Sin embargo, son útiles, más aún, necesarios. Estos fines pertenecen a una escala nominal. Estamos frente a un caso de inconmensurabilidad, pero podemos acudir a una comparación cualitativa prudencial, a la consiguiente definición también prudencial de una ponderación, mediante una decisión (valorativa). Un ejemplo claro es el ya mencionado IDH del PNUD. Este –y otros índices– requiere una previa definición de los conceptos en juego, un descubrimiento o elección de las variables adecuadas, establecer reglas para su combinación (incluida su ponderación), elección de los *measurands* (o modos de medir las variables) y, finalmente, el aspecto técnico, teniendo en cuenta su impacto sobre todo lo anterior. Supone mucho cuidado para fundamentar las decisiones convencionales de modo que se acerquen lo más posible a la realidad. Un verdadero trabajo para la razón práctica.

Los últimos gobiernos de mi país (Argentina) han hecho mucho por destruir la cohesión social: por ejemplo, sembrando la agresividad, permitiendo el delito, la droga y el juego. Pero el ultraje al número ha sido un golpe fatal. Cuando, con el paso del tiempo, se pueda reflexionar retrospectiva y serenamente, se podrá apreciar la herida seria que han infligido a las personas y a la sociedad: así pasarán a la historia. El engaño respecto al índice de precios en particular, además, permite emitir dinero con fines políticos y

²⁶ Ella explica: “Los números índice se conciben como instrumentos de medición basados en la estrategia de agregar cada elemento individual de modo que se les pueda asignar la debida ponderación en el todo. Esta estrategia de ‘promedios ponderados’ provee una solución a un problema general de la economía, es decir, que muchos conceptos se refieren a agregados de cosas que pueden ser consideradas homogéneas en la dimensión de precios o valor monetario, pero que no son homogéneas en otras dimensiones” (Mary Morgan, “Making Measuring Instruments”, en Judy L. Klein y Mary S. Morgan (eds.), *The Age of Economic Measurement*, Hope Annual Supplement, 2001, p. 240).

²⁷ Oskar Morgenstern, *On the Accuracy of Economic Observations*, 2nd. completely revised, Princeton, Princeton University Press, 1963, p. 192.

cobrar el impuesto inflacionario, que es el más regresivo, sin declararlo. No se trata, en fin, de un engaño menor, sino muy grave, de un carácter sumamente injusto.

3. Palabras finales

La estabilidad y el crecimiento económicos dependen en gran medida de la estabilidad y el respeto de las reglas de juego. Muy en particular, para comenzar, de los contenidos del Estado de derecho. En este trabajo he argumentado por qué esto es así, he descrito el papel de la razón práctica en la determinación de esas reglas y he expuesto un caso concreto, el de la manipulación de las estadísticas económicas, para mostrar sus efectos negativos. Se impone recuperar el respeto por el Estado de derecho, también por motivos de justicia y eficacia económica.

Bibliografía

- DESROSIÈRES, Alain, *L'argument statistique, I. Pour une sociologie historique de la quantification*, Paris, Presses de l'École des mines, 2008.
- FINNIS, John M., *Natural Law and Natural Rights*, Oxford, Clarendon Press, 1984.
- FRIEDMAN, Milton, *Essays in Positive Economics*, Chicago, Chicago University Press, 1953.
- HAUSMAN, Daniel M. y Michael S. MCPHERSON, *Economic Analysis and Moral Philosophy*, Cambridge, Cambridge University Press, 1996.
- HUTCHISON, Terence W., *'Positive' Economics and Political Objectives*, Cambridge, Mass., Harvard University Press, 1964.
- LADRIÈRE, Jean, *Filosofía de la cibernética*, Buenos Aires, Ediciones del Atlántico, 1958.
- LEWIS, Paul, "Notions of Order and Process in Hayek, the Significance of Emergence", *Cambridge Journal of Economics* (en prensa).
- MARSHALL, Alfred, *Industry and Trade*, 1919. Disponible en: <http://socserv2.mcmaster.ca/econ/ugcm/3ll3/marshall/Industry%26Trade.pdf>.
- MORGAN, Mary, "Making Measuring Instruments", en Judy L. KLEIN y Mary S. MORGAN (eds.), *The Age of Economic Measurement*, Hope Annual Supplement, 2001.
- MORGENSTERN, Oskar, *On the Accuracy of Economic Observations*, 2nd. completely revised, Princeton, Princeton University Press, 1963.
- MYRDAL, Gunnar, *Values in Social Theory: A Selection of Essays on Methodology*, London, Routledge & Kegan Paul, 1958.
- NAÍM, Moisés, *Paper Tigers and Minotaurs: The Politics of Venezuela's Economic Reforms*, Washington, The Carnegie Endowment, 1993.
- _____, "Latin America The Second Stage of Reform", *Journal of Democracy*, vol. 4, núm. 5, 1994.
- NUSSBAUM, Martha C. "The Protagoras: A Science of Practical Reasoning", en Elijah MILLGRAM (ed.), *Varieties of Practical Reasoning*, Cambridge and London, The MIT Press, 2001.

- PORTER, Theodore, *Trust in Numbers*, Princeton, Princeton University Press, 1995.
- PUTNAM, Hilary, *The Collapse of the Fact/Value Dichotomy and Other Essays*, Cambridge, Mass., Cambridge, Harvard University Press, 2004.
- STRAUSS, Leo, *What is Political Philosophy?*, Illinois, The Free Press, 1959.
- STREETEN, Paul, "Human Development: Means and Ends", *The American Economic Review*, vol. 2, núm. 84, 1994.
- TAYLOR, Charles, *Philosophy and the Human Sciences. Philosophical Papers 2*, Cambridge, Cambridge University Press, 1985.
- VON HAYEK, Friedrich A., "Socialismo y ciencia", en *Nuevos estudios en filosofía, política, economía e historia de las ideas*, Buenos Aires, Eudeba, 1981.
- _____, *Derecho, legislación y libertad*, Madrid, Unión Editorial, 1982.

Fernando Hoffmam* (Brasil)
José Luís Bolzan de Moraes**
Jânia Maria Lopes Saldanha***

Do processualismo mercadológico-hipermoderno ao sistema de justiça mundial dos direitos humanos

“O trabalho fronteiro da cultura exige um encontro com “o novo” que não seja parte do continuum de passado e presente. Ele cria a ideia do novo como ato insurgente de tradução cultural. Essa arte não apenas retoma o passado como causa social ou precedente estético; ela renova o passado, refigurando-o como um “entre-lugar” contingente, que inova e interrompe a atuação do presente. O “passado-presente” torna-se parte da necessidade, e não da nostalgia, de viver”.

HOMI K. BHABHA, *O local da cultura.*

RESUMO

O presente trabalho tem como escopo, a partir da experiência brasileira, desvelar as influências do modelo econômico neoliberal no Direito, bem como no espaço processo-

* Mestrando em Direito Público pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS), Bolsista PROSUP/CAPES, Membro dos Grupos de Pesquisa Teoria Crítica do Processo e Delmas-Marty: Internacionalização do Direito e Emergência de Um Direito Mundial, vinculados à UNISINOS e ao CNPQ, Especialista em Direito: Temas Emergentes Em Novas Tecnologias Informacionais pelo Centro Universitário Franciscano (UNIFRA). ferdhoffa@yahoo.com.br.

** Pós-Doutor em Direito Constitucional pela Universidade de Coimbra, Doutor em Direito do Estado pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC) e pela Université de Montpellier I, Mestre em Ciências Jurídicas pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC-RJ). Professor da Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS) e Procurador do Estado do Rio Grande do Sul. bolzan@hotmail.com.

*** Doutora em Direito Público pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS), Professora do Programa de Pós-Graduação – Mestrado – e do Curso de Direito da Universidade Federal de Santa Maria (UFSM). Advogada. janiasaldanha@gmail.com.

-jurisdicional. Dessa forma, a partir das interferências econômicas no direito, apontar para a construção de um processualismo hipermoderno neoliberal e acelerado que desautonomiza o Direito. No entanto, no caminho a percorrer, os rearranjos político-jurídico-sociais apontam para uma nova ordem global-mundial-universal de diálogo que deita suas raízes também sobre as práticas processo-jurisdicionais. Estas mutações propiciam o nascimento de um sistema de justiça mundial dos direitos humanos enquanto esfera jurídico-decisória.

Palavras-chave: Processualismo hipermoderno. Diálogos culturais. Sistema de justiça mundial. Direitos humanos.

ZUSAMMENFASSUNG

Der vorliegende Beitrag beabsichtigt, anhand der brasilianischen Erfahrungen den Einfluss des neoliberalen Wirtschaftsmodells auf das Recht im Allgemeinen sowie auf das Prozessrecht und die Rechtstheorie zu verdeutlichen. Angesichts der wirtschaftlichen Interferenzen mit dem Recht trägt dieser Einfluss zur Entwicklung eines hypermodernen, beschleunigten neoliberalen Prozessrechts bei, das die Autonomie des Rechts einschränkt. Die Umgestaltungen in Politik, Recht und Gesellschaft deuten jedoch gleichzeitig auf eine neue international, weltweit und universell gültige Dialog-Ordnung hin, die sich auf die prozess- und materiellrechtliche Praxis gründet. Diese Veränderungen tragen zur Ausbildung eines Systems der weltweiten Menschenrechtsjustiz als einer Sphäre mit gerichtlicher Entscheidungskompetenz bei.

Schlagwörter: Hypermodernes Prozessrecht, Dialog zwischen den Kulturen, weltweites Justizsystem, Menschenrechte.

ABSTRACT

Based on the Brazilian case, this paper will reveal the influences of the economical neoliberal model on the Law, as well as on the procedural law and the theories of jurisdiction. In this sense, departing from the economical interferences on Law, we aim at constructing a hypermodern and neoliberal model of procedural law that weakens the autonomy of (the rule of) Law. However, we can (and must) argue that the political-juridical-social conjectures point also to a new global-world-universal order of dialogue that founds itself on the procedural-jurisdictional practices. These mutations make possible the creation of a world justice system of Human Rights as a juridical-decisory sphere.

Keywords: Hypermodern Procedural Law, Cultural Dialogues, World Justice System, Human Rights.

1. Introdução

A contemporaneidade surge marcada como uma época de atropelos e desalentos, onde as estruturas construídas sob os auspícios da modernidade encontram-se num processo de ruína histórico-conceitual. Nesse processo de modificações extremas e

profundas no já instituído, transborda complexidade, sendo marca do nosso tempo a contingência. Nesse meio de turbulentas mudanças, não ficam imunes as instituições político-sociais e, óbvio, não fica imune o Direito. Nesse passo, o Direito como instituição social – histórico-temporal – que institui e é instituída no âmbito da sociedade encontra-se desafiado por um sem-fim de questões colocadas à sua frente.

Nesse passo, constrói-se um modelo processo-jurisdicional de correspondência aos novos anseios sociais e à nova complexidade que conflui para o espaço jurisdicional contemporâneo. Surge, assim, um direito processual ordenado pela lógica mercadológica-neoliberal, onde as características da modernidade – liberalismo, individualismo, capitalismo de trocas, economia de mercado, etc. – não são abandonadas, mas potencializadas – neoliberalismo, hiperindividualismo, capitalismo de produtividade, economia de fluxo, etc. –. Assim, a economia toma de assalto o espaço de autonomia do jurídico, que, provocado ainda pelas velocidades aceleradas da sociabilidade contemporânea, orientadas por uma lógica de aceleração tempo-social, desassossega ainda mais o sistema jurídico. Gera-se, assim, um espaço-tempo processual envolto na lógica do mercado e preocupado com eficiência e produtividade, e acelerado processo-socialmente, que remete a jurisdicionalidade à constituição de uma justiça de fluxo (Parte 1).

Porém, os processos de contato cultural intensificam a troca de experiências, e essas instâncias de troca – tanto de práticas, quanto de conhecimentos – atingem o ambiente jurídico e, sobretudo, o ambiente jurisdicional. Nesse sentido, remete-se a uma nova cultura processo-jurisdicional, bem como a um compartilhamento de práticas, decisões e contextos sociais globais-universais –, o que possibilita um espaço-tempo processo-jurisdicional de diálogo, tanto de jurisdicionalidades quanto de constitucionalidades, e, até mesmo, de convencionalidades, podendo chegar-se a uma cultura decisória universalmente compartilhada (Parte 2).

Essa zona multifacetada de diálogo jurisdicional-constitucional-convencional possibilita a construção de um meio de contato jurídico-decisório orientado, não mais na lógica de um processualismo restrito aos ambientes estatais de concretização de direitos, mas orientado pela ordem institucional mundial(izada) construtora de um sistema de justiça mundialmente compartilhado. Esse novo plano jurisdicional deve orientar-se pela proteção, concretização e garantia dos direitos humanos enquanto direitos da humanidade que, inseridos nessa nova sistematicidade processo-jurisdicional, dão-lhe ar de universalidade e compreendem-se num âmbito protetivo-significativo universal(izado) (Parte 3).

2. Do procesualismo hipermoderno: neoliberalismo e aceleração social (processual)

O mundo se globaliz(ou)a, a sociedade se acelera e estamos “assim na terra” – Luiz Sergio Metz – desterrados, experimentando uma vida do “não”: vive-se em não-lugares – Marc Augé –, orbita-se um não-tempo, divide-se um não-espaço capitalista

de entredeveramento social; pode-se dizer que se vivencia uma “não-modernidade”. Um tempo de desassossego e assujeitamento dos sujeitos jurídico-sociais ao mercado e à aceleração social que desinstitucionaliza a sociabilidade enquanto espaço-tempo substancial.

E o Direito Processual, bem como a jurisdição, como se encontram nesse contexto? O que esperar das instituições jurídicas – processo e jurisdição – em meio a um não-estar no mundo? Estão também processo e jurisdição desterrados, destemporalizados, lançados ao entredeveramento capitalista, obedecendo à lógica do mercado? Devem, processo e jurisdição, acelerar-se?

Ao que parece, o ambiente processo-jurisdicional não ficou imune a estas modificações oriundas do tecido vivo social, inserindo-se em um quadro hipermoderno¹ de aceleração, onde, a partir das bases solidas da modernidade e da manutenção de alguns de seus cânones – mesmo que com uma nova roupagem –, torna-se hiperprocesso e, por consequência, produz uma hiperjurisdição, acelerando-se a partir da lógica neoliberal e da aceleração social.

Ainda sob o signo do racionalismo moderno, o processo-jurisdicional engloba à sua já deficiente racionalidade – face à complexidade da sociedade contemporânea (marcada pelo apego ao positivismo, à técnica e ao paradigma da filosofia da consciência) –, os parâmetros economicistas, sobremodo assentados na concepção neoliberal de o que seria um processo eficiente para o mercado. Solidariza-se, ainda, com a ode por velocidade e ritmo consumerista emprestado aos espaços sociais contemporâneos pela sociedade de consumo consumidora da própria espacialidade social-substancial(izadora).

Nestes termos, um processo/jurisdição eficiente para o mercado deve possibilitar uma célere, segura e duradoura decisão. Nesse viés se desenvolve um paradigma processo-temporal calcado na velocidade e nas certezas da decisão, quanto ao que foi decidido e quanto ao modo como se decide.² A estabilidade do sistema jurídico deve

¹ Este termo é utilizado no presente trabalho inserido na concepção que Gilles Lipovetsky lhe empresta, o que, para uma melhor compreensão, deve ser tratado na lógica da compreensão lipovetskiana da pós-modernidade. Para o autor, a designação pós-modernidade tinha o mérito de indicar uma mudança de rumos nos caminhos da modernidade a partir da rápida expansão do consumo e da comunicação de massa, exacerbação do individualismo, consagração do hedonismo, etc.. No entanto, tratava-se também de uma expressão ambígua, porque não designava um período de mera superação da modernidade, mas de continuação daquela anterior. Assim, gera-se um natural esgotamento do termo pós-modernidade – da pós-modernidade enquanto ambiente social – a partir da potencialização de algumas características da modernidade. Consubstancia-se a terminologia hipermodernidade para designar uma época de hipercapitalismo, hiperclasse, hiperterrorismo, hiperindividualismo, etc.. (Gilles Lipovetski, Sebastian Charles, *Os tempos hipermodernos*, Trad. Mário Vilela, São Paulo, Barcarolla, 2004, p. 50-53). No momento atual, a pós-modernidade é parasítica da modernidade, para, ao sugar seus nutrientes, transformar-se em hipermoderna-acelerada, ditada pelas leis do mercado – neoliberal – e enquadrada na sociedade acelerada de fluxo e “qualificação” quantitativa das coisas do mundo.

² Aqui se nota um paradoxo quanto aos desejos mercadológico-neoliberais, pois ao mesmo tempo que o “deus mercado” deseja a construção de uma decisão duradoura, pois segura para os desenvolvimentos e práticas do mercado, deseja também a segurança de que essa decisão possa ser

estar a favor da estabilidade do sistema financeiro, propiciando o seu amplo e seguro desenvolvimento. Há uma clara tendência à funcionalização do processo, bem como à padronização da decisão. Mas quando se fala em decisão, fala-se em uma decisão adstrita às lógicas do mercado e, logo, efêmera, pragmática e eficiente. Constrói-se uma prática jurídico-processo-decisória significativamente deficiente, entre um sujeito deficitário de mundo apegado à filosofia da consciência e um sujeito pragmático-economicista que é aprisionado em um mundo sem mundaneidade.³

A processualidade atual é funcionalizada instrumentalmente e colocada a serviço do mercado; abandona-se a preocupação com a substancialidade do(s) direito(s) em detrimento de metajuridicidades exteriores à zona jurídico-autônoma garantidora desse(s) mesmo(s) direito(s). O Direito e, ademais, o processo são colocados sob a égide de uma instrumentalidade pragmático-economicista, bem como sob os desideratos da política, de maneira a atender aos donos do poder – econômico.⁴

Nesse passo, ganham importante papel instituições paraestatais de fomento econômico, como o Banco Mundial, o Fundo Monetário Internacional – FMI –, etc.. Tais instituições passam a interferir diretamente no funcionamento das estruturas estatais. Para o presente trabalho, será analisado com mais profundidade o papel do Banco Mundial na reorganização do sistema jurídico-processual brasileiro e o que se pretende do processo civil inserido na ótica neoliberal. Desenvolvem-se programas de ajustamento estrutural no âmbito político-jurídico-administrativo. Os estados vêem, assim, limitado o seu poder de agir em favor das garantias constitucionais estatais, pois estão adstritos às “sugestões” dos órgãos paraestatais de fomento econômico. Tais sugestões indicam a necessidade de construção de uma administração pública ativa e pragmática, movida pelo ideal de eficiência.⁵

O Documento Técnico 319 S de 1996 recomenda um remodelamento da estrutura e do agir judiciário dos países latino-americanos e do Caribe. As “recomendações” indicam a necessária construção de um judiciário que decida previsivelmente, ordenado pela eficiência – do ponto de vista empresarial-economicista –, que proteja a propriedade privada e faça valer os contratos. Nesse caminhar, eficiência guarda o significado

modificada, quando e desde que necessário, para obedecer – seguir obedecendo – aos desígnios da ordem mercadológica neoliberal. Cumpre registrar ainda que a expressão “deus mercado” acima utilizada está ligada à obra de Dany-Robert Dufour. Para tanto, consultar: Dany-Robert Dufour, *O divino mercado: a revolução cultural liberal*, trad. Procópio Abreu, Rio de Janeiro, Companhia de Freud, 2008.

³ Alexandre Morais Da Rosa, “O hiato entre hermenêutica filosófica e a decisão judicial”, em Lenio Luiz Streck; Ernildo Stein, (Org), *Hermenêutica e epistemologia: 50 anos de verdade e método*, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2011, p. 127-132.

⁴ Dierle José Coelho Nunes, *Processo jurisdicional democrático: uma análise crítica das reformas processuais*, Curitiba, Juruá, 2009, p. 142-145.

⁵ Jacques Chevallier, *O Estado pós-moderno*, Trad. Marçal Justen Filho, Belo Horizonte, Fórum, 2009, p. 43-44.

de velocidade, baixo custo e resposta/decisão segura; a prestação jurisdicional deve ser rápida e segura, atendendo ao movimento também acelerado do mercado.⁶

Há um adestramento do Direito e da processualidade jurisdicional pelas práticas mercadológicas; o Direito e sua autonomia ficam subsumidos às vontades do mercado, que dita as regras jurídicas nacionais e internacionais. Criam-se espaços de verdadeira anomia jurídica, onde o processo jurisdicional fica esvaziado na sua função concretizadora de direitos. Decompõem-se os sistemas jurídicos em detrimento do sistema econômico mundial e constitui-se um verdadeiro mercado da(s) lei(s) – do(s) direito(s) – imersos em uma lógica de mutações para melhor atender aos fluxos do capitalismo financeiro.⁷

Os problemas da nova ordem econômica neoliberal demandam solução rápida e segura, e, assim sendo, encontram um entrave nas garantias processuais-constitucionais – devido processo legal, contraditório, ampla defesa, razoável duração do processo –, aqui não sob uma perspectiva *standartizada* –, etc. – o que vem ocasionar solavancos ao natural andamento do mercado. Assim, ao tratar-se de processo – civil –, tem-se como mirada aumentar a capacidade de produção – processo/procedimental-decisória – mediante a otimização dos recursos disponíveis ao judiciário. Desse modo, utilizando-se de técnicas econômico-empresariais inovadoras no âmbito da administração da Justiça⁸ – enquanto poder.⁹

Nesse cenário, a prática processo-decisória em *terrae brasilis* se consolida como efetivo meio de promoção do mercado e não do(s) direitos(s). Gera-se um processo de desautonomização do jurídico face ao econômico, passando o processo – o *modus* interpretativo-compreensivo-decisório – a ser instrumento de produção mercadológico. Cria-se uma verdadeira linha de montagem decisória, mas não sob o modelo fordista – o que poderia ser não tão ruim – mas sob o modelo produtivista do capitalismo de fluxo.¹⁰

⁶ Jânia Maria Lopes Saldanha, “A jurisdição partida ao meio: a (in)visível tensão entre eficiência e efetividade”, em Lenio Luiz Streck; José Luis Bolzan De Moraes, (Org) *Constituição, sistemas sociais e hermenêutica* – n. 6, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2010, p. 75-100.

⁷ Mireille Delmas-Marty, *Três desafios para um Direito Mundial*, Trad. Fauzi Hassan Choukr, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2003, p. 15-17.

⁸ Essas práticas no que tange à administração da justiça devem ser inseridas no âmbito de um espectro maior de modificações que se dá desde a administração pública como um todo. Tais alterações acontecem a partir da penetração do tema da eficácia na esfera pública. Insere-se a administração pública na lógica produtivista da empresa privada; ambas estariam expostas ao mesmo tipo de contingências, tais como: amplitude e rapidez das evoluções tecnológicas, necessidade de aumento da produtividade para otimizar os recursos disponíveis, exigências maiores da clientela – note-se a mutação do sujeito de direitos em consumidor face ao Estado –, concorrência mais agressiva, etc. Inaugura-se uma nova etapa no gerenciamento público, dirigida a um aumento permanente de produtividade, com menor esforço-custo. É a administração pública e, por consequência judiciária, adentrando a era da economia de mercado e do produtivismo (Jacques Chevallier, *O Estado pós-moderno*, Trad. Marçal Justen Filho, Belo Horizonte, Fórum, 2009, p. 84-85).

⁹ Alexandre Moraes Da Rosa; José Manuel Aroso Linhares, *Diálogos com a Law & Economics*, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2011, p. 66.

¹⁰ Alexandre Moraes Da Rosa; Julio Cesar Marcelino Júnior, “O (re)pensar da crise jurisdicional diante do engodo eficientista: o direito e a economia em discussão”, em Fabiana Marion Sperngler;

O humano encontra-se reduzido a um dado do sistema capitalista global, a humanidade perdeu a sua substancialidade travestida de mercadoria; não há lugar para práticas humanitárias de convívio e sociabilidade, não há concepção humana da existencialidade subjetiva do ser humano. A economicização dos meios sociais transmutou os vínculos sociais em vínculos mercadológico-financeiros; as mercadorias estão postas à disposição, sejam elas os próprios seres humanos ou os direitos por eles dispostos; o ser humano é tratado como uma simples unidade de cálculo – do custo dos direitos (in)humanos.¹¹

Essa lógica desumanizadora esta inserida na aceleração dos fluxos e influxos sociais na atualidade. A este sujeito de prazer e interesse, homem capitalista – de um novo capitalismo – neoliberal, não é permitido parar, desacelerar. “O capitalista não pode parar e descansar, deter a corrida e assegurar a sua posição; isto, porque ou sobe ou desce – no mercado, no projeto de vida –; não ponto de equilíbrio, porque permanecer parado é equivalente a ser ultrapassado”¹². Assim, surge uma nova ideia de vida plena comandada pelo mercado – não só de bens, mas de possibilidades de vivência mundano-social. O ideal de vida plena construído pela sociedade contemporânea, enquanto poder – ter capacidade – de aproveitar todas as possibilidades oferecidas pela constante evolução técnico-científica, gera uma aceleração das praticas sociais cotidianas. Portanto, para tentar abarcar, se não todo, o maior numero de possibilidades oferecidas, os sujeitos sociais aceleram-se na busca por estas possibilidades. No entanto, esta aceleração gera um aumento das possibilidades de se alcançar o ideal de vida plena.¹³

Mas este ideal de vida plena muda a todo o momento, pois os inúmeros projetos de vida oferecem-se ao homem de maneira veloz, apresentando-nos um “homem instantâneo”, que vive uma vida precari(zada)a. A queda na taxa de confiabilidade/certeza nas expectativas – ou de que tais expectativas vão se confirmar – gera uma ampliação dos horizontes de tensionamento social. A incerteza provoca um aumento na conflituosidade a partir de que, se não é possível prever claramente a concretização do “projeto de vida”, busca-se a sua consolidação de forma turbulenta, acelerada, caótica, através de quebras e rupturas sócio-temporais.

A textura social contemporânea é composta por escolhas e abandonos recíprocos e constantes; não há mais uma condição de manutenção da vida, mas uma procura incessante por uma nova vida, por novos projetos. Os tensionamentos cotidianos da escolha alastram-se por todos os campos da comunidade humana; escolhe-se na saúde – o tratamento médico –, no amor, no trabalho, na beleza, e as possibilidades de escolha são quase inesgotáveis, pois renováveis a cada momento. “As pessoas nunca conseguem

Paulo De Tarso Brandão (Org), *Os (des)caminhos da jurisdição*, Florianópolis, Conceito, 2009, p. 43-63.

¹¹ Alain Supiot, “Prólogo”, in *Homo Juridicus: ensaio sobre a função antropológica do direito*, Trad. Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão, São Paulo, Martins Fontes, 2007, p. XI.

¹² Hartmut Rosa, “Aceleración Social: consecuencias éticas y políticas de una sociedad de alta velocidad desincronizada”, em: *Revista Persona y Sociedad*, Santiago, Vol. XXV, N° 1, p. 9-49, 2011.

¹³ Zygmunt Bauman. *Vida para o consumo: a transformação das pessoas em mercadoria*, Trad. Carlos Alberto Medeiros, Rio de Janeiro, Jorge Zahar, 2008, p. 13-16.

relaxar e desfrutar o que já conquistaram. A todo o momento têm de estar alertas para a próxima grande oportunidade”.¹⁴

Isto implica em uma nova percepção sobre o tempo e sua passagem, onde o presente fica reduzido ao instantâneo, à instantaneidade. O passado passa rápido demais e o futuro chega logo, comprimindo o presente entre o ontem e o amanhã. O presente torna-se uma “temporalidade” efêmera, reduzida à precariedade da existência humana, cada vez mais incerta e acelerada.¹⁵ Esta situação desassossega o ser humano, gerando uma série de descontentamentos, dissabores e insatisfações, que podem gerar – e geram – consequências na esfera jurídica.

Logo, este complexo quadro de alteração das estruturas político-econômico-sociais produz um quadro de desestruturação e reestruturação do jurídico. Porém, o rearranjo das estruturas jurídicas se dá sob o prisma da face neoliberal globalizante e totalizadora dos *locus* jurídico-sociais. O aumento da chamada jurisdição empresta aos sujeitos jurídico-sociais uma “falsa” impressão de que o processo e a jurisdição necessitam acelerar-se a qualquer preço.

Nesse contexto, desenvolve-se uma ode à eficiência, alçada à condição de meta-valor supremo a ser alcançado pelo Poder Judiciário em processo. A preocupação da hora – ou da moda – é com o tempo de duração dos processos e com a sua necessária redução em termos de lapso temporal e de quantidade material. Desse modo, constrói-se no sistema processual brasileiro um aparato agigantado para a redução do espaço-tempo processual, seja qual for o caso. O que importa é que o processo deve andar mais rápido, não levando-se em conta o(s) direito(s) que está/estão em jogo.¹⁶

Edifica-se uma compreensão de efetividade eficientista, no sentido de que a eficiência mercadológico-neoliberal deve ser efetiva na conformação da racionalidade jurídica, bem como da prática processo jurisdicional, com a racionalidade econômico-pragmático-tecnicista. A efetividade do sistema – efetividade sistêmico-econômico – deve se sobrepor à efetividade da Constituição – efetividade substantivo-constitucional.¹⁷ Institui-se uma processualidade e um processualismo banhado no caldo de cultura da sociedade de consumo e que, assim sendo, passa a consumir – tanto no sentido de consumir um produto quanto no sentido de consumi-lo estruturalmente enquanto instituição político-social – também o Direito. Erige-se um paradigma de banalização

¹⁴ Barry Schwartz, *O paradoxo da escolha: por que mais é menos*. Trad. Fernando Santos, São Paulo, A Girafa, 2007, p. 47-57.

¹⁵ Hartmut Rosa, “Aceleración Social: consecuencias éticas y políticas de una sociedad de alta velocidad desincronizada”, em *Revista Persona y Sociedad*, Santiago, Vol. XXV, N° 1, p. 9-49, 2011.

¹⁶ Alexandre Morais Da Rosa, “O hiato entre hermenêutica filosófica e a decisão judicial”, em Lenio Luiz Streck; Ernildo Stein (Org), *Hermenêutica e epistemologia: 50 anos de verdade e método*, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2011, p. 127-132.

¹⁷ Alexandre Morais Da Rosa; Marcelino Júnior, Julio Cesar Marcelino Júnior, “O (re)pensar da crise jurisdicional diante do engodo eficientista: o direito e a economia em discussão”, em Fabiana Marion Spengler; Paulo De Tarso Brandão (Org), *Os (des)caminhos da jurisdição*, Florianópolis, Conceito, 2009, p. 43-63.

da jurisdicionalidade atrelada á infantilização do ser humano, desubstancializado enquanto sujeito jurídico-social e, transformado em sujeito-consumidor – e consumido.¹⁸

Um processualismo de/dos desejos exsurge na prática jurídica brasileira; um processualismo caracterizado pela lógica da construção de um sentido comum de apatia e novidade, um sentido de busca pelos sentidos nas coisas – nos objetos do mercado – e não das coisas *per se*. A partir do sujeito consumidor, produz-se um processo-jurisdicional mercantilizado e calcado na produção rápida e desresponsabilizada de verdades – as verdades do mercado, da sociedade de consumo. A sociedade de consumo funda um Direito de consumo para o consumo acelerado dos sujeitos jurídico-(a)sociais neutralizados em seus desejos humano-existenciais.¹⁹

Este é um modelo processual que vilipendia direitos e instrumentaliza pragmático-tecnicamente a Constituição, desaloja a principiologia substantivo-constitucional e consolida os princípios do mercado, quais sejam: eficiência, produtividade e fluxo. A função primordial do processo jurisdicional enquanto garantidor da materialidade constitucional e da proteção e concretização dos direitos humano-fundamentais se vê profanada pela racionalidade pragmático-economicista do neoliberalismo.²⁰

Nesse passo, os processos de globalização, mundialização e universalização, no que tange à economia, ao Direito e às práticas sociais, provoca um rearranjo na esfera do agir em processo. O diálogo jurisdicional – interestatal, transnacional, regional, etc – passa a ser uma realidade a exigir um novo parâmetro processo-jurisdicional, um novo espaço processo-constitucional e uma racionalidade decisória universal. É o que segue.

3. Diálogos jurisdicionais e culturalidade decisória universal

Dessa forma, desenha-se uma nova arquitetura para os sistemas jurídicos nacionais face aos processos universalizantes impingidos pelo neoliberalismo. Globalização, mundialização e universalização²¹ das práticas jurídico-político-econômico-sociais

¹⁸ Jânia Maria Lopes Saldanha; Ângela Araújo Da Silveira Espíndola; Sadi Flores Machado, “Combater vícios e incorporar virtudes: o papel do processo num cenário de mutações”, em Fabiana Marion Sperngler; Paulo De Tarso Brandão (Org), *Os (des)caminhos da jurisdição*, Florianópolis, Conceito, 2009, p. 115-142.

¹⁹ Zygmunt Bauman, *Vida para o consumo: a transformação das pessoas em mercadoria*, Trad. Carlos Alberto Medeiros, Rio de Janeiro, Jorge Zahar, 2008, p. 41.

²⁰ Dierle José Coelho Nunes, *Processo jurisdicional democrático: uma análise crítica das reformas processuais*, Curitiba, Juruá, 2009, p. 147-150.

²¹ Para explicar o significado destas terminologias, Delmas-Marty se utiliza das conceituações, fazendo o seguinte constructo: para a autora, “a mundialização remete à difusão espacial de um produto, de uma técnica ou de uma ideia” enquanto que a universalidade – universalização – traz consigo a intenção de um compartilhar de sentidos. Desta forma, ao tratar-se da globalização econômica trata-se de uma difusão espacial em escala global que, por não se dar de forma plural-comunitária, corre o risco de se tornar uma mundialização hegemônica, compactuada com os ideários do mercado neoliberal. De outra banda, os Direitos Humanos carregam em si um sentido

desestruturam a ordem posta mundialmente pela modernidade. Faz-se necessária a construção de novos *locus* processo-jurisdicionais agora, dinamizados por esses novos processos de construção de subjetividades.

As constatações empreendidas clareiam a importância das instâncias jurídicas processo-jurisdicionais no cenário de desordenação imposto ao sistema político-jurídico mundial pela força do mercado e no bojo da construção paradigmática neoliberal. Ora, se os limites dos Estados são desfeitos pelas práticas hegemônicas de produção de sentidos, o processo-jurisdicional, antes ligado territorialmente à soberania estatal, coloca-se à procura de um novo sentido para a produção de respostas, agora em escala global/mundial. No cenário estatal desvelado pelo neoconstitucionalismo²², as jurisdici-

– de universalidade –, o que os faz serem tratados sob a ótica da universalização, compartilhando uma linguagem comum e uma vocação universal (Mireille Delmas-Marty, *Três desafios para um Direito Mundial*. Trad. Fauzi Hassan Choukr, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2003, p. 8-9).

²² Esta expressão tem sido alvo de muitas definições e, também, de muitas críticas. Ferrajoli, ao defender o “constitucionalismo juspositivista, normativo ou garantista” o contrapõe ao “constitucionalismo jusnaturalista, argumentativo ou principialista” – este associado ao neoconstitucionalismo. A crítica lançada se funda na discordância com as três principais características do neoconstitucionalismo: a) ataque ao positivismo jurídico e à tese da separação entre direito e moral; b) papel central dado à argumentação e à ponderação em face da separação entre regra e princípio; c) concepção do direito como uma prática jurídica confiada especialmente à atividade dos juízes. Mas é fato ter o neoconstitucionalismo dado sua contribuição, malgrado seja uma das importantes fontes que nutriu a conformação do ativismo judiciário. Nesse sentido, Luigi Ferrajoli e Lenio Streck afirmam ter o neoconstitucionalismo representado a superação no plano teórico-interpretativo do “paleo-juspositivismo” – expressão criada pelo primeiro –, na medida em que se coloca como antiformalista com base nas teorias da escola do direito livre, da jurisprudência de interesses e da jurisprudência de valores. Contudo, por acreditar estar na ponderação a racionalidade hábil a dar solução aos casos concretos, o neoconstitucionalismo se mantém refém da filosofia da consciência e da relação sujeito/objeto, superada pela hermenêutica filosófica. Daí que a ponderação para Ferrajoli gere “perigo para a independência da jurisdição e para sua legitimação política”, e para Lenio Streck a ponderação, entre outras falhas, seja a responsável por conduzir “à formação de uma regra – que será aplicada ao caso por subsunção –, algo que os tribunais brasileiros passaram a utilizar como conceito performático, como um álibi teórico que, à toda evidência, nutre de forma primorosa a discricionariedade e, por consequência, o ativismo. Justamente nesse ponto é que Ferrajoli e Streck tomam caminhos diversos, uma vez que o primeiro reconhece que espaços de discricionariedade na jurisdição são “inegáveis” – algo peremptoriamente rechaçado pelo segundo ao afirmar que ela deve ser entendida como a “delegação em favor de um poder que não tem legitimidade para se substituir ao legislador”, o que torna a fronteira entre discricionariedade e arbitrariedade algo muito tênue, amiúde inexistente. A partir de tal discussão, Lenio Streck em textos recentes vem rechaçando o uso do termo neoconstitucionalismo devido a sua degradação significativa. Para o autor, no Brasil o uso desse significante por parte da doutrina lhe deturpou o significado, o que fez com que sob o manto neoconstitucional tenham ficado encobertas práticas em verdade neopositivistas – ou, quem sabe, melhor dizendo, “ainda positivistas”. Assim, em terras brasileiras o neoconstitucionalismo sofre de patologias que o colocam à mercê da vontade – consciência – do intérprete, pois se trata de direito interpretativo-compreensivo, aplicativamente baseado na ponderação, que fomenta um ativismo judicial discricionário-decisionista que busca concretizar a Constituição ao arripio dela própria e a ilusória constitucionalização do ordenamento jurídico a partir de conceitualismos, funcionalizantes do direito. (Luigi Ferrajoli, “Constitucionalismo principialista e constitucionalismo garantista”, em Lenio Luiz Streck; André Karan Trindade (Org.), *Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucional-*

ções constitucionais – constitucionalizadas²³ – ganham lugar de destaque na esfera de concretização e proteção dos Direitos Humanos. Logo, com a sobreposição do mercado sobre o Estado-nação e a ordem constitucional pátria, uma problemática nova surge em torno da capacidade substantiva da jurisdição constitucionalizada na implementação dos direitos previstos e garantidos constitucionalmente.²⁴

Pairam novas – novíssimas – incertezas sobre a prestação jurisdicional; a complexificação das relações sociais na pós-modernidade aumenta de maneira contundente o chamado à justiça e aos deveres da mesma – justiça – no espectro de resolução de conflitos. Por outro lado, com os movimentos de globalização econômica, bem como das mundializações institucionais e dos modelos de justiça, e, ainda, com a universalização dos Direitos Humanos, o campo de ação do ambiente processo-jurisdicional transborda os limites da constitucionalidade estatal.²⁵

A globalização econômica nesse momento aparece como a possibilidade – para não dizer realidade – latente de desnaturação da jurisdicionalidade constitucional no seu comprometimento com a Constituição, com o Estado Democrático de Direito e com o acontecer dos Direitos Humanos. No cenário de desestruturação vivido pelo Estado, o Direito está em constante risco de soçobrar face à força mercadológica.²⁶ O Direito, e nesse sentido o espectro processo-decisório, fica a serviço do mercado e de seus fluxos de capital e normatividade; esboroam-se os laços jurídico-processuais materiais e sobram apenas a institucionalidade de um processo jurisdicional instrumentalizado funcionalmente pelas forças da estrutura capitalístico-mercadológica.²⁷

lismo. Um debate com Luigi Ferrajoli, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2012. Lenio Luiz Streck, “Neoconstitucionalismo, positivismo e pós-positivismo”, em Lenio Luiz Streck; Trindade, André Karan Trindade (Org.), *Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo. Um debate com Luigi Ferrajoli*, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2012).

²³ O uso do termo jurisdiçã(ões)o constitucionalizada(s) em detrimento do termo jurisdição constitucional, dá-se pela possibilidade de se entender o termo “jurisdição constitucional” como um modelo jurisdicional diverso, face a uma jurisdição não-constitucional, estando-se assim aprisionados a uma concepção metafísico-dualista. Já, ao empregar-se o termo “jurisdição constitucionalizada” tem-se o sentimento de que todo o espaço jurisdicional foi constitucionalizado, ou seja, de que a Constituição passou a habitar as entranhas do sistema jurídico e, assim, também, do direito processual, não cabendo em meio ao novo paradigma operar-se sob uma concepção dualista que cindiu a atividade jurisdicional em constitucional e ordinária. Veja-se: Adalberto Narciso Hommerding, *Fundamentos para uma compreensão hermenêutica do Processo Civil*, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2007.

²⁴ José Luis Bolzan De Moraes; Valéria Ribas Do Nascimento, *Constitucionalismo e Cidadania: por uma jurisdição constitucional democrática*, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2010, p. 71-72.

²⁵ Jânia Maria Lopes Saldanha, “A ‘Mentalidade Alargada’ da Justiça (Têmis) Para compreender a transnacionalização no Direito (Marco Pólo) no Esforço de construir o cosmopolitismo (Barão nas Árvores)”, em *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, Vol. LXXXIII, 2007, p. 347-382.

²⁶ José Luis Bolzan De Moraes; Valéria Ribas Do Nascimento, *Constitucionalismo e Cidadania: por uma jurisdição constitucional democrática*, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2010, p. 73.

²⁷ Jânia Maria Lopes Saldanha; José Luis Bolzan De Moraes; Gustavo Oliveira Vieira, “Sobre a internacionalização do Direito a partir dos Direitos Humanos, ou: para onde caminha a humani-

Institui-se uma nova dinâmica de diálogo local/global que se institucionaliza tanto a partir de construções jurídico-políticas assentadas nas perspectivas do Estado-nação, quanto em uma institucionalidade consolidada já na lógica global de produção de sentidos. Essa dupla dinâmica de construção de novos habitats para o(s) direito(s) engloba o Direito enquanto sistema jurídico, que, apesar de construído na lógica moderna, passa a compartilhar novas racionalidades processo-decisórias.²⁸

Passa a ser necessário o advento de uma jurisdição que, para além do constitucional, seja uma “jurisdição das constituições”, que se constrói e fortifica através de uma ordem jurisdicional universal-dialogal, a partir do diálogo entre jurisdições e entre juízes, buscando a construção de um direito comum, interligado pela materialidade e fundamento ético-moral dos Direitos Humanos.²⁹ Ocorre o que Garapon e Allard denominam de “comércio entre juízes”, na busca, não de consenso homogeneizante, mas de perspectivas inovadoras no âmbito de jurisdições diversas que possam consolidar um posicionamento na trilha de uma universalidade prático-jurídica no que toca a assuntos importantes como os Direitos Humanos.³⁰

Nesse ritmo de complementação recíproca entre espaços processo-jurisdicionais diversos, o caminho é entrecruzado, é de mão dupla – tanto no que tange à jurisdicionalidade estatal se internacionalizando e sofrendo os influxos de jurisdições supraestatais/transnacionais, quanto em relação às jurisdições internacionais e regionais que são chamadas a resolver conflitos de ordem(ns) constitucional(is) diversa(s), corroborando com o aparecimento de uma “jurisdicionalidade universal das constituições”.³¹

A partir do pensamento de Delmas-Marty, pode-se afirmar que há uma internacionalização do espaço-tempo processo-jurisdicional enquanto ambiente de resolução de conflitos que extrapolam os limites subscritos pela estatalidade. Novas fontes dialogam, novos atores dialogam, novos direitos dialogam e novas perspectivas de construção da

dade”, em *Direitos Culturais*, Santo Ângelo, v. 6, n. 11, p. 109-132, jul-dez, 2011.

²⁸ Sakia Sassen, *Sociologia da globalização*, trad. Ronaldo Cataldo Costa, Porto Alegre, Artmed, 2010, p. 10-11.

²⁹ Mireille Delmas-Marty, *Por um Direito Comum*, trad. Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão, São Paulo, Martins Fontes, 2004. Passim. Importante salientar que aqui, quando se fala em “ordem jurisdicional universal-dialogal e em construção de um “direito comum”, de maneira alguma intenciona-se a construção de um paradigma uniforme e/ou uniformizante da prática jurídica, o que seria por demais arriscado – e incabível – face ao constante perigo de tomada de assalto do sistema jurídico pelo espaço do mercado. O que se pretende com essas novas possibilidades é a harmonização das jurisdições nacionais em torno de um bem comum da e para a humanidade, qual seja: a proteção dos Direitos Humanos em âmbito global (Mireille Delmas-Marty, *Três desafios para um Direito Mundial*, trad. Fauzi Hassan Choukr, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2003, p.117).

³⁰ Antoine Garapon; Julie Allard, *Os juízes na mundialização: a nova revolução do Direito*, trad. Rogério Alves, Lisboa, Instituto Piaget, 2006, p. 30-32.

³¹ Jânia Maria Lopes Saldanha, “A ‘mentalidade alargada’ da Justiça (Têmis) para compreender a transnacionalização no Direito (Marco Pólo) no esforço de construir o cosmopolitismo (Barão nas Árvores)”, em *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, Vol. LXXXIII, 2007, p. 347-382.

juridicidade dialogam compartilhadamente e compartilhando um caminho universal – e não único – para a construção de racionalidades decisórias.³²

Nesse trilhar, o contato jurisdicional e o diálogo entre juízes ocorre tendo por linha guia a mais perfeita materialização do verdadeiro sentido dos direitos humanos num espaço compartilhado de fundamentação ético-moral da decisão jurídica. O “comércio entre juízes” toma por base um diálogo interconstitucional³³ e a construção, como dito anteriormente, de uma jurisdição das constituições enredada com os valores humanos máximos da comunidade humana mundial.³⁴ As constituições juntam-se, assim, à multiplicidade de fontes jurídicas emanadas dos diversos centros de produção de sentidos – jurídicos –, num emaranhado dialógico de construção de respostas que, embora não necessariamente vinculadas a determinado ordenamento ou Constituição específica, se pautarão numa compreensão universal sobre os direitos humanos.³⁵

Vislumbram-se assim os direitos humanos como um fundamento ético-moral transcendente á positividade normativista desse ou daquele direito, bem como desse ou daquele ordenamento, ou de qualquer fonte jurídico-normativa – positiva ou não. Os direitos humanos são a luz guia desse novo caminho processo-jurisdicional traçado a partir do contato entre sistemas de Direito e de direitos, e do diálogo intercultural, interjurisdicional e interconstitucional.³⁶ Busca-se estabelecer uma jurisdicionalidade plural-humanitária como caminho e fonte de um diálogo construtivo de uma racionalidade prático-decisória intersubjetivamente possível, nas pegadas de uma visão comum-universal atrelada à positividade transcendente dos direitos humanos como *locus* de sustentação dos sistemas jurídicos mundiais-planetários num horizonte de garantia da constitucionalidade, da convencionalidade³⁷ do direito, e para além delas.³⁸

³² Mireille Delmas-Marty, *Por um Direito Comum*, trad. Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão, São Paulo, Martins Fontes, 2004, p. 45-49.

³³ Sobre o tema, consultar: José Joaquim Gomes Canotilho, “Brançosos” e a *Interconstitucionalidade: itinerários sobre dois discursos sobre a historicidade constitucional*, Coimbra, Almedina, 2008.

³⁴ Antoine Garapon ; Julie Allard, *Os juízes na mundialização: a nova revolução do direito*, trad. Rogério Alves, Lisboa, Instituto Piaget, 2006, p. 99.

³⁵ Jânia Maria Lopes Saldanha; Leonardo De Camargo Subtil, “Os desafios do processo e da jurisdição frente à internacionalização do Direito e aos processos de integração: rumo à efetivação dos direitos humanos”, em *Novos Estudos Jurídicos*, Itajaí, v. 15, n. 3, p. 346-361, set-dez 2010.

³⁶ Fernanda Frizzo Bragatto, “Para além do individualismo: crítica à irrestrita vinculação dos direitos humanos aos pressupostos da modernidade ocidental”, em Lenio Luiz Streck; Leonel Severo Rocha; André Luís Callegari (Org), *Constituição, sistemas sociais e hermenêutica* – n. 7, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2010, p. 105-121.

³⁷ Sobre bloco de constitucionalidade e de convencionalidade, consultar: Jânia Maria Lopes Saldanha, “Bloco de Constitucionalidade em matéria de garantias constitucionais na América Latina: ultrapassando o perfil funcional estrutural ‘hipermoderno’ de processo rumo à construção de um direito processual internacional dos direitos humanos”, em Lenio Luiz Streck; Leonel Severo Rocha; André Luís Callegari (Org). *Constituição, sistemas sociais e hermenêutica* – n. 7, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2010, p. 123-144.

³⁸ Jânia Maria Lopes Saldanha; Leonardo De Camargo Subtil, “Os desafios do processo e da jurisdição frente à Internacionalização do Direito e aos processos de integração: rumo à efetivação

A partir do pensamento de Delmas-Marty estes movimentos se dão em uma lógica de emancipação, descentralização e privatização das fontes jurídicas; há uma movimentação emancipatória dos direitos em relação ao Direito – positivado, um estado de descentralização das fontes jurídicas em favor dos comunidades territoriais, das formações humano-comunitárias e de sua juridicidade periférica, bem como um perigoso caminho de privatização do Direito e suas fontes, que transitam do público para o privado na produção de sentidos de normatividade em detrimento de um contexto de (neo)liberalismo econômico e manutenção da livre concorrência.³⁹

Isto quer dizer que a construção de uma “jurisdição comum-universal das constituições” para além de uma jurisdição constitucionalizada interestatalmente é condição de possibilidade para o agir democrático-plural do cidadão nessa nova esfera mundial/universal de participação e proteção dos direitos. O processualismo comum-universal dos direitos humanos garante um efetivo agir em jurisdição através das fronteiras – agora borradas – na consecução de um direito comum-pluralista dos direitos humanos.⁴⁰

Desse modo, não há que se propor um espaço-tempo processual global(izado) de proteção das práticas mercadológico-neoliberais de vilipêndio ao(s) direito(s) – humano(s) – nos caminhos traçados por uma globalização jurídico-econômica desigual e produtora de diferenças humano-existenciais nos modos de vida em sociedade. Há que se construir um ambiente processual integrado de proteção e concretização dos direitos humanos enquanto valores comuns da humanidade a partir de uma mundialização jurídico-humanitária.⁴¹ É do que se trata adiante.

4. Pela construção de um sistema de justiça mundial dos direitos humanos

Depreende-se dos processos de internacionalização do(s) direito(s) um movimento integrador das sistemáticas jurídicas internas – nacionais – e externas – internacionais – bem como, um diálogo integrativo entre os sistemas jurídicos – aqui vistos como famílias jurídicas, *civil law* e *common law* – diferentes num âmbito de “diferença cultural”⁴²

dos direitos humanos”, em *Novos Estudos Jurídicos*, Itajaí, v. 15, n. 3, p. 346-361, set-dez 2010.

³⁹ Mireille Delmas-Marty, *Por um Direito Comum*, trad. Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão, São Paulo, Martins Fontes, 2004, p. 53-59.

⁴⁰ José Luis Bolzan De Moraes; Valéria Ribas Do Nascimento., *Constitucionalismo e cidadania: por uma jurisdição constitucional democrática*, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2010, p. 83-86.

⁴¹ Jânia Maria Lopes Saldanha; José Luis Bolzan De Moraes; Gustavo Oliveira Vieira, “Sobre a internacionalização do Direito a partir dos Direitos Humanos, ou: para onde caminha a humanidade”, em *Direitos Culturais*, Santo Ângelo, v. 6, n. 11, p. 109-132, jul-dez, 2011.

⁴² A diferença cultural constitui-se no espaço situado na ambiência comum e equivalente de espectros culturais diferentes em sua igualdade. É um espaço comum de ambivalências que fundam a identidade cultural consolidada nas suas diferenças recíprocas. O lugar da diferença cultural é um lugar de inquietação, de certezas e rupturas, de abandono do que foi construído num movimento de perturbação cultural pelo novo, pelo que está vindo. Na diferença cultural, a tradição cultural

e diálogo de tradições – jurídico-culturais – por meio de um sentido comum de tradução das práticas jurídico-sociais no interior de diferentes sociabilidades.⁴³

Emerge para além de uma processualidade jurisdicional nacional ou internacional um sistema de justiça enquanto condição de possibilidade para a efetivação de um meio de respeito, garantia e concretização dos direitos humanos enquanto direitos humanitariamente compartilhados em uma espacialidade mundial-planetária. Este sistema de justiça agrega reciprocamente práticas jurisdicionais entrecruzadas, sejam elas estatal ou interestatalmente consideradas, consolidando um “lugar de repouso desassossegado” do agir em processo – aqui como uma parte do sistema de justiça.

Nesse passo, os direitos humanos surgem como o elo de ligação destas processualidades reciprocamente conflitantes – não no sentido de não poderem dialogar, mas no sentido de provirem de lugares diversos e terem sentidos também diversos – enquanto condição de possibilidade para sedimentar uma órbita humano-valorativa e comum-universal. São os direitos humanos verdadeiros recursos comuns da humanidade na busca por uma comunitariedade humano-valorativa de prospecção de um diálogo civilizacional no que tange a esses direitos e a práticas possibilitadoras de sua efetiva materialidade construtivista – desse ambiente.⁴⁴

O sistema de justiça que se pretende vem consubstanciado em uma jurisdicionalidade que nasce ancorada em uma comum-unidade principiológico-conteudística processo-constitucional universal alicerçada em valores ético-morais comuns da humanidade que consubstanciem valores comuns-universais de proteção e concretização dos direitos humanos com base em um padrão comum – e não uno – de dignidade humana. Ou seja: a comum-unidade principiológico-conteudística processo-constitucional se solidifica a partir dos valores ético-morais comuns da comunidade humano-existencial mundial.⁴⁵

Nessa trilha da relação entre a comum-unidade e a comunidade, transborda pelos poros da condição social uma comunitariedade que surge como opção à produção hegemônica de significados. A comunidade engendra dialogalmente uma afetividade cultural

consolidada se abre a construções significativas de negação – não destrutiva e sim dialogada – aos signos ambivalentes de uma nova experiência vivente (Homi K. Bhabha, *O local da cultura*, trad. Myriam Ávila; Eliana Lourenço de Lima Reis; Gláucia Renate Gonçalves, Belo Horizonte, UFMG, 2010, p. 63-64). Assim, um âmbito de “diferença cultural” no que tange ao desenhar de um novo paradigma processo-jurisdicional implica o necessário interpenetrar cultural-sistemático, não só no concernente às famílias jurídicas, como também ao que concerne aos sistemas de proteção dos direitos e, ainda, a uma racionalidade comum no que toca aos direitos humanos enquanto valores ético-morais transcendentais ao(s) direito(s) positivamente considerado(s).

⁴³ Jânia Maria Lopes Saldanha, “A ‘mentalidade alargada’ da justiça (Têmis) para compreender a transnacionalização no Direito (Marco Pólo) no esforço de construir o cosmopolitismo (Barão nas Árvores)”, em *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, Vol. LXXXIII, 2007, p. 347-382.

⁴⁴ Alain Supiot, *Homo Juridicus: ensaio sobre a função antropológica do direito*, trad. Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão, São Paulo, Martins Fontes, 2007, p. 255-256.

⁴⁵ Jânia Maria Saldanha; José Luis Bolzan De Moraes; Gustavo Oliveira Vieira, *Ordem cosmopolita e bens públicos mundiais: a internacionalização do processo e da jurisdição frente aos direitos humanos como “elos” entre sistemas jurídicos*, No prelo.

subterrânea e alternativa, que, reciprocamente construída, abriga uma carga valorativa culturalmente subversiva, porque culturalmente humano-existencial. “A comunidade perturba a grande narrativa globalizadora do capital, desloca a ênfase dada à produção na coletividade “de classe” e rompe a homogeneidade da comunidade imaginada da nação. A narrativa da comunidade substancializa a diferença cultural...”⁴⁶

Procura-se a estruturação de uma ordem comunitária mundial-universal de valoração dos direitos humanos como valores múltiplos, plurais e comuns à humanidade; uma ordenação que, para além das amarras paradigmáticas modernas, se constitua em instância substancial de proteção dos valores humano-existenciais. No lugar de uma “comunidade de destino⁴⁷” de cidadãos consumidores, vilipendiados em seus direitos – humano-fundamentais – substanciais pela ordem neoliberal, deve-se constituir uma “comunidade de destino” de cidadãos sujeitos jurídico-sociais, vistos em sua existencialidade enquanto seres humanos.⁴⁸

Os direitos humanos dessa forma, tanto no que tange à proteção, quanto à concretização, atuam como parâmetro decisório no âmbito desta jurisdicionalidade mundial dialogada. No entanto, tais direitos não podem ser considerados apenas adstritos à concepção moderno-europeia de conformação dos mesmos; tampouco eivados de uma ocidentalidade hegemônica, homogeneizadora e imperialista de construção dos sentidos plurais-universais como se unos fossem.⁴⁹ Logo, o que se busca é uma universalidade – universalização – das práticas jurídicas – processo-jurisdicionais – a partir da universalização dos direitos humanos, criando, para além do ambiente processual “clássico”, um sistema de justiça comum-mundial(izado) enquanto esfera de proteção dos direitos humanos e garantidora das igualdades e diferenças culturais no tocante à produção de sentidos.⁵⁰

O diálogo jurisdicional implica um hibridismo jurídico-cultural que se materializa na decisão jurídica enquanto um entre-lugar de compartilhamento sistemático-cultural. A

⁴⁶ Homi K. Bhabha, *O local da cultura*, trad. Myriam Ávila; Eliana Lourenço de Lima Reis; Gláucia Renate Gonçalves, Belo Horizonte, UFMG, 2010, p. 316.

⁴⁷ Sobre o tema, consultar: Deisy De Freitas Lima Ventura, “Hiato da transnacionalização na nova gramática do Direito em rede: um esboço de conjugação entre estatalismo e cosmopolitismo”, em Lenio Luiz Streck; José Luis Bolzan De Moraes (Org) *Sistemas sociais, Constituição e hermenêutica – n. 4*, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2007, p. 89-107.

⁴⁸ Jânia Maria Saldanha; José Luis Bolzan De Moraes; Gustavo Oliveira Vieira, *Ordem cosmopolita e bens públicos mundiais: a internacionalização do processo e da jurisdição frente aos direitos humanos como “elos” entre sistemas jurídicos*, No prelo.

⁴⁹ Fernanda Frizzo Bragato, “Para além do individualismo: crítica à irrestrita vinculação dos direitos humanos aos pressupostos da modernidade ocidental”, em Lenio Luiz Streck; Leonel Severo Rocha; André Luís Callegari (Org), *Constituição, sistemas sociais e hermenêutica – n. 7*, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2010, p. 105-121.

⁵⁰ Jânia Maria Saldanha; Ângela Araújo Da Silveira Espíndola; Sadi Flores Machado, “Combater vícios e incorporar virtudes: o papel do processo num cenário de mudanças”, em Fabiana Marion Spengler; Paulo De Tarso Brandão (Org), *Os (des)caminhos da jurisdição*, Florianópolis, Conceito, 2009, p. 115-142.

decisão jurídica exsurge como entre-lugar de produção de sentido(s) no espaço compartilhado da diferença cultural, a partir dos valores comuns da humanidade, estruturando uma culturalidade jurídico-jurisdicional aberta e inovadora.⁵¹ Funda-se um ambiente de mundialização das práticas processo-jurisdicionais a conformar essa sistematicidade jurídica dos direitos humanos, fluindo universalmente para um lugar-comum – não no sentido de banalidade, mas de igualdade – de produção de sentidos compartilhados recíproca e universalmente na busca pela garantia e concretização dos direitos humanos enquanto direitos da humanidade.⁵²

Nesse passo, os diálogos interjurisdicionais propiciados por esse (novo) sistema de justiça dos direitos humanos, consubstanciado na ordem comum-mundial de valores – humanos/humanitários – devem ocorrer no horizonte do caso concreto, pois assim não se corre – ou pelo menos se reduz bastante – o risco de romper-se com o romance em cadeia dworkiniano. O que acontece é a reescritura – ainda escritura – desse romance em cadeia envolto na lógica de respeito aos bens comuns da humanidade e a uma dialética de construção recíproca de valores ético-morais comunitários que consubstanciam valores jurídicos principiológico-conteudísticos comum-unitários – mas não unos.⁵³

Constrói-se um espaço-tempo processo-jurisdicional de tradução a partir de uma dialogicidade intersubjetiva hermenêutico-cosmopolita de pluralidades dissonantes, mas conviventes. É a possibilidade para uma reestruturação da instância jurídico-decisória enquanto momento hibridamente constituído pelos valores comuns mundiais universalizáveis, no caminho de uma construção heterogênea dos direitos humanos acontecidos no contexto de uma existencialidade humana plural⁵⁴. Tomando-se por empréstimo o termo waratiano, insta a desconstruir o senso comum teórico⁵⁵ – dos juristas – e, reconstruí-

⁵¹ Homi K. Bhabha, *O local da cultura*, trad. Myriam Ávila; Eliana Lourenço de Lima Reis; Gláucia Renate Gonçalves, Belo Horizonte, UFMG, 2010. Passim.

⁵² Jânia Maria Saldanha; José Luis Bolzan De Moraes; Gustavo Oliveira Vieira, “Sobre a internacionalização do Direito a partir dos Direitos Humanos, ou: para onde caminha a humanidade”, em *Direitos Culturais*, Santo Ângelo, v. 6, n. 11, p. 109-132, jul-dez, 2011.

⁵³ Jânia Maria Saldanha, “A ‘mentalidade alargada’ da Justiça (Têmis) para compreender a transnacionalização no Direito (Marco Pólo) no esforço de construir o cosmopolitismo (Barão nas Árvores)”, em *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, Vol. LXXXIII, 2007, p. 347-382.

⁵⁴ Homi K. Bhabha, *O local da cultura*, trad. Myriam Ávila; Eliana Lourenço de Lima Reis; Gláucia Renate Gonçalves, Belo Horizonte, UFMG, 2010, p. 52.

⁵⁵ “Podemos dizer que de um modo geral os juristas contam com um arsenal de pequenas condações de saber: fragmentos de teorias vagamente identificáveis, coágulos de sentido surgidos do discurso dos outros, eles rápidos que formam uma minoria do direito a serviço do poder. Produz-se uma linguagem eletrificada e invisível – o “senso comum teórico dos juristas” – no interior da linguagem do direito positivo, que vaga indefinidamente servindo ao poder.

Resumindo: os juristas contam com um emaranhado de costumes intelectuais que são aceitos como verdades de princípios para ocultar o componente político da investigação e verdades. Por conseguinte se canonizam certas imagens e crenças para preservar o segredo que escondem as verdades. O senso comum teórico dos juristas é o lugar do secreto. As representações que o integram pulverizam nossa compreensão do fato de que a história das verdades jurídicas é inseparável (até o

-lo enquanto senso comum humanitário de práticas jurídicas emancipadoras da vida em sociedade e possibilitadoras das capacidades humanas na busca pelos bens comuns mundiais de valoração do humano.⁵⁶

Este novo campo processual, considerado enquanto sistema de justiça, surge como possibilidade a uma processualidade enraizada nas construções racionais modernas, que atende a uma sociabilidade agonizante que se perpetua numa sensibilidade mercadológica, marcada pela conquista do produto e que vislumbra na humanidade uma mercadoria valiosa para a obtenção do fluxo de capital – social. A fetichização das relações humanas enquanto relações do mercado alienam os sujeitos jurídico-sociais de suas práticas verdadeiramente humanas e os colocam em uma ambientalidade mítico-ancestral de castração dos desejos e culto ao “deus mercado”.⁵⁷

O espectro jurídico-social urge por uma nova sistematicidade no que toca ao direito processual: uma sistematicidade que atenda aos homens e sua humanidade. Das ações mercadológico-processuais que organizam o capital social e cultural nos mesmos moldes do capital econômico, deve-se passar à ordenação de um lugar de acolhimento do humano e do que é humano. O espaço-tempo do sistema de justiça é um *locus* de ressignificação do Direito enquanto ideia solidária de justiça, compartilhada universalmente como um bem comum-mundial da humanidade.⁵⁸

Pontua-se uma ordem jurídica pluralmente considerada em matéria de direito processual; esta pluralidade não implica uma relação de domínio e subordinação, mas uma relação de contato dialogal recíproco, fundamentadora de uma racionalidade jurídica – decisória – comum. Sistemas jurídico-processuais ligam-se em suas diferenças e semelhanças constituindo uma local de reciprocidade sistemática no entorno das pluralidades jurídico-sociais construtoras de uma “comunidade de destino” dos direitos humanos e dos seres humanos.⁵⁹

Surgem internacionalidades processo-jurisdicionais que possibilitam a construção desse sistema de justiça mundial dos direitos humanos; os juízes, as jurisdições, as constituições, os ordenamentos convencionais – europeu e latino-americano – interpenetram-se numa zona de diálogo para além das fronteiras compreendidas modernamente como limites à atividade comunicativo-dialogal entre diferentes sistemas jurídico-políticos.⁶⁰

momento) à história do poder (Luis Alberto Warat, *Introdução Geral ao Direito I: interpretação da lei – temas para uma reformulação*, Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris, 1994, p. 15).

⁵⁶ Luis Alberto Warat, *Manifestos para uma ecologia do desejo*, São Paulo, Acadêmica, 1990, p. 16-19.

⁵⁷ Luis Alberto Warat, *Manifestos para uma ecologia do desejo*, São Paulo, Acadêmica, 1990, p. 34-36.

⁵⁸ Alain Supiot, *Homo Juridicus: ensaio sobre a função antropológica do direito*, trad. Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão, São Paulo, Martins Fontes, 2007, p. 84-90.

⁵⁹ Mireille Delmas-Marty, *Por um Direito Comum*, trad. Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão, São Paulo, Martins Fontes, 2004, p. 110-111.

⁶⁰ Antoine Garapon; Julie Allard, *Os juízes na mundialização: a nova revolução do direito*, trad. Rogério Alves, Lisboa, Instituto Piaget, 2006, p. 105-107.

Delineia-se um espaço público comum-mundial, no que tange às decisões jurídicas e aos critérios de decidibilidade, que transpassa o espaço público estatal, a partir da ação – não discricionária nem decisionista – dos juízes e das jurisdições na persecução de um sistema de justiça mundial dos direitos humanos.⁶¹

A mundialização da justiça e suas práticas na direção dos direitos humanos e da consolidação de um sistema de justiça mundial dos direitos humanos não implica um *locus* hierarquizado de poder jurídico-político nos moldes das formações paradigmáticas modernas. Não se fala em uma sistematicidade que marque o fim dos sistemas processo-jurisdicionais internos – nacionais –, mas em um ambiente que englobe estas formações clássicas, bem como os espaços jurisdicionais regionais de convencionalidade em uma nova ordenação jurídico-processual.⁶²

Da mesma forma, não se busca uma fórmula pronta, homogênea e hierarquicamente fechada na valoração ético-moral dos conteúdos referentes aos direitos humanos e suas esferas de proteção no domínio do sistema de justiça mundial. Os direitos humanos abertamente dialogam e constroem-se reciprocamente pela constante relação intercultural permitida pelas zonas de diferença cultural e tradução que possibilitam o nascer desses valores comuns da humanidade.⁶³

Funda-se uma polissincronia significativa compartilhada de valores humanos comunitário-mundiais universalizáveis a partir da ideia de bens públicos mundiais – de valores comuns da humanidade – pertencentes à “comunidade de destino” – da humanidade. E assim – protegidos por um sistema de justiça de fronteira, onde a fronteira não é o que limita o interno, mas o que possibilita o externo –, nessa dialética de fronteira não há dentro e fora para os direitos humanos, para os valores comuns da humanidade, para os bens públicos mundiais: a fronteira é um espaço de transcendentalidade cultural que, ao invés de limitar, expande a visão.⁶⁴

Nessa maré, fica clara a necessidade de uma nova forma de compreender e organizar os constructos processo-jurisdicionais e reordená-los em uma nova espacialidade, que surge acossada pelo capitalismo financeiro ligado ao modelo político-econômico neoliberal, desterritorializada pela globalização econômica, deslocada pela mundialização das práticas sociais e descentrada pela universalização dos direitos humanos. Nesse bojo, surge como possibilidade a construção de um sistema de justiça mundial dos direitos humanos ancorado na proteção aos bens públicos mundiais, definidos a partir de uma

⁶¹ Jânia Maria Lopes Saldanha, “A ‘mentalidade alargada’ da Justiça (Têmis) para compreender a transnacionalização no Direito (Marco Pólo) no esforço de construir o cosmopolitismo (Barão nas Árvores)”, em *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, Vol. LXXXIII, 2007, p. 347-382.

⁶² Antoine Garapon; Julie Allard, *Os juízes na mundialização: a nova revolução do direito*, trad. Rogério Alves, Lisboa, Instituto Piaget, 2006, p. 35-36.

⁶³ Mireille Delmas-Marty, *Três desafios para um Direito Mundial*, trad. Fauzi Hassan Choukr, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2003, p.49-54.

⁶⁴ Homi K. Bhabha, *O local da cultura*, trad. Myriam Ávila; Eliana Lourenço de Lima Reis; Gláucia Renate Gonçalves, Belo Horizonte, UFMG, 2010, p. 23-25

dialética intercultural possibilitadora do acontecer de valores comuns da humanidade planetário-mundialmente universalizáveis.

5. Considerações finais

O sistema processual sofre modificações ao longo do tempo. Num primeiro momento, visto pela nova lógica mercadológico-neoliberal, encontra-se encurralado entre as exigências do mercado e do capitalismo financeiro e as necessidades da humanidade e da vida em sociedade. Nesse instante, há um apoderamento do Direito pela economia, e o processo jurisdicional é desterrado de sua condição de instrumento substancial de garantia de concretização dos direitos fundamentais-sociais, bem como do texto constitucional (Parte 1).

Na contemporaneidade, a ação dos sujeitos jurídico-sociais por parte do judiciário ganha um novo contorno, ou, em verdade, tem os seus contornos modernos desfeitos. Os processos de internacionalização do direito por parte de movimentos de globalização, mundialização e universalização deslocam os *locus* de tensão e os espaços de resolução de conflitos para além dos limites estatais nacionais. Isto posto, abre-se a possibilidade para a construção de zonas de diálogo interjurisdicional e o fomento de uma nova culturalidade jurídico-decisória (Parte 2).

Assim, o que se propõe é a refundação do sistema processo-jurisdicional “clássico” sob as vestes de uma sistematicidade jurídico-processual universal. Delimita-se o acontecer de um sistema de justiça mundial dos direitos humanos enquanto condição de possibilidade, para a fundação plural de uma ordem de valores comuns da humanidade que dão sustentação a uma nova linhagem universal de bens: os bens públicos mundiais, assentados em valores ético-morais partilhados de fundamentação dos direitos humanos vistos como direitos da humanidade.

Referências

- BHABHA, Homi K., *O local da cultura*, trad. Myriam Ávila; Eliana Lourenço de Lima Reis; Gláucia Renate Gonçalves, Belo Horizonte, UFMG, 2010.
- BOLZAN DE MORAIS, José Luis; Valéria Ribas do NASCIMENTO, *Constitucionalismo e cidadania: por uma jurisdição constitucional democrática*, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2010.
- BRAGATO, Fernanda Frizzo, “Para além do individualismo: crítica à irrestrita vinculação dos direitos humanos aos pressupostos da modernidade ocidental”, em STRECK, Lenio Luiz; ROCHA, Leonel Severo; André Luís CALLEGARI (Org), *Constituição, sistemas Sociais e hermenêutica – n. 7*, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2010.
- BAUMAN, Zygmunt, *Vida para o consumo: a transformação das pessoas em mercadoria*, trad. Carlos Alberto Medeiros, Rio de Janeiro, Jorge Zahar, 2008.

- CANOTILHO, José Joaquim Gomes, “Brançosos” e a Interconstitucionalidade: itinerários sobre dois discursos sobre a historicidade constitucional, Coimbra, Almedina, 2008.
- CHEVALLIER, Jacques, *O Estado pós-poderno*, trad. Marçal Justen Filho, Belo Horizonte, Fórum, 2009.
- DELMAS-MARTY, Mireille, *Por um Direito Comum*, trad. Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão, São Paulo, Martins Fontes, 2004.
- _____, Mireille, *Três desafios para um Direito Mundial*, trad. Fauzi Hassan Choukr, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2003.
- DUFOUR, Dany-Robert, *O divino mercado: a revolução cultural liberal*, trad. Procópio Abreu, Rio de Janeiro, Companhia de Freud, 2008.
- FERRAJOLI, Luigi, “Constitucionalismo Principialista e Constitucionalismo Garantista”, em STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE, André Karan. (Org.), *Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli*, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2012.
- GARAPON, Antoine; Julie ALLARD, *Os juízes na mundialização: a nova revolução do Direito*, trad. Rogério Alves, Lisboa, Instituto Piaget, 2006.
- HOMMERDING, Adalberto Narciso, *Fundamentos para uma compreensão hermenêutica do processo civil*, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2007.
- LIPOVETSKI, Gilles, Sebastian CHARLES, *Os tempos hipermodernos*, trad. Mário Vilela, São Paulo, Barcarolla, 2004.
- NUNES, Dierle José Coelho, *Processo jurisdicional democrático: uma análise crítica das reformas processuais*, Curitiba, Juruá, 2009.
- ROSA, Alexandre Morais da; José Manuel AROSO LINHARES, *Diálogos com a Law & Economics*, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2011.
- ROSA, Alexandre Morais da, “O hiato entre hermenêutica filosófica e a decisão judicial”, em STRECK, Lenio Luiz; STEIN, Ernildo (Org.). *Hermenêutica e epistemologia: 50 anos de verdade e método*, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2011.
- ROSA, Alexandre Morais da; Júlio César MARCELINO JÚNIOR, “O (re)pensar da crise jurisdicional diante do engodo eficientista: o direito e a economia em discussão”, em SPERNGLER, Fabiana Marion; Paulo de Tarso BRANDÃO (Org.), *Os (des)caminhos da jurisdição*, Florianópolis, Conceito, 2009.
- ROSA, Hartmut, “Aceleración Social: consecuencias éticas y políticas de una sociedad de alta velocidad desincronizada”, em *Revista Persona Y Sociedad*, Santiago, Vol. XXV, N° 1, p. 9-49, 2011.
- SALDANHA, Jânia Maria Lopes, “A jurisdição partida ao meio: a (in)visível tensão entre eficiência e efetividade”, em: STRECK, Lenio Luiz; José Luis Bolzan de MORAIS (Org.). *Constituição, sistemas sociais e hermenêutica: anuário do programa de pós-graduação em Direito da UNISINOS – N. 6*, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2010.
- _____, “Bloco de constitucionalidade em matéria de garantias constitucionais na América Latina: ultrapassando o perfil funcional estrutural ‘hipermoderno’ de processo rumo á construção de um direito processual internacional dos direitos humanos”, em

- STRECK, Lenio Luiz; Leonel Severo ROCHA, André Luís CALLEGARI (Org.), *Constituição, sistemas sociais e hermenêutica – n. 7*, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2010.
- SALDANHA, Jânia Maria Lopes; Ângela Araújo da Silveira ESPÍNDOLA, Sadi Flores MACHADO, , “Combater vícios e incorporar virtudes: o papel do processo num cenário de mutações”, em SPERNGLER, Fabiana Marion; Paulo de Tarso BRANDÃO (Org.), *Os (des)caminhos da jurisdição*, Florianópolis, Conceito, 2009.
- SALDANHA, Jânia Maria Lopes, “A ‘mentalidade alargada’ da Justiça (Têmis) para compreender a transnacionalização no Direito (Marco Pólo) no esforço de construir o cosmopolitismo (Barão nas Árvores)”, em *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, Vol. LXXXIII, 2007.
- SALDANHA, Jânia Maria Lopes, José Luis Bolzan DE MORAIS, Gustavo Oliveira VIEIRA, “Sobre A internacionalização do Direito a partir dos direitos humanos, ou: para onde caminha a humanidade”, em *Revista Direitos Culturais*, Santo Ângelo, v. 6, n. 11jul-dez, 2011.
- SALDANHA, Jânia Maria Lopes; Leonardo de Camargo SUBTIL, “Os desafios do processo e da jurisdição frente à internacionalização do Direito e aos processos de integração: rumo à efetivação dos direitos humanos”, em *Revista Novos Estudos Jurídicos*, Itajaí, v. 15, n. 3, set-dez 2010.
- SALDANHA, Jânia Maria Lopes, José Luis Bolzan DE MORAIS, Gustavo OliveiraVIEIRA, *Ordem cosmopolita e bens públicos mundiais: a internacionalização do processo e da jurisdição frente aos direitos humanos como “elos” entre sistemas jurídicos*, No prelo.
- SASSEN, Sakia, *Sociologia da globalização*, trad. Ronaldo Cataldo Costa, Porto Alegre, Artmed, 2010.
- SCHWARTZ, Barry, *O paradoxo da escolha: por que mais é menos*, trad. Fernando Santos, São Paulo, A Girafa, 2007.
- STRECK, Lenio Luiz. “Neoconstitucionalismo, positivismo e pós-positivismo”, em STRECK, Lenio Luiz; André Karan TRINDADE, (Org.), *Garantismo, hermenêutica e (neo) constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli*, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2012.
- SUPIOT, Alain. *Homo Juridicus: ensaio sobre a função antropológica do direito*, trad. Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão, São Paulo, Martins Fontes, 2007.
- WARAT, Luis Alberto, *Manifestos para uma ecologia do desejo*, São Paulo, Acadêmica, 1990.
- _____, *Introdução geral ao Direito I: interpretação da lei – temas para uma reformulação*, Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris, 1994.
- VENTURA, Deisy de Freitas Lima, “Hiatos da transnacionalização na nova gramática do direito em rede: um esboço de conjugação entre estatalismo e cosmopolitismo”, em STRECK, Lenio luiz; José Luis Bolzan DE MORAIS (Org.), *Sistemas sociais, constituição e hermenêutica – n. 4*, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2007.

Carlos Alberto Gabriel Maino* (Argentina)

Pervivencia del *rule of law* en sociedades líquidas. Abordaje desde la perspectiva filosófico-política, jurídica y sociológica de la vigencia del *imperio de las instituciones* en el Estado constitucional posmoderno

RESUMEN

El trabajo aborda el *rule of law* como una alternativa superadora de la *anomia* reinante en nuestra sociedad, la teoría del realismo jurídico-penal marginal y el activismo judicial producto de la visión neoconstitucionalista del orden social.

Palabras clave: *rule of law*, Estado de derecho, *Rechtsstaat*, anomia, teoría del realismo jurídico-penal marginal, *paideia*, activismo judicial, neoconstitucionalismo, sociedad líquida.

ZUSAMMENFASSUNG

Der Beitrag befasst sich mit der Rechtsstaatlichkeit (*Rule of law*) als einer Alternative zur Überwindung der in unserer Gesellschaft zur Zeit vorherrschenden Anomie, der Theorie des peripheren strafrechtlichen Realismus und des aus der neokonstitutionalistischen Vision einer gesellschaftlichen Ordnung folgenden Rechts-Aktivismus.

Schlagwörter: Rechtsstaatlichkeit, *Rule of law*, Rechtsstaat, Anomie, Theorie des peripheren strafrechtlichen Realismus, *Paideia*, Rechts-Aktivismus, Neokonstitutionalismus, fluide Gesellschaft.

* Abogado de la Pontificia Universidad Católica Argentina y doctor en Derecho de la Universidad de Santiago de Compostela. Profesor del área de Filosofía del Derecho en las facultades de Derecho de la Pontificia Universidad Católica Argentina y de la Universidad de Buenos Aires. Secretario ejecutivo de la Cátedra Internacional Ley Natural y Persona Humana de la misma Facultad, y miembro del Centro de Derecho Constitucional. Profesor adjunto del Departamento de Filosofía del Derecho de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. mainogabriel@gmail.com.

ABSTRACT

This paper examines the Rule of Law as a better alternative to the prevailing *anomie* in our society, the theory of marginal criminal legal realism and the judicial activism which is the product of a *neo-constitutionalist* vision of social order.

Keywords: Rule of Law, *Rechtsstaat*, anomie, theory of marginal criminal legal realism, *paideia*, judicial activism, neo-constitutionalism, fluid society.

1. Sociedad líquida, garanto-abolicionismo e inseguridad

En las sociedades occidentales en general, en especial en las latinoamericanas, y en la sociedad argentina en particular, es evidente la nueva morfología que han adquirido los ordenamientos jurídicos en los últimos veinte años.

Esta nueva forma de concebir al sistema jurídico ha puesto en el centro de la escena al poder judicial, que abandonó la función de custodio de la constitución en un sentido negativo, ejerciendo restrictivamente un poder de veto respecto de las iniciativas políticas de los otros dos poderes, para convertirse en un juez débilmente vinculado a la ley y fuertemente vinculado a la constitución. Desde este lugar, ganado en desmedro de las funciones de los otros dos poderes del Estado, los jueces podrían implementar, en forma directa y positiva, políticas o decisiones que aseguren el efectivo cumplimiento de los derechos establecidos por la constitución textual o contextualmente, lo que se denomina *gobierno de los jueces*.

Estas novedades respecto del constitucionalismo clásico tienen perfecta relación con las características sociológicas de nuestras comunidades políticas de inicio de milenio. El constitucionalismo clásico se asienta sobre el fundamento sólido de la constitución, no en vano llamada pétrea, y la ley como expresión de los procesos políticos mayoritarios igualmente sólidos y contundentes. Pero nuestras sociedades actuales se caracterizan por su refractariedad a todo aquello que se presente como sólido, absoluto, certero. Las ideas categóricas y los compromisos permanentes son rechazados, pues representan manifestaciones violentas para la sensibilidad de los espíritus posmodernos que las conforman.

Debido a estas características, nuestras actuales sociedades occidentales han sido denominadas *sociedades líquidas*. El concepto ha sido acuñado por el sociólogo polaco Zygmunt Bauman, quien sostiene que estas sociedades están caracterizadas por el cambio permanente. En efecto,

[en ellas,] los logros individuales no pueden solidificarse en bienes duraderos porque los activos se convierten en pasivos y las capacidades en discapacidades en un abrir y cerrar de ojos. Las condiciones de la acción y las estrategias diseñadas para responder a ellas envejecen con rapidez y son ya obsoletas antes de que los agentes tengan siquiera la opción de conocerlas adecuadamente. [...] En resumidas cuentas, la vida líquida es una vida precaria y vivida en condiciones de incertidum-

bre constante. [...] La vida líquida es una sucesión de nuevos comienzos, pero, precisamente por ello, son los breves e indoloros finales –sin los que esos nuevos comienzos serían imposibles de concebir– los que suelen constituir sus momentos de mayor desafío y ocasionan nuestros más irritantes dolores de cabeza. Entre las artes del vivir moderno líquido y las habilidades necesarias para practicarlas, saber librarse de las cosas prima sobre saber adquirirlas.¹

La vida social en este contexto resulta muy insegura, y la inseguridad parece ser el signo de la organización social posmoderna. Incluso en otra obra, este mismo autor advierte cómo la ciudad, que en un principio fue concebida para proteger a sus habitantes de los posibles invasores exteriores, hoy en día está asociada con la inseguridad. En efecto, en nuestra experiencia actual, el campo resulta ser un lugar más seguro que la ciudad, porque el enemigo es interior y no externo. Esta característica de la inseguridad de la vida posmoderna se muestra en el sinnúmero de recursos que se invierten en sistemas de seguridad: barrios cerrados, vigilancia, etc. Bauman sostiene:

Los miedos contemporáneos, típicamente “urbanos”, a diferencia de aquellos que antaño condujeron a la construcción de las ciudades, se concentran en el “enemigo interior”. Quien sufre este miedo se preocupa menos por la integridad y la fortaleza de la ciudad en su totalidad –como propiedad y garantía colectivas de la seguridad individual– que por el aislamiento y la fortificación del propio hogar dentro de aquella. Los muros que antes rodeaban la ciudad ahora la cruzan y se entrecruzan en varias direcciones. Vecindarios cercados, espacios públicos rigurosamente vigilados y de acceso selectivo, guardias armados en los portones y puertas electrónicas; todos ellos son recursos empleados contra el conciudadano indeseado más que contra los ejércitos extranjeros, los salteadores de caminos, los merodeadores y otros peligros desconocidos que aguardaban más allá de los portales.²

Bauman, siguiendo al neomarxismo de Theodor Adorno, propugna la emancipación de los oprimidos globales. Solo que a diferencia del pensamiento de Karl Marx, en este caso no hay *agente histórico*. Tampoco hay *clases* porque las clases han sido trasegadas en una sociedad y un mundo globalizado, donde –justamente– los oprimidos no constituyen una clase sino que son individuos que están solos.³ No me interesa profundizar en sus propuestas, que en general están en la senda de Foucault y de una emancipación llevada adelante a través de una *guerra de élites intelectuales*, pero me parece interesante tomar esta descripción de las sociedades posmodernas para estudiar las consecuencias

¹ Zygmunt Bauman, *Vida líquida*, Buenos Aires, Paidós, 2009, pp. 9 y 10.

² Zygmunt Bauman, *La globalización*, México, Fondo de Cultura Económica, 2010, pp. 64 a 65.

³ *Ibid.*, p. 192.

que esto tiene en la vida jurídica.⁴ El Estado-nación fue realizando una gradual regulación de la vida social, abandonando el *laissez faire* en la medida que se alejaba del siglo XVIII y se acercaba al XX. Así se llegó al Estado social de derecho. Lo que estos autores advierten es que, en el siglo XXI, el Estado-nación no es capaz de contener las injusticias sociales porque:

los mercados de capital y de bienes y servicios se han desplazado actualmente a un nuevo espacio socialmente extraterritorial, situado muy por encima del ámbito de soberanía de los Estados-nación y, por consiguiente, de la capacidad supervisora/equilibradora/paliadora de estos; los Estados-nación han quedado así encuadrados entre las víctimas de ese proceso de globalización del capital, en una posición similar a la ocupada por las autoridades locales al iniciarse la construcción misma del Estado-nación.⁵

Esta corriente neomarxista, desde mi punto de vista, critica lo mismo que generó. En efecto, en su resistencia a toda autoridad está parte del debilitamiento de la vida social contemporánea, dentro de la cual se enmarca el desprecio a la ley o *anomia* en la que están sumidas las *sociedades líquidas*. La anomia es “la falta o inadecuación de normas, objetiva o estructural, subjetiva o psicológica, total o parcial, máxima o mínima, especificada por su objeto o ámbito social (religioso, ético, político, jurídico –en las diversas ramas del derecho–, económica, ‘conyugal’, familiar)”⁶ La imagen utilizada por Bauman es muy buena y por eso la he tomado. Porque los chances de la pervivencia del *gobierno de las instituciones* por sobre la alternativa que hoy se nos presenta, *el gobierno de los jueces*, se enmarcan en este contexto *líquido* y de crisis del Estado.

En nuestro país y en el ámbito estrictamente jurídico, este fenómeno global tiene un buen ejemplo en la *teoría del realismo jurídico-penal marginal* de Eugenio Zaffaroni, llamado también *garanto-abolicionismo*. Me interesa realizar una breve digresión sobre él, porque es un muy buen ejemplo del *nihilismo jurídico* que reina en las sociedades líquidas y la tremenda confusión conceptual respecto de la ley y las instituciones del Estado democrático.

Se trata de un ideario que sostiene que hacer cumplir la ley, en el caso del derecho penal, es incompatible con la salvaguarda de los derechos humanos.⁷ Estas ideas no son

⁴ Para la influencia de Michel Foucault en Bauman, ver Zygmunt Bauman y David Lyon, *Vigilancia líquida*, Buenos Aires, Paidós, 2013. El planteo de estos autores es semejante al de Touraine, quien describe cómo en la edad moderna se reemplazó el paradigma religioso por el político, y en la edad contemporánea el político por el económico y social. En todos estos casos se ha dado una emancipación de la nobleza, de la burguesía, etc. ¿Cuál es el paradigma de la posmodernidad? Touraine responde que el nuevo paradigma superador del económico y social es el “paradigma cultural”. Cf. Alain Touraine, *Un nuevo paradigma*, Buenos Aires, Paidós, 2006.

⁵ Bauman, *Vida líquida*, op. cit., p. 195.

⁶ José María Medrano, *Para una teoría general de la política*, Buenos Aires, Educa, 2012, p. 68.

⁷ Cf. Eugenio Raúl Zaffaroni, *En busca de las penas perdidas. Deslegitimación y dogmática jurídica*, Buenos Aires, Ediar, 1989, p. 152.

originales, anidan en las del noruego Niels Christie,⁸ quien a su vez fue precedido por el psiquiatra Karl Menninger, quien sostenía que la palabra *justicia* era subjetiva y emocional, y, por lo tanto, carente de significado.⁹ En el ámbito jurídico, esta misma afirmación fue formulada por Alf Ross, quien sostenía que decir *justicia* era equivalente a pegar un golpe sobre la mesa, es decir, una expresión emocional, irracional y vacía:

Invocar la justicia es como dar un golpe sobre la mesa: una expresión emocional que hace de la propia exigencia un postulado absoluto. Esta no es una manera adecuada de obtener comprensión mutua. Es imposible tener una discusión racional con alguien que apela a la “justicia”, porque nada dice que pueda ser argüido en pro o en contra. Sus palabras constituyen persuasión, no argumento. La ideología de la justicia conduce a la intolerancia y al conflicto, puesto que por un lado incita a la creencia de que la demanda propia no es la mera expresión de un cierto interés en conflicto con intereses opuestos, sino que posee una validez superior, de carácter absoluto, y por otro lado, excluye todo argumento y discusión racionales con miras a un compromiso. La ideología de la justicia es una actitud militante de tipo biológico-emocional, a la cual uno mismo se incita para la defensa ciega e implacable de ciertos intereses.¹⁰

Pero en el caso del abolicionismo penal argentino se va más lejos porque, a diferencia del realismo jurídico escandinavo, no hay más propuesta que la anulación de la punición.

Quizás sea Michel Foucault el principal antecedente filosófico del abolicionismo vernáculo y quien pone en jaque la misma esencia del gobierno de la ley, al sostener que el poder no está garantizado ni afianzado en esta sino en las distintas técnicas de control social.¹¹ El *garanto-abolicionismo* se encuentra elocuentemente descrito por una de sus víctimas, la filósofa argentina Diana Cohen Agrest,¹² al sostener que en realidad se invierten los roles nacidos de las teorías contractualistas modernas, según las cuales, el ciudadano delegaba su poder en el Estado, a cambio de que este garantizara su protección, pues ahora el ciudadano debe ser protegido del Estado, que es el verdadero autor de todos los crímenes.¹³

Esta autora advierte que el *garanto-abolicionismo* es producto de teorías psiquiátricas, psicológicas o sociológicas, es decir, extrajurídicas, que se aplican a lo jurídico sin

⁸ Cf. Niels Christie, “Los conflictos como pertenencia”, en *De los delitos y de las víctimas*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 1992.

⁹ Cf. Karl Menninger, *The crime of Punishment*, New York, Viking Press, 1968.

¹⁰ Frase de Alf Ross en su obra *Sobre el derecho y la justicia*, citado en Jorge Guillermo Portela, *La obediencia al derecho y otros ensayos*, Buenos Aires, Educa, 2003, p. 108.

¹¹ Cf. Michel Foucault, *Vigilar y castigar*, México, Siglo XXI, 1975.

¹² Un hijo de Diana Cohen Agrest, Ezequiel Agrest, de 26 años, fue asesinado en 2011 durante un asalto en el barrio de Caballito, Capital Federal. La autora es doctora en Filosofía de la UBA y magíster en Bioética de la Monash University de Australia.

¹³ Cf. Diana Cohen Agrest, *Ausencia perpetua*, Buenos Aires, Debate, 2013, p. 120.

la debida adecuación. Las ideas de Foucault, por ejemplo, constituyen una genealogía o historia social que no fue pensada para poner en práctica sin solución de continuidad en una sociedad concreta. Otras teorías fueron acuñadas teniendo en cuenta regímenes totalitarios o experiencias personales en *campos de concentración* que no deben aplicarse analógicamente a una situación de Estado de derecho democrático.¹⁴ En todo caso, siempre está presente una visión sesgada del hombre, cierto optimismo antropológico o *angelismo* aplicado a los sectores sociales desfavorecidos en detrimento de aquellos de mayores ingresos, que se muestra en la utilización de eufemismos tales como el uso de la palabra *conflicto* o *situación problemática* en vez de *delito* o *crimen*, y una tergiversación de los derechos fundamentales y de la función que cumple ese instituto en un Estado democrático.¹⁵

La profesora Cohen Agrest explica que estas posturas se fundamentan en la siguiente idea:

[L]a dogmática del derecho legitima el estado de cosas de manera tal que funciona como un elemento reaccionario para obstaculizar los cambios que deben operarse en la sociedad. La deslegitimación del sistema penal vigente sería entonces un paso histórico obligado, porque dicho sistema es ineficaz o bien, en el mejor de los casos, posee una eficacia social paradójal: según piensan, causa más violencia que la que previene, principalmente a través de los abusos represivos y de las prisiones preventivas [...]. A juicio del realismo jurídico-penal marginal, si solo se persigue el delito y se omite la estructura de poder en cuyo marco el delito se produce y es castigado, se olvida que el causante de todos los males es el Estado que se vale de su poder policiaco, y se pasa por alto que “no se puede explicar el delito sin analizar el aparato de poder que decide qué define y qué reprime como delito”.¹⁶ En contrapartida, la función genuina del derecho penal consiste, según sostiene el garanto-abolicionismo, en poner obstáculos al poder punitivo del Estado, el verdadero mal que hay que controlar y combatir.¹⁷

De este modo, en Argentina, generaciones enteras de juristas han sido educadas en el criterio de que el fin verdadero del derecho penal es poner obstáculos al poder punitivo del Estado, y con esa formación han llegado a fiscalías y juzgados.

El problema de la inseguridad ciudadana y la delincuencia se repite en varios países de Iberoamérica y de Occidente en distinto grado, y podría considerársele el más grave, en tanto que lo que se pierde son vidas humanas, es decir, el derecho más importante que una persona puede disfrutar, pues sin el goce del derecho a la vida es imposible dis-

¹⁴ *Ibid.*, pp. 103 y ss.

¹⁵ *Ibid.*, p. 107.

¹⁶ La cita es de Eugenio Zaffaroni, Alejandro Alagia y Alejandro Slokar, *Manual de derecho penal*, Buenos Aires, Ediar, 2006, p. 125. Obsérvese que se trata de un manual que leerán y estudiarán alumnos de grado de las facultades de Derecho.

¹⁷ Cohen Agrest, *op. cit.*, pp. 122 y 123.

frutar de ningún otro. Pero el problema de la inseguridad no solo se vincula con delitos violentos y crímenes callejeros, sino con un estado general de corrupción enquistada culturalmente en nuestros países, caracterizada por el desapego a las leyes, frecuentemente ignoradas y quebrantadas.¹⁸

El problema de la anomia y la *liquidez* de las leyes –es decir, su variación, ambigüedad y aplicación selectiva– es estructural y abarca todos y cada uno de los aspectos de la vida social. El libro académico de mayor venta a nivel mundial del último año se orienta a probar que la *anomia* es la principal generadora de pobreza del mundo. En efecto, Acemoglu y Robinson dan cuenta, a través de un extendido estudio a lo largo de la historia y geografía del globo, de la relación existente entre la prosperidad de los países y el *imperio de las instituciones*. A pesar de dedicar largas páginas a África y Asia, el libro trata el caso de Argentina en varios lugares, haciéndose eco de lo dicho por Simon Kuznets, quien asegura que existen cuatro tipos de países: desarrollados, subdesarrollados, Japón y Argentina.¹⁹

En efecto, los autores aluden a la Argentina al describir la fundación de Buenos Aires y las instituciones y prácticas del período hispánico en nuestro territorio,²⁰ y desarrollan otro acápite referido al tristemente célebre *corralito* bancario,²¹ pero la alusión más relevante a nuestro país es sin duda la que realizan de la historia de nuestra Suprema Corte de Justicia de la Nación y del control de constitucionalidad. La manera en que se desarrolló la relación entre nuestra Corte y el poder político a partir de las primeras décadas del siglo XX es parangonada con lo sucedido en Estados Unidos de América en el mismo período a partir de la crisis desencadenada por el presidente Roosevelt y el cuestionamiento de constitucionalidad que recibieron algunas de las leyes que formaban parte del *New Deal*. En 1937, el presidente cuestionó la facultad de la Corte norteamericana de practicar el control de constitucionalidad de acuerdo con la doctrina de caso *Madbury v. Madison* de 1803, y envió un proyecto de ley al Congreso para establecer una edad máxima de jubilación de los jueces a los 75 años. De haber prosperado este proyecto, Roosevelt podría haber nombrado seis jueces nuevos y se hubiera desembarazado de los magistrados más conservadores que cuestionaban la constitucionalidad de sus medidas económicas. Pero el proyecto generó bastante resistencia popular, y el Congreso lo rechazó a pesar de que el Partido Demócrata tenía mayoría en ambas cámaras. Lo que Acemoglu y Robinson enfatizan es que, con diez años de diferencia, la Corte Suprema argentina sufrió su primera modificación importante en 1947, cuando se destituyeron tres jueces y uno dimitió. Esta situación se repitió sistemáticamente a lo largo del siglo XX y lo que va del XXI. Los autores concluyen:

¹⁸ Para el problema de la anomia, cf. Carlos Santiago Nino, *Un país al margen de la ley*, Buenos Aires, Emecé, 1993.

¹⁹ Daron Acemoglu y James A. Robinson, *Por qué fracasan los países. Los orígenes del poder, la prosperidad y la pobreza*, Buenos Aires, Ariel, 2013, p. 449.

²⁰ Cf. *Ibid.*, p. 24.

²¹ Cf. *Ibid.*, p. 448.

Desde la independencia, Argentina ha sufrido la mayoría de los problemas institucionales que han asolado América Latina. Ha quedado atrapada en un círculo vicioso, no virtuoso. En consecuencia, los desarrollos positivos, como los primeros pasos hacia la creación de un Tribunal Supremo independiente, nunca se afianzaron. Con el pluralismo, ningún grupo quiere ni osa derrocar el poder de otro, por miedo a que su propio poder sea cuestionado posteriormente. Al mismo tiempo, la amplia distribución de poder hace que dicho derrocamiento sea difícil. Un Tribunal Supremo puede tener poder si recibe un apoyo significativo de segmentos amplios de la sociedad dispuestos a rechazar intentos de viciar la independencia del Tribunal. Eso es lo que ha sucedido en Estados Unidos y no en la Argentina.²²

En otras palabras, lo que sucedería en Argentina, Latinoamérica, y en muchos países que no logran alcanzar un nivel deseable de prosperidad económica, es que esta se ve coartada por la ausencia de respeto a las instituciones, que sí tiene vigencia en otros países como Estados Unidos, Australia, Canadá o Singapur. El análisis yuxtapuesto del respeto a la Constitución y a la Suprema Corte es solo un ejemplo del extremo que se invoca.

2. Seguridad, Estado de derecho e imperio de las instituciones

Lo que Acemoglu y Robinson sostienen es que lo que asegura la prosperidad de los países es la vigencia en ellos del *imperio de las instituciones*. Toda la obra está dedicada a probar cómo la prosperidad no está vinculada a la geografía como señala Montesquieu, ni a la religión como sostiene Weber, ni a ninguna otra cuestión racial o cultural que no sea la del respeto a instituciones participativas, organizadas y pluralistas.

Entre nosotros, Andrés D'Alessio ha sostenido ideas análogas, al comparar el crecimiento del producto bruto argentino durante los períodos 1880-1930 y 1930-1980. En los primeros cincuenta años, el respeto a la ley y a las instituciones establecidas habría alcanzado en Argentina un nivel semejante al de los demás países desarrollados (con las salvedades que corresponden) y la tasa de crecimiento anual giró en torno al 5%, mientras que en el segundo medio siglo estudiado –con seis golpes de Estado incluidos–, la tasa de crecimiento del producto bruto nacional apenas se ubicó en terreno positivo con un 0,7% anualizado.²³

Pero en realidad, la idea ya está presente en Aristóteles, con especial énfasis de Julián Marías, en este aspecto. En efecto, el filósofo español ha sostenido que la importancia

²² *Ibid.*, p. 388.

²³ Andrés J. D'Alessio, "El acatamiento del derecho y el desarrollo en América Latina (acerca de una función del derecho que suele olvidarse)", en *Estado de derecho y democracia, SELA 2000 Seminario en Latinoamérica de Teoría Constitucional y Política*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2001, p. 9.

de dar estabilidad a cualquier régimen político desarrollada en el libro V de la *Política*²⁴ muestra que la preocupación central de Aristóteles es la inseguridad: “el tema de la ciencia política no es el ideal de *politeia*, la constitución perfecta, sino algo mucho más modesto, pero más apremiante: la seguridad (*asphaleia*)”.²⁵ Y la interacción de estas ideas con las volcadas en el libro VII pareciera indicar que para Aristóteles hay una relación entre la estabilidad política, la seguridad y la prosperidad de la *polis*.

Entre nosotros, Portela se pronuncia en el mismo sentido al advertir que, en realidad, la seguridad constituye la motivación primera y radical que preside el establecimiento del derecho: “No es normalmente, la justicia, sino una consideración más pedestre, si se quiere, pero de una urgencia infinitamente mayor: la necesidad de crear un orden social y una seguridad en la vida de relación”.²⁶ Para luego definir la seguridad como el reflejo del orden en las situaciones individuales, por lo que desde el momento en que existe el orden, el individuo sabe a qué atenerse sobre su situación en cualquier tipo de relaciones. Este concepto de seguridad implica de algún modo la justicia, pues no puede haber justicia si nadie sabe a qué atenerse por no existir una norma jurídica que regule las situaciones de cada uno, “no hay modo de averiguar si es justa la regulación de esas situaciones, puesto que no existe tal regulación”.²⁷ Esto último nos lleva a concluir que la seguridad es una exigencia de la justicia, pero es la norma una exigencia de la seguridad; de ahí que cuando gobierna la norma, la sociedad ha alcanzado la seguridad y tiene el camino allanado para alcanzar también la justicia.

Para una definición de seguridad que nos permita seguir avanzando, he elaborado la siguiente: cualidad de una comunidad política según la que a través del orden –conformado por la vigencia de la ley y el imperio de la autoridad– se adquieren las certezas necesarias para alcanzar el bien común.²⁸

Lo que he traducido por *imperio de las instituciones* es lo que en el ámbito del *common law* se denomina *rule of law*. He optado por esta expresión en vez de *Estado de derecho*, pues ella ha sido utilizada para señalar distintas formas de organización política en los últimos 200 años, algunas de las cuales pervierten el concepto original. Ello es así porque el *rule of law* va más allá de un mero cumplir con la ley. En efecto, es necesario distinguir el *rule of law* del *rule by law*, es decir, de la aplicación de la ley y del principio de legalidad. Este *imperio de las instituciones* consiste en instituciones políticas y jurídicas en las que la participación ciudadana es amplia y apoyan una organización política pluralista en la

²⁴ Aristóteles, *Política*, Libro V, par. 1307b y ss.

²⁵ Julián Marías, “Introducción”, en Aristóteles, *Política*, edición bilingüe, trads. Julián Marías y María Araújo, Introducción y notas de Julián Marías, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1983, p. 57. En el mismo sentido, Carlos García Gual, “Introducción”, en Aristóteles, *Política*, Madrid, Alianza Editorial, 2003, p. 26. Esta última es la edición que utilizo.

²⁶ Jorge Guillermo Portela, *Una introducción a los valores jurídicos*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2008, p. 71.

²⁷ *Ibid.*, p. 72.

²⁸ Cf. Ignacio Rodríguez Varela, *Seguridad pública y política criminal argentina, teoría y práctica de una criminología realista*, Buenos Aires, Educa, 2013, p. 89.

que prevalece el respeto mutuo y la idea de bien común. De acuerdo con este concepto, puede considerarse justa una organización social en la medida en que distintos grupos sociales con suficiente representación tienen voz y voto en las decisiones, y siguen ciertos criterios generales comunes en los que se basa la amistad política.

Lo contrario a esta alternativa es el derecho del más fuerte, sea el más fuerte aquel que controle al congreso, al ejército, a los sindicatos, a los medios de comunicación, a las organizaciones sociales no institucionales de estructura clientelar, al poder económico o a una combinación de estos. En definitiva, estas dos alternativas frente a la organización de la comunidad política están bien descritas en el Libro I de la *República* de Platón, en la voz de Trasímaco, quien sostiene que las leyes son la expresión del interés del grupo más fuerte dentro de la sociedad, por lo que resulta correcto afirmar que la fuerza hace al derecho, y no la justicia:

Cada Gobierno establece leyes según su propia conveniencia: la democracia leyes democráticas, la tiranía leyes tiránicas, y del mismo modo las otras. Una vez establecidas declaran que para los gobernados lo justo es lo que les resulta conveniente y castigan al que se aparta porque es anárquico e injusto. Entonces, mi excelentísimo amigo, esto es lo que digo que es justo en todas las ciudades por igual: lo que conviene al Gobierno establecido. Este es seguro el que domina la situación, de manera que sucede en todas partes que lo justo es lo mismo para el que sabe razonar correctamente: lo que conviene al más poderoso.²⁹

Platón responde a este argumento sosteniendo que, en realidad, el gobernante que gobierna para sí y no según lo que conviene a la ciudad es un mal gobernante: “Nadie en ningún gobierno, en tanto gobernante, analiza ni prescribe lo que le conviene a él mismo, sino al gobernado, es decir a aquel a quien está destinada su labor, y dice todo lo que dice y hace todo lo que hace para cuidarlo a él y disponer lo que le conviene”.³⁰ Y ello es así pues, como el mismo Trasímaco concedió, “las técnicas gobiernan y dominan su objeto”³¹ y el objeto del gobierno son los gobernados. Si siguiéramos el razonamiento de Platón en este y otros lugares, tendríamos que afirmar que el *gobierno de las instituciones* o *rule of law*, en los términos de este trabajo, es el único gobierno ordenado, siendo su contrario una perversión del gobierno, aquel que no responde a la ley de la técnica del gobierno.³²

Otro elemento indispensable de la noción de *rule of law* es la *previsibilidad*, como señala Garzón Valdés, “el dominio de disposiciones generales (leyes) que aseguran la previsibilidad de las consecuencias del comportamiento humano al establecer el carác-

²⁹ Platón, *República*, Libro I, Buenos Aires, Losada, 2005, pars. 338e y 339a. Esta es la edición que utilizo.

³⁰ *Ibid.*, par. 342e.

³¹ *Ibid.*, par. 342c.

³² “La perfección está en cada cosa a la que se le ha asignado una función” (Cf. *Ibid.*, par. 353b). “¿Acaso hay algo que convenga más a cada una de las técnicas que ser lo más acabadas posible?” (*Ibid.*, par. 341d).

ter deóntico de los actos del hombre”.³³ Esta necesidad de previsibilidad se funda en la debilidad del espíritu humano reconocida por todos los autores clásicos. Está presente en Platón y Aristóteles, pero también en autores de la modernidad como Hobbes, Locke y Kant. Este último acuña la idea de la *sociabilidad asocial* (*ungesellige Geselligkeit*) para describir esta idea:

El problema del establecimiento del Estado tiene solución, incluso para un pueblo de demonios [...] y el problema se formula así: ordenar la muchedumbre de seres racionales que, para su conservación, exigen conjuntamente leyes universales, aun cuando cada uno tienda en su interior a eludir la ley, y establecer su constitución de modo tal que, aunque sus sentimientos particulares sean opuestos, los contengan mutuamente de manera que el resultado de su conducta pública sea el mismo que si no tuvieran tales malas inclinaciones.³⁴

En relación con este párrafo, Garzón Valdés sostiene que el *rule of law* es la garantía de seguridad colectiva y de igualdad de tratamiento de personas y actos iguales, y de este modo estaríamos librados de la arbitrariedad del Gobierno, en los términos en que el escéptico Trasímaco describía. Ciertamente, la igualdad y la ausencia de dominación constituyen una nota esencial de cualquier sistema político republicano.³⁵ Ian Shapiro sostiene que una de las notas fundamentales de la democracia es justamente la ausencia de dominación, y que en ello confluyen democracia y justicia, pues “las explicaciones más convincentes de ambos ideales implican compromisos con la idea de ausencia de dominación. [...] El reto es dar con maneras de limitar la dominación y minimizar a la vez las interferencias con las jerarquías legítimas y las relaciones entre poderes”.³⁶

Pero ello no es suficiente, pues la previsibilidad e igualdad son requisitos necesarios para alcanzar la seguridad y la justicia, pero de ningún modo suficientes: podríamos estar frente a un mero gobierno legislativo, el viejo *Estado de derecho* decimonónico, permeable a los más radicales totalitarismos. A este respecto, Gustavo Zagrebelsky recuerda:

[N]o es de extrañar que en la época de los totalitarismos de entre guerras se pudiese originar una importante y reveladora discusión sobre la posibilidad de definir tales regímenes como “Estados de derecho”. Un sector de la ciencia constitucional de aquel tiempo tenía interés en presentarse bajo un aspecto “legal”, enlazando así con la tradición decimonónica. Para los regímenes totalitarios se trataba de cualificarse no como una fractura, sino como la culminación en la legalidad de las

³³ Ernesto Garzón Valdés, “What is Wrong with the Rule of Law?”, en *Estado de derecho y democracia*, SELA 2000 Seminario en Latinoamérica de Teoría Constitucional y Política, op. cit., p. 72.

³⁴ Immanuel Kant, *La paz perpetua*, Madrid, Tecnos, 1985, p. 38.

³⁵ Richard Bellamy, *Constitucionalismo político. Una defensa republicana de la constitucionalidad de la democracia*, Madrid, Marcial Pons, 2010, pp. 163 y ss.

³⁶ Ian Shapiro, *La teoría de la democracia en el mundo real*, Madrid, Marcial Pons, 2011, pp. 269 a 270.

premisas del Estado decimonónico. Para los juristas de la continuidad no existían dificultades. Incluso llegaron a sostener que los regímenes totalitarios eran la “restauración” –tras la pérdida de autoridad de los regímenes liberales que siguió a su democratización– del Estado de derecho como Estado que, según su exclusiva voluntad expresada en la ley positiva, actuaba para imponer con eficacia el derecho en las relaciones sociales, frente a las tendencias a la ilegalidad alimentadas por la fragmentación y la anarquía social.³⁷

Para lograr esto, se reducía el concepto de *Rechtsstaat* a una noción meramente formal, desvinculada del liberalismo que le daba fundamento. Curiosamente, Carl Schmitt inicialmente se opuso a asociar al Estado nacionalsocialista con el *Rechtsstaat* burgués, para luego aceptar la tesis de la continuidad, pero sin darle ningún significado constitucional.³⁸

Ciertamente, el concepto de Estado de derecho es tan amplio que ha cobijado y continúa cobijando muy distintas realidades constitucionales, pero aun en sus vertientes más aceptadas –el Estado *liberal* de derecho y el Estado *social* de derecho–, siempre nos encontramos con una realidad muy diferente del *rule of law*, diferencia que se encuentra en su misma génesis. Zagrebelsky recuerda que el Estado de derecho tiene como principal elemento constitutivo el principio de legalidad, es decir, la idea de la ley como acto normativo supremo e irresistible al que no es oponible ningún otro derecho. Esta concepción parlamentaria del Gobierno y de la autoridad fue el principal instrumento jurídico para la suplantación de la tradición jurídica del *ancien régime*, reduciendo todas las fuentes de derecho a la ley. Se lograba de este modo la centralización del poder político del Estado moderno, perpetuando una concepción absolutista del Estado. Se suplantó al absolutismo regio por el parlamentario.³⁹

En ese sentido, Dalmacio Negro, al teorizar sobre la necesaria distinción entre *Gobierno* y *Estado*, sostiene que en este proceso de establecimiento del *Estado de derecho* se confunde al *Gobierno* con el *Estado*, y que el *Rechtsstaat* se constituye como algo interpuesto entre el Gobierno y el orden natural, de modo que se obligase al Gobierno a conducirse con arreglo al derecho, gobernando con moderación. Pero de ese modo se

³⁷ Gustavo Zagrebelsky, *El derecho dúctil*, Madrid, Trotta, 2003, pp. 22.

³⁸ El impacto de las ideas de la Revolución Francesa en los reinos y ducados alemanes terminó alumbrando al Estado de derecho, que estaba concebido en función de la unidad de la sociedad política alemana en un *Reich*, es decir, de lograr la unificación de todos aquellos que tenían una cultura alemana común en una democracia. Pero cuando luego el *Rechtsstaat* fue exportado al resto de los países, estos lo recogieron en una versión abstracta y formal, separada de la cultura que le dio origen y coherencia interna. A través de esta transformación, el Estado de derecho “presupone una identificación entre justificación de la actividad estatal y legitimidad legal, esto es, que la primera solo puede ser regida por leyes y ejercida de conformidad con la última. La voluntad del soberano estatal se impersonaliza en el acatamiento a la generalidad de la ley. La teoría política se comprime a teoría del Estado y la teoría jurídica a teoría de la legalidad, y ambas acaban confundándose” (Luis María Bandieri, *La matriz iuspublicista romano-latina en el derecho constitucional*, Buenos Aires, Ediciones Universitarias Ego Ipse, 2010, p. 115).

³⁹ Cf. *Ibid.*, p. 24.

fue perdiendo de vista *lo político* o identificándose con la estatalidad, siendo el Estado de derecho no solo un artificio creado mediante leyes, sino un artificio que somete todos los conflictos a su legalidad.⁴⁰

Esta pérdida de *lo político* se aprecia diáfamanamente en el positivismo de matriz kelseniana, y es lo que quedará del viejo Estado de derecho en el nuevo Estado constitucional. Más abajo me referiré a la situación de la pérdida de la política en el neoconstitucionalismo, pero es de relevancia tomar registro de ella en esta etapa anterior. En efecto, Negro Pavón sostiene:

Estado de derecho significa un Estado que ha renunciado internamente a la política al rehusar, en tanto ordenamiento jurídico del orden estatal, la decisión política, innecesaria cuando impera el orden estatal y rigurosamente neutral. Es un Estado apolítico y administrativo. [...] En el Estado de derecho, el soberano es formalmente el Derecho y materialmente la Nación; pero se trata del Derecho producido por el propio Estado (juez y parte). [...] En resumen, la concepción normativista del orden, propia del Estado de derecho vigente en los países de la Unión Europea, ha debilitado excesivamente lo político, al Gobierno propiamente dicho, que es, ante todo, poder de decisión, y casi ha eliminado la política.⁴¹

El *rule of law*, en cambio, es producto del lento proceso desarrollado sin pausa en Inglaterra desde la Revolución Gloriosa, en el que no se buscó suplantarse un absolutismo por otro, sino más bien reemplazar la misma idea de poder absoluto por la de un sistema jurídico-político complejo, el *common law*.⁴² El parlamento inglés se constituyó no en un poder absoluto reemplazante del regio, sino en un órgano tutelar de los *privilegios y las libertades* de los ingleses; un órgano más jurisdiccional que legislativo, pues su origen es el de una instancia de consulta del rey para mejorar el derecho existente cuando este arrojaba malos resultados. Este procedimiento no estaba en las antípodas del modelo judicial, pues “en ambos casos regía la exigencia del ‘*due process*’, que implicaba la garantía para todas las partes y para todas las posiciones de poder hacer valer sus propias razones (*audiatur et altera pars*) en procedimientos imparciales. Por su parte, la función legislativa se concebía como perfeccionamiento, al margen de intereses de parte, del derecho existente”.⁴³

Los criterios utilizados para la *extracción* del derecho de los casos concretos han sido: *circumstances, conveniency, expediency, probability*. No se trató de una deducción a partir de un *primum verum* racional e inmutable, sino de un ejercicio inductivo a partir de casos concretos, mediante *challenge and answer, trial and error*. Por lo tanto, no había

⁴⁰ Cf. Dalmacio Negro, *Gobierno y Estado*, Madrid, Marcial Pons, 2002, p. 31.

⁴¹ *Ibid.*, pp. 77 a 79.

⁴² El vocablo *law* en las expresiones *rule of law* y *common law* no hace referencia a la ley como voluntad política soberana (sea legislativa o no) sino más bien a un *producto de la justicia*.

⁴³ Zagrebelsky, *op. cit.*, p. 26.

en el parlamento una clara distinción entre la actividad judicial y la legislativa, siendo esta producto de la primera, al modo de un tribunal de justicia medieval.⁴⁴

Por el contrario, en el caso del Estado de derecho, en sus distintas variantes, estamos en presencia de un poder (legislativo) que decide unilateralmente, cuya formulación es cerrada y concluyente, al modo de un sistema cerrado, desentendido de los casos concretos. Incluso ha tenido una formulación vacía que le permitió albergar totalitarismos contrarios al liberalismo que lo alumbró constitucionalmente. Esta concepción, expandida por todo Occidente, especialmente en el ámbito continental, arrojó resultados inaceptables para la reflexión jurídico-política de la segunda posguerra. Ofrezco, a guisa de ejemplo, el debate entre H. L. A. Hart y Lon Fuller publicado en la *Harvard Law Review* en 1958 acerca de si el ordenamiento jurídico alemán de la entonces República Federal Alemana estaba en condiciones de perseguir penalmente actos atroces cometidos durante el período nacionalsocialista, pero que estaban autorizados o incluso ordenados por las leyes vigentes en ese tiempo. La existencia misma y los términos del debate demostrarán que el positivismo jurídico ya tenía extendida en 1958 su partida de defunción.⁴⁵

3. Ley líquida y gobierno de los jueces

En ese contexto es que ha ido cobrando vigor, en movimiento pendular, la idea de que el poder judicial debe ocupar un nuevo papel en la constitución política de las naciones y aun de los organismos supranacionales, con una vinculación débil a la ley. Esta sería una de las principales características del actual *Estado constitucional*, en el que la ley ha perdido la supremacía que ostentara otrora. En efecto, la ley no posee ya las características de generalidad y abstracción, y se ha vuelto la expresión de la existencia de una gran cantidad de grupos y estratos sociales que participan del *mercado de las leyes*, dando lugar a una gran cantidad de leyes sectoriales.⁴⁶ Esta pugna de sectores antagónicos en total ausencia de un horizonte de bien común en donde hacer descansar la amistad política, conduce a la heterogeneidad de los valores e intereses perseguidos por la ley y a su falta de coherencia intrínseca. Ya no es el Estado, a través de la ley, el que pone fin a los conflictos de valores que hay en la sociedad, sino que es la misma ley estatal un instrumento de enfrentamiento social, es la arena donde se desarrollan. De ahí que las leyes actuales, para poder alcanzar el consenso que necesitan, son con-

⁴⁴ Martín Kriele, *Introducción a la teoría del Estado*, trad. Eugenio Bulygin, Buenos Aires, Depalma, 1980, p. 146.

⁴⁵ Sobre la vigencia de este debate, ver Peter Cane, *The Hart-Fuller Debate in the Twenty-First Century*, Oxford and Portland, Hart Publishing, 2010.

⁴⁶ La creación de la ley a la manera de un contrato en el que participan distintos sectores antagónicos hace que prevalezca la ocasionalidad y el cambio por sobre la generalidad tanto material como temporal. Cf. Zagrebelsky, *op. cit.*, p. 36.

tradictorias, caóticas, oscuras y expresan la idea de que todo es negociable.⁴⁷ La ley queda entonces en una situación de *liquidez*, en el sentido que Bauman da al término, es decir: *precaria, incierta, cambiante*.

Por lo tanto, los jueces ya no pueden circunscribirse a ser “la boca que pronuncia las palabras de la ley”, pues la ley no tiene la última palabra. Y la política, expresada en los *poderes políticos*, tampoco la tiene, por lo explicado más arriba. La última palabra es de los jueces, que resolverán según la interpretación igualmente *líquida* de la constitución y de las convenciones internacionales. El peligro para la democracia es ostensible: cuando las mayorías no pueden tomar decisiones respecto de un proyecto político concreto, sin atravesar primero el *nihil obstat* de la corte constitucional y los tecnócratas, estamos en presencia de un régimen que no puede ser considerado democrático.⁴⁸ Incluso se ha llegado a afirmar que el *neoconstitucionalismo* sacrifica la democracia por los derechos.⁴⁹

Así, frente al (posible) autoritarismo del gobierno de la mayoría del Estado de derecho, se yergue el (aún más posible) autoritarismo judicial. Pues, como sostiene Richard Bellamy, toda decisión será siempre polémica y afectará a una cantidad de personas que no estará de acuerdo; pero un procedimiento en el que las distintas perspectivas pueden expresarse, en un contexto de respeto mutuo, donde hay ámbitos de búsquedas de integración y consenso, y que posibilite que las decisiones sean modificadas cuando haya que tener en cuenta nueva información o cambien las circunstancias, encontrará siempre una mayor aceptación de la comunidad que dejar la decisión en manos de unos pocos hombres, que no tienen representación política, ni son directamente responsables de su ejecución, como son los jueces. Y luego aclara:

Por supuesto, el proceso político no es perfecto. Pero tampoco lo es el judicial. De hecho ya hemos visto que sufre de alguna de las mismas dolencias. Se acepta tan solo en sociedades pluralistas en las que, dado el carácter poliárquico y pluralista de las relaciones sociales, es improbable la tiranía de la mayoría; y es tan efectivo cuando se trata de defender la mayoría frente a la minoría como cuando no hay mayoría consistente. Y [...] pone en riesgo tanto la integridad del proceso legal como la del democrático.⁵⁰

Por otro lado, en la efectivización de la constitución y los derechos, los jueces tienden a soslayar los hechos y la realidad concreta en la que aplicarán sus decisiones. Cualquier resistencia factual a las decisiones de los jueces es considerada un atentado a la democracia. En realidad, la generación de las condiciones de aplicación del derecho corresponde

⁴⁷ Según Gustavo Zagrebelsky, la manera que tienen los Estados de superar esta situación de caos legislativo actual es a través de la Constitución, que impone un derecho por sobre la ley y por sobre el legislador. Se pone “derecho sobre derecho”. Cf. *Ibid.*, pp. 37 y ss.

⁴⁸ Ermanno Vitale, “¿Teoría general del derecho o fundación de una república óptima?”, en Luigi Ferrajoli, *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, Madrid, Trotta, 2001, p. 71.

⁴⁹ Anna Pintore, “Derechos insaciables”, en Luigi Ferrajoli, *op. cit.*, p. 247.

⁵⁰ Bellamy, *op. cit.*, p. 67.

más bien a la política. Los jueces tienden a negarse a sí mismos el hecho inevitable de que la realidad fáctica condiciona la aplicación del derecho. En el neoconstitucionalismo, el derecho y la moral se confunden, y cuando el derecho se identifica con la moral, adquiere la incondicionalidad de esta.⁵¹ Barzotto pone como ejemplo el caso de derechos que requieren para su efectivización importantes consideraciones de orden económico-financiero:

El normativismo neoconstitucionalista lleva a interpretar la quiebra financiera del Estado como un hecho colateral irrelevante en las consideraciones puramente morales que deben orientar el raciocinio del jurista en la efectivización de derechos sociales. No es difícil ver dónde termina este tipo de postura: la plena aceptación de las consecuencias de la tesis “*fiat iustitia et pereat mundus*”. Para el neoconstitucionalismo, la Constitución es un pacto suicida.⁵²

En el Estado neoconstitucional, el juez es un activista que se entrega al reparto de derechos entre los distintos individuos o colectivos sociales, mientras el Gobierno observa impávido e intenta cumplir sus mandatos onerosos y muchas veces desmesurados, o llevar adelante algún proyecto de transformación social sin vulnerar los intereses egoístas de ningún ciudadano. Es decir, una tarea de imposible realización. Sin la objetividad de la ley ni la vara de la justicia, se da un paso impropio del ámbito objetivo al subjetivo: en efecto, el significado concreto que tiene la frase “*tengo derecho a...*” es “*tengo deseo a...*”. Así los deseos individuales reciben el tratamiento de derechos que objetivamente no poseen, en tanto el derecho es siempre la relación del sujeto con una cosa, y no consigo mismo. Al no haber una fundamentación sólida en normas de convivencia del carácter del *gobierno de las instituciones*, no hay convencimiento de las razones que llevan a un tribunal a tomar una decisión u otra, volviéndose los derechos una máscara para sostener pretensiones subjetivas y totalmente arbitrarias, intereses y preferencias incapaces de hacer valer en la esfera pública por medio de razones. Los juristas, en tanto, se ven envueltos en esta situación en la que existe una distancia entre el significado de sus argumentaciones jurídicas –que es objetivo– y el uso que se hace de ellas –que es subjetivo–.⁵³

⁵¹ Para la confusión entre derecho y moral en el neoconstitucionalismo me remito a Carlos Alberto Gabriel Maino, “Derechos humanos y Estado constitucional: desafíos actuales. Neutralidad estatal, paneticismo y activismo judicial”, en George Salomao Leite e Ingo Wolfgang Sarlet (coords.), *Jurisdição constitucional, democracia e direitos fundamentais*, Salvador de Bahía, Editora Podium, 2012, pp. 143 a 170.

⁵² Luis Fernando Barzotto, “Positivismo, neoconstitucionalismo y activismo judicial”, en *Retos del Derecho Constitucional*, Astrea-Universidad de la Sabana, en prensa.

⁵³ Según Barzotto, estamos en presencia de una escisión entre el uso y el significado de las proposiciones morales: “Há uma distinção entre o significado da proposição ‘Tenho direito à saúde’ e ‘Quero ter saúde’. Na primeira, há um um vínculo objetivo entre o sujeito e a saúde: o ‘direito’. A segunda expressão, ‘quero ter saúde’, não expressa um vínculo objetivo entre o sujeito e a saúde, mas um vínculo meramente subjetivo: a vontade ou desejo do sujeito. Nas discussões morais, os ‘direitos’ designariam um critério impessoal e objetivo que permitiria que as referidas discussões

Y por este mismo motivo, el papel del juez no puede ser otro que el del activismo, que se manifiesta en que los conflictos no se dirimen de acuerdo con una norma preexistente, sino que los juicios se fundamentan en derechos que, tras la apariencia de objetividad, esconden razones puramente subjetivas. Esta subjetividad se traslada también a la actividad de la agencia judicial con la inseguridad ciudadana como resultado, lo que ya fuera denunciado por la autoridad de Beccaria en la Florencia de 1862, cuando sostenía:

Los jueces no han recibido las leyes de los antepasados, nuestros padres, como una tradición doméstica ni como un testamento que no deja a los posteriores más que el cuidado de cumplirlo, sino que antes bien las reciben de la sociedad viva o del soberano representante de ella como legítimo depositario del actual resultado de la voluntad de todos. [...] [Reciben las leyes] como vínculos necesarios para refrenar y regir el fermento intestino de los intereses particulares. Tal es la autoridad física y real de las leyes. [...] No hay cosa de mayor peligro aquí que aquel axioma común de que “es necesario consultar el espíritu de la ley”. Esto es un dique roto al torrente de opiniones. Esta verdad que parecerá una paradoja a las inteligencias vulgares más impresionadas por un pequeño desorden presente, que por las funestas pero remotas consecuencias que nacen de un falso principio arraigado en el pueblo, me parece una verdad demostrada. [...] El espíritu de la ley sería el resultado de una lógica buena o mala de un juez, de una digestión fácil o penosa; dependería de la violencia de sus pasiones, de la debilidad del que sufre, de las relaciones del juez con el ofendido y de todas aquellas pequeñas fuerzas que en el ánimo vacilante del hombre cambian las apariencias del todo. De aquí que veamos trocarse muchas veces la suerte de un ciudadano por su paso a diversos tribunales, y la vida de los desgraciados ser víctima de falsos raciocinios o del fermento actual de los humores de un juez que toma como interpretación legítima el vago resultado de toda aquella serie confusa de nociones que mueven su inteligencia. [...] Cuando la norma de lo justo y de lo injusto, que dirige las acciones así del ignorante como del filósofo, no es un asunto de controversia sino de hechos, entonces los súbditos no están sometidos a las pequeñas tiranías de muchos. [...] Así adquirirán los ciudadanos aquella seguridad de sí mismos que es la justa, porque es el fin para el cual viven en sociedad los hombres.⁵⁴

Ciertamente que Beccaria escribe pensando desde las categorías del derecho penal y del ideal decimonónico del Código, pero su prosa trae una gran dosis de realismo al análisis de la cuestión. Abandonar el destino común de una sociedad en los jueces parece ponernos frente a lo que Bellamy denomina *el reto de Hobbes*, que sintéticamente tendría la siguiente formulación: en caso de intereses en conflicto y profundos desacuer-

fossem solucionadas racionalmente. ‘Eu tenho direito’ significaria: a minha pretensão possui um fundamento objetivo” (Cf. Barzotto, *Ibid.*).

⁵⁴ Cesare Beccaria, *De los delitos y las penas*, Madrid, Alianza Editorial, 1879, pp. 39 a 43.

dos de valores, las leyes solo pueden ser hechas y aplicadas a todos por igual si todos los individuos se encuentran atemorizados por un soberano que está por encima de la ley. Pero la ley requiere siempre interpretación, lo que resulta siempre polémico, y muchas veces son aplicadas de un modo parcial generándose nuevos conflictos. Por lo tanto, la existencia de la ley no resuelve por sí misma los conflictos sociales, sino que es necesaria una autoridad que la formule, interprete y aplique. Si el soberano estuviera sometido a la ley, quiere decir que hay alguien con poder de interpretar y aplicar la ley respecto de él, y, por lo tanto, estaríamos en presencia del verdadero soberano. Si este también se sometiera a la ley, habría un tercero con poder de juzgarlo y, así, *ad infinitum*.⁵⁵

En general, el neoconstitucionalismo trabaja en la prevención o el temor a una autoridad arbitraria como la del Leviatán; teme que la legislación sea arbitraria, al estilo del nacionalsocialismo (o menos burdamente), sin distinguir demasiado entre el dictador unipersonal o un parlamento de composición mayoritariamente homogénea o heterogénea; pero la resolución es insatisfactoria porque convierte a los jueces en soberanos y en legisladores potencialmente arbitrarios adicionando al problema la atomización de las decisiones y la consiguiente desigualdad en el tratamiento de las personas en situaciones análogas. Indudablemente estamos en presencia de un esquema constitucional compatible con la *sociedad líquida*, su inseguridad, su mudabilidad constante y caótica, y su labilidad en los juicios y en las decisiones. Este esquema llevado al extremo arroja consecuencias igual de inaceptables que las del gobierno de un leviatán hobbesiano y, por lo tanto, despierta la resistencia de nuestra sensibilidad por la justicia y el cuidado de la libertad y la vida común.

En efecto, si alguna virtud tuvo el positivismo jurídico, fue la de rescatar la dimensión formal e institucional de lo jurídico.⁵⁶ Este aspecto positivo, acaso el único del positivismo teórico, es el que el neoconstitucionalismo se encarga de destruir. Y acaso el peor de los resultados del positivismo, que es la pérdida de la política, es lo único que sobrevive. Se trata de una combinación explosiva: pérdida de *lo institucional* y pérdida de *lo político*, el resultado es la anarquía. De hecho, el producto de esta concepción constitucional es la desorganización administrativa del Estado, la desnaturalización de la función legislativa, el vaciamiento de la noción de derecho y la sensación común de encontrarnos todos sometidos a la más cruel ley de la selva, próximos a la disgregación social.

⁵⁵ Bellamy, *op. cit.*, p. 70.

⁵⁶ Tomás de Domingo recuerda que el positivismo jurídico teórico contenía un núcleo de verdad: el elemento institucional o formal del derecho, y agrega: “Desde el punto de vista de la teoría de la justicia, parece también claro que la preocupación por lograr una convivencia basada en unos principios justos no debe conducir a ignorar o despreciar esa dimensión formal o institucional, que está presente en la realidad del derecho y resulta, por tanto, inexcusable en cualquier descripción del derecho que pretenda reflejar seriamente dicha realidad, y que contribuye además de forma decisiva a realizar valores importantes” (Tomás de Domingo, “Neoconstitucionalismo, positivismo y fundamentación de la obligatoriedad de la Constitución”, en *El positivismo jurídico a examen*, Salamanca, Ed. Universidad, 2006, p. 355).

4. La política como salvaguarda del *rule of law*

Ha sido un lugar común caracterizar al *rule of law* como un producto del liberalismo político. De hecho, su surgimiento histórico a partir de la *Glorious Revolution* y el desarrollo que le han dado –y le siguen dando– los autores contractualistas y neocontractualistas pareciera abonar esta postura. No obstante, considero que es necesario que realicemos el destete del *imperio de las instituciones*, no solo del liberalismo sino de cualquier otra ideología, y planteemos la hipótesis de que se trata de una organización constitucional esencialmente justa, y respetuosa del orden natural de las cosas, en el contexto de la modernidad tardía.

La *vida líquida* propia de las sociedades posmodernas que he descrito más arriba se debe en gran medida al individualismo propio de este tiempo, lo que ha sido reconocido por el propio Bauman.⁵⁷ Y sin esfuerzo podríamos afirmar que lo es también de cierto relativismo que, en última instancia, niega la posibilidad de conocer y perseguir comunitariamente *lo bueno*. Pero el mismo Bauman parece advertir la necesidad de recuperar la política como un modo de hacer viable la vida en sociedad y para ello se remite nada menos que a Hannah Arendt, para quien la función del Estado –es decir de *lo público*– en la modernidad era proporcionar al hombre un ámbito de expresión en que podía tener una identidad y desplegar una acción vital en interacción con otros hombres. De acuerdo con Arendt, en la modernidad occidental se ha considerado emanciparse de la política como una de las libertades básicas, pero con ello se pierde el compromiso específico e irremplazable que debería formarse entre el individuo y sus prójimos.⁵⁸ Solo la recuperación de la política nos permitiría allanar en cierto grado el individualismo disgregante causa de la anarquía y la inseguridad que vivimos. Los ciudadanos tenemos que poder discutir y participar en la determinación de lo que es más justo y mejor para nuestra comunidad política. Como afirma Sandel: “No se llega a una sociedad justa solo con maximizar la utilidad o garantizar la libertad de elección. Para llegar a una sociedad justa hemos de razonar juntos sobre el significado de la vida buena y crear una cultura pública que acoja las discrepancias que inevitablemente surgirán”.⁵⁹

La propuesta que Bellamy denomina *constitucionalismo político* también va en esa dirección. Indudablemente que el *rule of law* no puede garantizar al *rule of law*; la salvaguarda del *gobierno de las instituciones* está en otro lado. Ciertamente no puede estar en el principio de legalidad, porque la ley puede ser arbitraria; y tampoco puede estar en el gobierno de los jueces, que de hecho también puede caer en arbitrariedad. Todo ello son condiciones favorecedoras de la salvaguarda que está en manos de los ciudadanos, en la medida en que constituyan una sociedad pluralista en la que los diversos grupos tengan un poder de negociación aproximado, que compense las desigualdades producto

⁵⁷ Bauman, *Vida líquida*, *op. cit.*, pp. 31 y ss.

⁵⁸ *Ibid.*, p. 171. Cita de Hannah Arendt, *Hombres en tiempos de oscuridad*, Barcelona, Gedisa, 1990.

⁵⁹ Michel Sandel, *Justicia ¿hacemos lo que debemos?*, Barcelona, Debate, 2011, p. 295.

de las asimetrías de poder. Desde la perspectiva de Bellamy, la justicia surge de un cierto equilibrio de poder:

Cada grupo persigue utilizar la ley en su propio provecho, pero cuando todos están obligados a tratar los unos con los otros, entonces la ley se convierte en un asunto común. [...] Este enfoque democrático evita esa perspectiva anquilosada según la cual, para preservar la igualdad y la libertad, las leyes han de ser generales, abstractas y universalizables. [...] La exigencia básica ya no es que la ley no se desvíe de lo general y abstracto, sino que cada medida particular pueda justificarse de un modo mutuamente aceptable y que resulte igualitaria y consistente para todos aquellos a los que se aplique. Estamos ante un uso público de la razón que no supone que todos alberguen una manera de enfocar las cosas compartidas, tal y como proponen algunos constitucionalistas legales. Lo único que supone es el intercambio de razones con los demás que surge de usar procedimientos públicos que tratan a todos igualitariamente.⁶⁰

Lo que Bellamy llama *constitucionalistas legales* es el neoconstitucionalismo que en definitiva considera a la constitución una superley (*derecho-sobre-derecho* según Zagrebelsky) cuya interpretación *líquida* y aplicación están en poder de los jueces, que merced a ella terminan gobernando (acaso injustamente).⁶¹

En esta propuesta, el papel de los tribunales consistirá en recibir las leyes resultantes del proceso que el *rule of law* supone, y aplicarlas al caso concreto de un modo imparcial. No se espera de ellos que ejerzan la discrecionalidad judicial de un modo más sabio, como si se tratara de un individuo ajeno a la sociedad en la que vive o que tuviera facultades especiales en relación con los demás ciudadanos. El límite de su parcialidad está en su vinculación a la ley y en su necesidad de argumentar a través de ella de un modo comprensible para la comunidad.⁶²

Indudablemente que en una sociedad angélica, la cuestión de la organización constitucional es irrelevante. Si estuviéramos gobernados por verdaderos santos nos tendría sin cuidado si debemos establecer un sistema parlamentario o presidencialista, o si debemos enfatizar la vigencia de las reglas institucionales o el imperio de los jueces y sus normas individuales. Pero no es esta la realidad de las sociedades humanas. Todo buen jurista o político debe partir de cierto pesimismo antropológico moderado para no errar en sus consideraciones acerca de la organización política de una comunidad. Quizás por esto el aporte de Hobbes a la filosofía político-jurídica occidental haya sido tan relevante: su preocupación por la inseguridad responde a una inquietud legítima de la vida social.

⁶⁰ Bellamy, *op. cit.*, p. 99.

⁶¹ Ello ha hecho decir a Portela que en realidad el neoconstitucionalismo es una nueva forma de positivismo jurídico (Cf. Jorge Guillermo Portela, "Los principios jurídicos y el neoconstitucionalismo", *Dikaion*, núm. 18, 2009, p. 51).

⁶² Incluso Bellamy sostiene que el mejor sistema compatible con el *rule of law* es la analogía (Cf. Bellamy, *op. cit.*, p. 101).

Ahora bien, en definitiva siempre estaremos gobernados por seres humanos que ostentarán distintas funciones en las instituciones políticas. Resulta de evidencia histórica que no existe una constitución que pueda prevenir perfectamente la arbitrariedad e incluso el totalitarismo, en especial cuando un amplio porcentaje de la sociedad avala o es indiferente a tales prácticas. Una gran parte de los autores occidentales desde la Revolución Francesa hasta el presente ha caído en la utopía inmanentista de querer descubrir la piedra filosofal de la constitución que evite estos desórdenes, a través del establecimiento de una organización político-jurídica perfecta, que asegure el bienestar de todos y la prosecución del bien común en un contexto de libertad.

Quizás el último de estos intentos entre nosotros sea el del *neoconstitucionalismo*, y el razonamiento mágico que presupone creer que los jueces y la Constitución pueden traer la *paz perpetua* a nuestras sociedades. La cotidianidad demuele cruelmente estas esperanzas, sin perjuicio de la incoherencia intrínseca de esas ideas. Antes todo lo contrario, con estas ideas se pierde la dimensión institucional y formal del derecho, la previsibilidad y certeza en la vida común, el orden y la paz entre los distintos miembros y grupos sociales, la unidad y coherencia en la gestión de la cosa pública; a la vez que se promueve un mayor individualismo disgregante de la necesaria amistad política, y un relativismo que impide la sana discusión política y el acuerdo respecto de las necesidades y los objetivos que la comunidad política debe establecerse.

Pero si este no parece ser el camino, y si bien no hay ninguno infalible que logre una organización constitucional paradisiaca, no es menos cierto que debemos entregarnos a buscar aquella que sea *más adecuada*, teniendo en cuenta a un mismo tiempo las características de la sociabilidad posmoderna y los imperativos antropológicos universales que anidan en la naturaleza humana. Para esta empresa, el que he llamado *gobierno de las instituciones* pareciera satisfacer estos anhelos, porque siendo de innegable pedigrí occidental, es también favorecedor de un *ethos* en el que el orden, la paz, la participación ciudadana y el pluralismo pueden volcarse hacia una búsqueda genuina del bien común en respeto de la libertad y los derechos naturales de la persona humana.

Para que esta alternativa cobre vigencia, es un requisito ineludible la recuperación de *la política*, exiliada desde el positivismo jurídico de la cotidianidad de la comunidad política. Merced a ella, la sociedad civil será un buen vigía de sus libertades y reglas de convivencia, a la vez que un preocupado investigador de lo mejor para la comunidad. Obviamente que en ello habrá error, disenso, intereses sectoriales que entrarán en pugna. ¡No hay que olvidar la debilidad del espíritu humano! Por eso, en la discusión política ciudadana, el uso público de la razón exigirá cierta objetividad –cristalizada en la ley– sobre la que llevar adelante la cosa pública. Por supuesto, ello requiere *un pueblo*, es decir una ciudadanía no disgregada, reunida en torno a un bien común reconocido como *bien* y como *común*, y que se encuentre ajustado al orden natural que lo legitima y sostiene en el tiempo. Lo que implicará en última instancia la prevalencia en el pueblo de un *ethos* que dé valor al orden, la paz, la libertad, al punto de no querer cercenarla en los otros, por temer perderla para sí mismos.

El profesor de Yale Bruce Ackerman sostiene que la Constitución norteamericana es un organismo y no una máquina, es decir que tiene una evolución a lo largo de la historia y que los norteamericanos son partícipes de esa evolución histórica. Esta participación se da en el proceso que denomina movimiento-partido-presidencia, en la medida en que los ciudadanos se comprometen en distintos movimientos históricos que luego se formalizan en partidos, y estos consagran presidencias que a su vez nombran jueces supremos y promueven leyes emblemáticas, del mismo modo que los jueces supremos sancionan superantecedentes, todo lo cual se va incorporando al canon constitucional, aunque no se cristalicen en enmiendas constitucionales.⁶³ Esta idea está ya presente en una línea que va de Tocqueville a Putnam y que enfatiza el papel de las tradiciones y las asociaciones cívicas a la hora de sostener el buen funcionamiento de la democracia.⁶⁴ Ciertamente, es más razonable suponer que una constitución permanece democrática porque la sociedad es esencialmente democrática, que pensar que una sociedad se mantendrá democrática porque su constitución escrita así lo establece.⁶⁵

5. Gobierno de las instituciones y *paideia*

Estos últimos conceptos me invitan a dejar una noción de *gobierno de las instituciones*. Esta noción de *rule of law* que he elaborado tiene cuatro notas esenciales, a saber:

- a) previsibilidad e igualdad en el trato de personas y situaciones iguales,
- b) participación política en la creación de las normas y en la gestión de la cosa pública,
- c) un contexto político pluralista y de respeto mutuo,
- d) reconocimiento de un criterio de bien común como fin político y de orden natural como límite de las iniciativas políticas.

Todas ellas resultan ser la conclusión de los acápites precedentes, a modo de recapitulación. Podría todavía flotar en el aire una pregunta: ¿Cómo lograr que un pueblo que participe políticamente, lo haga reconociendo la igualdad de los demás, en un contexto de respeto mutuo y de respeto al bien común y al orden natural? En otras palabras ¿Cómo lograr esa recuperación de *lo político* que hace que la sociedad *permanezca* democrática? Además, ¿cómo hacerlo desde la realidad argentina?

Indudablemente representa un gran desafío para la imaginación y la voluntad. Parece que la única salida está en una verdadera *paideia*, es decir, una educación que transmita

⁶³ Bruce Ackerman, *La Constitución viviente*, Madrid, Marcial Pons, 2011, *passim*, en especial, pp. 44 y ss.

⁶⁴ Cf. Alexis de Tocqueville, *La democracia en América*, Madrid, Alianza, 2002, y Robert R. Putnam, *Para hacer que la democracia funcione*, Caracas, Galac, 1994.

⁶⁵ Cf. Robert Dahl, *A Preface to Democratic Theory*, Chicago, University of Chicago Press, 1956, p. 143.

un *ethos* republicano de libertad, respeto mutuo, orden y apertura hacia la verdad y el bien a todo el pueblo. El neomarxismo ha trocado la lucha de clases por la lucha de élites intelectuales desde la que se establecen políticas educativas para súbditos y no para ciudadanos, he allí hoy nuestro desafío.

Ya un hombre ajeno al ámbito jurídico como Chesterton advertía que en los Estados Unidos la Constitución tenía un punto de contacto con la Inquisición española:

[Y ello] encierra una verdad y, todavía de modo más extraño quizás, encierra un halago. La Constitución norteamericana se asemeja a la Inquisición española en esto: que se funda en un credo. Estados Unidos es la única nación en el mundo que se funda en un credo. Ese credo se halla declarado con dogmática y hasta teológica lucidez en la Declaración de la Independencia; quizá la única pieza de política práctica que es también política teórica, además de gran literatura. Enuncia que todos los hombres son iguales en sus pretensiones de justicia, que los Gobiernos existen para darles esa justicia, y que su autoridad es, por esa razón, justa. Sí que condena, ciertamente el anarquismo, y sí que también, por inferencia, condena el ateísmo, en razón de que claramente nombra al Creador como la autoridad fundamental a partir de la cual derivan esos mismos derechos. Nadie espera que un sistema político moderno proceda lógicamente en la aplicación de tales dogmas, y en la cuestión relativa a Dios y el Gobierno, naturalmente es la reivindicación de Dios la que se toma de modo más ligero. El asunto es que hay un credo, si no acerca de lo divino, al menos acerca de las cosas humanas.⁶⁶

En el mismo sentido, nuestro Arturo Enrique Sampay sostenía que “cuando el escepticismo se apodera del espíritu de los gobernados para apreciar un conjunto de leyes, más vale darle forma legal a la caducidad ya decretada. Una constitución para que esté en pleno vigor debe ser, como afirma Maurice Amós que es la inglesa, una religión sin dogma”.⁶⁷

Sin *paideia* será imposible lograr este credo que puede mantener viva nuestras ansias de libertad y racionalidad, he allí el desafío de los argentinos de buena voluntad.

Bibliografía

- ACEMOGLU, Daron y James A. ROBINSON, *Por qué fracasan los países. Los orígenes del poder, la prosperidad y la pobreza*, Buenos Aires, Ariel, 2013.
- ACKERMAN, Bruce, *La Constitución viviente*, Madrid, Marcial Pons, 2011.
- ARENDT, Hannah, *Hombres en tiempos de oscuridad*, Barcelona, Gedisa, 1990.

⁶⁶ G. K. Chesterton, *Mi visión de los Estados Unidos*, Buenos Aires, Losada, 2010, p. 31.

⁶⁷ Arturo Enrique Sampay, *La Constitución de Entre Ríos. Ante la moderna ciencia constitucional*, Paraná, Pradasi, 1936, p. 12 (en la reimpresión facsimilar *Ciencia Política y Constitución*, Buenos Aires, Editorial Docencia, 2011).

- BANDIERI, Luis María, *La matriz iuspublicista romano-latina en el derecho constitucional*, Buenos Aires, Ediciones Universitarias Ego Ipse, 2010.
- BARZOTTO, Luis Fernando, “Positivismo, neoconstitucionalismo y activismo judicial”, en *Retos del Derecho Constitucional*, Astrea-Universidad de La Sabana, en prensa.
- BAUMAN, Zygmunt, *Vida líquida*, Buenos Aires, Paidós, 2009.
- _____, *La globalización*, México, Fondo de Cultura Económica, 2010.
- BAUMAN, Zygmunt y David LYON, *Vigilancia líquida*, Buenos Aires, Paidós, 2013.
- BECCARIA, Cesare, *De los delitos y las penas*, Madrid, Alianza Editorial, 1879.
- BELLAMY, Richard, *Constitucionalismo político. Una defensa republicana de la constitucionalidad de la democracia*, Madrid, Marcial Pons, 2010.
- CANE, Peter, *The Hart-Fuller Debate in the Twenty-First Century*, Oxford and Portland, Hart Publishing, 2010.
- CHESTERTON, G. K., *Mi visión de los Estados Unidos*, Buenos Aires, Losada, 2010.
- CHRISTIE, Niels, “Los conflictos como pertenencia”, en *De los delitos y de las víctimas*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 1992.
- COHEN AGREST, Diana, *Ausencia perpetua*, Buenos Aires, Debate, 2013.
- D’ALESSIO, Andrés J., “El acatamiento del derecho y el desarrollo en América Latina (acerca de una función del derecho que suele olvidarse)”, en *Estado de derecho y democracia, SELA 2000 Seminario en Latinoamérica de Teoría Constitucional y Política*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2001.
- DAHL, Robert, *A Preface to Democratic Theory*, Chicago, University of Chicago Press, 1956.
- DE DOMINGO, Tomás, “Neoconstitucionalismo, positivismo y fundamentación de la obligatoriedad de la Constitución”, en *El positivismo jurídico a examen*, Salamanca, Ed. Universidad, 2006.
- FOUCAULT, Michel, *Vigilar y castigar*, México, Siglo XXI, 1975.
- GARCÍA GUAL, Carlos, “Introducción”, en Aristóteles, *Política*, Madrid, Alianza Editorial, 2003.
- GARZÓN VALDÉS, Ernesto, “What is Wrong with the Rule of Law?”, en *Estado de derecho y democracia, SELA 2000 Seminario en Latinoamérica de Teoría Constitucional y Política*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2001.
- KANT, Immanuel, *La paz perpetua*, Madrid, Tecnos, 1985.
- KRIELE, Martín, *Introducción a la teoría del Estado*, trad. Eugenio Bulygin, Buenos Aires, Depalma, 1980.
- MAINO, Carlos Alberto Gabriel, “Derechos humanos y Estado constitucional: desafíos actuales. Neutralidad estatal, paneticismo y activismo judicial”, en George Salomao LEITE e Ingo Wolfgang SARLET (coords.), *Jurisdição constitucional, democracia e direitos fundamentais*, Salvador de Bahía, Editora Podium, 2012.
- MARÍAS, Julián, “Introducción”, en Aristóteles, *Política*, edición bilingüe, trads. Julián Marías y María Araújo, Introducción y notas de Julián Marías, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1983.
- MEDRANO, José María, *Para una teoría general de la política*, Buenos Aires, Educa, 2012.

- MENNINGER, Karl, *The crime of Punishment*, New York, Viking Press, 1968.
- NEGRO, Dalmacio, *Gobierno y Estado*, Madrid, Marcial Pons, 2002.
- NINO, Carlos Santiago, *Un país al margen de la ley*, Buenos Aires, Emecé, 1993.
- PINTORE, Anna, “Derechos insaciables”, en Luigi Ferrajoli, *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, Madrid, Trotta, 2001.
- PLATÓN, *República*, Libro I, Buenos Aires, Losada, 2005.
- PORTELA, Jorge Guillermo, *La obediencia al derecho y otros ensayos*, Buenos Aires, Educa, 2003.
- _____, *Una introducción a los valores jurídicos*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2008.
- _____, “Los principios jurídicos y el neoconstitucionalismo”, *Dikaion*, núm. 18, 2009.
- PUTNAM, Robert R., *Para hacer que la democracia funcione*, Caracas, Galac, 1994.
- RODRÍGUEZ VARELA, Ignacio, *Seguridad pública y política criminal argentina, teoría y práctica de una criminología realista*, Buenos Aires, Educa, 2013.
- SAMPAY, Arturo Enrique, *La Constitución de Entre Ríos. Ante la moderna ciencia constitucional*, Paraná, Pradasi, 1936 (en la reimpresión facsimilar *Ciencia Política y Constitución*, Buenos Aires, Editorial Docencia, 2011).
- SANDEL, Michel, *Justicia ¿hacemos lo que debemos?*, Barcelona, Debate, 2011.
- SHAPIRO, Ian, *La teoría de la democracia en el mundo real*, Madrid, Marcial Pons, 2011.
- TOCQUEVILLE, Alexis de, *La democracia en América*, Madrid, Alianza, 2002.
- TOURAINÉ, Alain, *Un nuevo paradigma*, Buenos Aires, Paidós, 2006.
- VITALE, Ermanno, “¿Teoría general del derecho o fundación de una república óptima?”, en Luigi FERRAJOLI, *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, Madrid, Trotta, 2001.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl, *En busca de las penas perdidas. Deslegitimación y dogmática jurídica*, Buenos Aires, Ediar, 1989.
- ZAFFARONI, Eugenio, Alejandro ALAGIA y Alejandro SLOKAR, *Manual de derecho penal*, Buenos Aires, Ediar, 2006.
- ZAGREBELSKY, Gustavo, *El derecho dúctil*, Madrid, Trotta, 2003.

Hugo S. Ramírez García* (México)
Fabio Macioce** (Italia)

Estado de derecho, laicidad y espacio público

RESUMEN

Con el presente artículo los autores buscan demostrar que la semántica moderna y posmoderna de la neutralidad del Estado de derecho laico es irreal, lo cual propicia actitudes discriminatorias para el ciudadano creyente, así como el empobrecimiento de la deliberación desplegada en el espacio público. Al mismo tiempo, se propone una interpretación de la laicidad basada en la exclusión del fundamentalismo.

Palabras clave: laicidad, razón pública, Estado de derecho.

ZUSAMMENFASSUNG

In diesem Artikel beabsichtigen die Autoren darzulegen, dass die moderne und postmoderne Semantik zur Neutralität des säkularen Rechtsstaates irreal ist, was diskriminierende Einstellungen gegenüber religiösen Bürgern sowie eine Verarmung der Debatte im öffentlichen Raum begünstigt. Gleichzeitig wird eine Interpretation des Säkularismus auf der Grundlage des Ausschlusses von Fundamentalismen aller Art vorgeschlagen.

Schlagwörter: Säkularismus, öffentliches Interesse, Rechtsstaat.

ABSTRACT

In this article, the authors seek to demonstrate that modern and postmodern meanings of secular State neutrality is unrealistic, with discriminatory attitudes towards religious

* Doctor en Derecho de la Universidad de Valencia. Profesor-investigador en la Facultad de Derecho de la Universidad Panamericana, México. Investigador nacional Nivel 2 del Sistema Nacional de Investigadores (Conacyt). hugo.ramirez@up.edu.mx.

** Doctor en Derecho por la Universidad de Roma La Sapienza. Profesor de Filosofía del Derecho en la Universidad Lumsa, de las sedes Roma y Palermo, y de la Universidad de Roma Tor Vergata. fmacioce@libero.it.

citizens and the impoverishment of public deliberation. At the same time an interpretation of secularism based on the exclusion of fundamentalism of any kind is proposed.

Keywords: Secularism, public reason, rule of law.

1. Introducción

En abril de 1966, la prestigiosa revista norteamericana *Time Magazine* publicó un número controversial. El tema principal se resumía en el título de la portada: *Is God dead?* (¿Está muerto Dios?). El trasfondo de la época justificaba la osadía de la pregunta, ya que se afirmaba la tendencia, iniciada un par de siglos atrás, mediante la cual el hombre moderno dejaba de ser hijo de Dios para ser adoptado como hijo de la Razón. El título de la portada de *Time* recuperaba así la convicción de que la humanidad ya no necesitaría de la experiencia de lo sagrado para funcionar. Resultaba más perentorio, entonces, conquistar los valores que la profanidad racional nos ha legado e incorporarlos a las instituciones, particularmente al Estado de derecho, esto es, el pluralismo, la tolerancia, la igualdad social, la diversidad ideológica, la autonomía, etc. En este marco, la religión quedaba proscrita de todo poder civil, y Dios, efectivamente, parecía estar ausente de la marcha de la historia.

No obstante, si el hecho de la muerte de Dios parecía obvio en la década de los sesenta, ¿lo es ahora a principios del tercer milenio? La respuesta se antojaría evidente: durante la centuria pasada, en particular a partir de su segunda parte, el secularismo y la laicidad se consolidaron como dos de los motores más potentes de la cultura occidental, pero justo en este momento, somos testigos del rebrote de un espíritu de renovada religiosidad, al menos no registrada desde hace mucho tiempo. Además, asistimos a la reinsertión de la religión en el espacio público, misma que busca un estatuto protagónico en la definición de las fronteras que deslindan y relacionan los diferentes dominios de la vida social. En efecto, como se ha admitido en un reciente coloquio académico, dedicado a la dinamicidad del conocimiento científico, lo que se ha visto como más sobresaliente a principios del siglo XXI no es el hecho de que mucha gente alrededor del mundo, incluida la que vive en los países de Occidente, sea religiosa, sino que un gran número de personas insisten, con una fuerza que cada vez gana más legitimidad, en que la religión tiene un lugar preponderante en el centro mismo de la vida pública.¹

La explicación ofrecida para comprender el resurgir del fenómeno religioso se desarrolla a través de varias hipótesis; en esta ocasión quisiéramos resaltar dos. Una de ellas recoge el fenómeno de la actual adscripción religiosa como ejercicio de la libertad individual donde, como apunta Gustavo Zagrebelsky, “los sujetos de la vida secular (que

¹ Cf. Judit Bokser, “Religión y espacio público en los tiempos de la globalización”, en Roberto Blancarte J. (coord.), *Los retos de la laicidad y la secularización en el mundo contemporáneo*, México, El Colegio de México, 2008, p. 65.

cotidianamente ejercitan la libertad para elegir), se relacionan de nuevo constitutivamente, y no por simple nostalgia o comodidad interior, con las religiones”.² La revitalización de la experiencia religiosa, en este caso, estaría asociada al valor que asume la religión como “una práctica cultivada por personas libres que, si es necesario, se desprenderán de sus vínculos heredados para ingresar en la comunidad de su preferencia”.³

La segunda hipótesis, de origen antropológico, apunta a la necesidad del Absoluto en la existencia del ser humano. Según esta perspectiva, hoy es claro y evidente el fracaso de las *metarreligiones*,⁴ es decir, las mitologías fundamentales elaboradas en Occidente desde comienzos del siglo XIX, como el marxismo o la teoría del psicoanálisis, integradas por sistemas de creencias y razonamiento que han sido ferozmente antirreligiosas, pero cuya estructura, aspiraciones y pretensiones respecto de sus seguidores son profundamente religiosas en estrategia y efectos. La emergencia y el desarrollo de estas metarreligiones evidencian que la Verdad es la necesidad más compleja de colmar para el ser humano: su búsqueda pertenece a la eminencia de nuestra dignidad, sentencia enfático George Steiner.⁵

En fin, son pues múltiples los signos que nos sugieren la presencia de una renovada lectura y práctica de la laicidad, convertida en el marco institucional para la gestión de la tolerancia y la demanda creciente de libertades religiosas asociadas a los derechos humanos. Ello ha llevado a un replanteamiento de las relaciones que se establecen entre Estado de derecho, sociedad y religión, que desemboca también en la reinterpretación del espacio público, de sus condiciones y valores.

En esta oportunidad proponemos una aproximación a algunas cuestiones que hemos considerado relevantes sobre la laicidad, como condición de legitimidad de la deliberación pública. Intentaremos demostrar que la semántica moderna y posmoderna asignada a la neutralidad del Estado laico es irreal, lo cual propicia actitudes discriminatorias para el ciudadano creyente, así como el empobrecimiento de la deliberación desplegada en el espacio público.

2. Laicidad: de la política a la cultura

La cuestión de la laicidad es, normalmente, interpretada bajo claves políticas resaltando la relación entre el poder del Estado y el de las iglesias con diversos credos; es, por lo tanto, un problema sobre la definición de los alcances de uno y otras como factores de influencia sobre la persona y la sociedad.

² Gustavo Zagrebelsky, “Stato e Chiesa. Cittadini e cattolici”, *Diritto pubblico*, núm. 3, 2007, p. 679.

³ Daniel Gamper, “Razón pública y religión en el contexto postsecular”, *Enrahonar*, núm. 43, 2009, p. 114.

⁴ George Steiner, *Nostalgia del absoluto*, Madrid, Siruela, 2001, p. 16.

⁵ Cf. *ibid.*, pp. 13-20.

En el marco de esta lectura política sobre la laicidad, los regímenes democráticos de Occidente han seguido el modelo del reconocimiento mutuo, de tal manera que el Estado y las iglesias admiten el carácter soberano de cada uno en el interior del ámbito que les corresponde. Al mismo tiempo es admitido que el individuo puede referirse a tales ámbitos en diferentes aspectos de su vida.

Esta forma de vinculación puede considerarse como la traducción jurídica de la *excedencia del yo* en la configuración de la identidad personal, respecto a entidades supraindividuales: es decir, la pertenencia de un sujeto a una entidad supraindividual no configura total y absolutamente su identidad. Bajo esta tónica, el Estado podría ser reconocido como soberano, con todo lo que esto supone, pero, al mismo tiempo, no puede negar la presencia de otros ordenamientos y de otras soberanías,⁶ ya que si se niega a las personas la oportunidad de integrarse en otras comunidades,⁷ se reduce la identidad del individuo a la ciudadanía, lo cual es, sin duda, una conclusión totalitaria,⁸ porque significa que la única dimensión importante de nuestra existencia es la participación en la comunidad política.

En otras palabras, las instituciones que configuran un Estado de derecho laico suponen la convicción según la cual el yo no se limita en su pertenencia a la comunidad política, sino que admite su integración en una variedad de comunidades que enriquecen su identidad, y se reconoce, por tanto, que cada una de estas comunidades identitarias es soberana en su propio ámbito.

No obstante lo anterior, nos parece incorrecto limitar la cuestión de la laicidad a sus claves políticas; en cambio, proponemos que sea atendida como un tema cultural.

Efectivamente, el conflicto sobre el significado de la laicidad se ha reavivado por la incapacidad del contexto cultural en el que se despliega la *praxis* del Estado de derecho para responder a los dilemas que han surgido como consecuencia, por un lado, del carácter cada vez más multicultural de las sociedades occidentales, y, por otro, del desarrollo de la ciencia y de la tecnología. Por ello consideramos que la laicidad adquiere nuevas características en comparación con su tratamiento rutinario, o si se prefiere, típico.

⁶ Giuseppe Dalla Torre, *Laicità dello Stato. A proposito di una nozione giuridicamente inutile*, en Id., *Il primato della coscienza. Laicità e libertà nell'esperienza giuridica contemporanea*, Roma, Studium, 1992, p. 53.

⁷ La negación de este pluralismo también puede ocurrir si se niega toda importancia pública a las diversas identidades supraindividuales en las que el sujeto se reconoce y se integra. En este caso, la única identidad digna de reconocimiento público es la política, relegando a la "no existencia" cualquier otra identidad subjetiva: el individuo deja de ser un yo, para ser solo un ciudadano.

⁸ Sobre el particular, Jean Baubérot señala que el Estado se ha convertido en un distribuidor de prácticas sociales, que encarga a los ciudadanos la tarea de construir su propia identidad. Considera que lo más importante para el individuo son las comunidades étnico-religiosa y nacional-nacionalista. Si esto es cierto, es muy poco probable que el Estado acepte las formas de construcción de la identidad rivales y alternativas a la nacional y nacionalista. Y esto parece encontrar confirmación en la hostilidad francesa hacia cualquier tendencia comunitaria; así se revela en el caso del velo islámico, que más adelante se mencionará (Jean Baubérot, *Laïcité 1905-2005, entre passion et raison*, Paris, Ed. du Seuil, 2004, pp. 159-162).

Para ilustrar lo anterior, consideremos algunos episodios recientes que, a primera vista, podrían parecer desvinculados; sin embargo, en el fondo –nos parece– responden a una misma tendencia. En la ciudad de Oxford se han reemplazado oficialmente las celebraciones de la Navidad con un “Festival de la luz de invierno”. En Italia, algunas escuelas han decidido no representar el nacimiento de Jesús para respetar la neutralidad. En Francia, el Parlamento estableció que en lugares públicos se prohíba el uso, como vestimenta, de los considerados como símbolos religiosos ostensibles, a saber: el velo, la kipá o los crucifijos. O pensemos en los debates sobre el matrimonio homosexual: los argumentos en defensa de la familia heterosexual a menudo son calificados como irracionales y fanáticos porque se consideran internos a una perspectiva exclusivamente religiosa. O bien, el aborto ha sido despenalizado porque, entre otras cosas, se consideró que esta era la única opción neutral, es decir, la única que permitiría a todos vivir de acuerdo con sus propios valores; al mismo tiempo, se considera que cada argumento en defensa del embrión es un asunto religioso y, por lo tanto, no es admisible en el debate público para configurar la norma de un Estado de derecho laico; sobre este ejemplo concreto es paradigmática la sentencia pronunciada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre el caso *Artavia Murillo vs. Costa Rica*.

Los anteriores ejemplos tienen un común denominador: cierta interpretación de la laicidad que justifica prácticas y decisiones donde la experiencia religiosa es considerada incompatible con espacios públicos. Ello confirma que nos enfrentamos a un fenómeno más profundo, que constituye lo que podríamos identificar como la clave fundamental de la problemática en torno a la relación entre la religión y el Estado de derecho. Con mayor detalle, este fenómeno puede describirse como la explosión del conflicto entre las axiologías débiles de la posmodernidad, que demandan ser las únicas admisibles en un contexto secular y plural, y las axiologías fuertes que las religiones (pero no solo ellas) inevitablemente postulan. Dicho en términos más precisos, el fenómeno que parece esconderse detrás de las numerosas cuestiones que alimentan el debate sobre la laicidad es resultado del conflicto entre un paradigma axiológicamente débil de Estado de derecho, que debe abstenerse de cualquier pregunta sobre el valor,⁹ y las demandas de reconocimiento legal de valores que postulan un Estado de derecho axiológicamente robustecido.

En efecto, la norma jurídica, después del camino que la llevó a encerrarse en el formalismo de los procedimientos, se ha enfrentado –más o menos al mismo tiempo– a diferentes culturas no secularizadas y a una tecnociencia que pretende una autolegitimación para establecer, por sí misma, sus propios límites y condiciones de desarrollo y aplicación. El Estado de derecho, frente a cada uno de estos nuevos escenarios sociales, muestra todas las debilidades de sus procedimientos y la fragilidad de sus estructuras institucionales y normativas.

⁹ En este sentido, resulta elocuente la afirmación de Michelangelo Bovero a propósito del concepto laicidad: “Laico es aquel que rechaza la imposición de dogmas morales. Una ética laica no tiene verdad” (Michelangelo Bovero, *El concepto de laicidad*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2013, p. 17).

El hecho de que las sociedades se hayan convertido en multirreligiosas y multiculturales, o el hecho de que la técnica enfrente al hombre a nuevos problemas, sin duda complica todo, pero el núcleo realmente problemático es que estos temas se colocan en un horizonte carente de paradigmas axiológicos universales, un horizonte marcado por una tendencia del ordenamiento a identificarse a sí mismo con los resultados de procedimientos avalorativos, que limitan toda concepción moral a la privacidad.

El problema puede ser expresado a través de preguntas como las siguientes: ¿La esfera pública debería ser neutral a cualquier precio? ¿Qué tipo de argumentos son admisibles en el debate público? ¿Cómo es posible justificar, de manera neutral, las respuestas a las cuestiones planteadas por la tecnociencia? ¿Qué argumentos se pueden utilizar para decidir cómo regular la práctica de la eutanasia o de la subrogación de útero? ¿Qué argumentos son autorizados para el debate que ha generado la equiparación de un matrimonio entre heterosexuales y la relación entre homosexuales?

A continuación proponemos algunas ideas y argumentos con los cuales podríamos esbozar respuestas plausibles.

3. La esfera pública y la semántica de la neutralidad

La primera cuestión se enfoca en la pretensión de configurar un Estado de derecho libre de las influencias confesionales.

Como todos sabemos, se trata de un objetivo del liberalismo político, en el que el concepto de neutralidad del Estado de derecho está directamente asociado con tesis éticas no cognitivistas; en esta perspectiva, la neutralidad de la esfera pública conduce a la equivalencia fundamental de toda elección moral¹⁰ y se refleja en el deseo de mantener la neutralidad de todo lo que es público con respecto a las diferentes opciones morales de los individuos, sobre todo las fundadas en zócalos religiosos.

Las raíces de esta concepción son conocidas. La democracia de los modernos está construida sobre la idea de la tolerancia religiosa, convicción surgida de los conflictos por la discrepancia fundamental entre los distintos credos, e inevitablemente tiende a neutralizar el espacio público con el fin de evitar crisis de división. Como resultado, cada opción moral y religiosa encuentra limitada su relevancia a la práctica privada, sin posibilidades de influir en las decisiones públicas.

¹⁰ Este puede considerarse el sello de identidad del liberalismo; en la modernidad se ha llegado a reconocer que cada biografía puede ser vivida en una variedad de formas diferentes y que no hay una jerarquía distinguible entre tales modos existenciales (Charles Larmore, *Patterns of Moral Complexity*, Cambridge, Cambridge University Press, 1987). En otro sentido, Carlo Cardia propone una diferencia entre la neutralidad y el laicismo, en función de si se refiere a problemas religiosos o culturales (Cf. Carlo Cardia, "Laicità, etica, spiritualità (frammenti di analisi)", en Mario Tedeschi, (coord.), *Il principio di laicità nello Stato democratico*, Rubettino, Soveria Mannelli, 1996, pp. 100 y ss.).

Esta perspectiva presupone la separación entre una esfera de decisión privada y el ámbito público, admitiendo la división de la existencia individual en dos sectores que se consideran independientes o que pueden ser experimentados por el individuo de una manera parcialmente independiente.

Sobre este punto, el debate fue activado una vez más por las conclusiones de la Comisión Stasi, que en Francia conducen a la institucionalización de la privacidad de *todas* las opciones religiosas.¹¹ Particularmente, en tal informe se indica que el Gobierno francés debería garantizar que las personas puedan tomar sus decisiones religiosas libremente, sin presiones externas de ningún tipo. Adicionalmente, se observa que el mayor peligro para el Estado laico es la denominada “tendencia comunitaria”: se trata de la forma a través de la cual el individuo configura su propia identidad dependiendo fuertemente de la pertenencia a una comunidad cultural particular, religiosa o étnica. Según este diagnóstico, la tendencia comunitaria impediría la plena participación del ciudadano en los valores republicanos. Contra este peligro, se concluye que todo el mundo debería ser capaz, en una sociedad secular, de tomar distancia respecto de la tradición, ya que solo así se genera un movimiento efectivo hacia la plena libertad individual.

De esta forma, la controversia sobre la prohibición de los signos ostensibles (la kipá, el velo, el crucifijo, etcétera) puede entenderse como un intento de reafirmar la libertad individual y la prioridad de los valores republicanos en cada miembro de la sociedad. Pero al lograr este objetivo, se paga al mismo tiempo un costo inevitable: la conclusión de la irrelevancia de la adhesión y pertenencia del individuo a una comunidad religiosa; es decir, si la afiliación religiosa se coloca solo en la esfera privada del sujeto, entonces lo único que mantiene valor público es el respeto a la solidaridad política.

Somos conscientes de que el Estado de derecho no mantiene como meta la reducción o eliminación del fenómeno religioso. Sin embargo, hoy en día resulta muy influyente la convicción de que la verdad religiosa no debe ser confirmada públicamente, toda vez que se le considera un factor de inestabilidad política. El argumento ofrecido para acreditar tal extremo es que la convicción religiosa no es compartida, en la medida en que no soporta un test de auténtica racionalidad. Por lo tanto, recurrir a ella como parte del discurso de justificación para una política pública, cualquiera que sea, representa una imposición ilegítima.¹² Esta perspectiva, hoy en día, se acepta de manera casi totalmente acrítica y solo importa determinar la ubicación de la separación entre las esferas pública

¹¹ En esta laicidad a la francesa, el deber del extranjero, así como de cualquier persona con una identidad religiosa o étnica, es apreciar y reconocer la cohesión nacional que está garantizada por el principio de la laicidad, y no mantenerse o aislarse en su diferencia. Sobre este problema puede consultarse Talal Assad, *Trying to Understand French Secularism*, Political Theologies, Fordham University Press, 2006; John Bowen, “Muslims and Citizens. France’s Headscarf Controversy”, *Boston Review*, núm. 31, 2004; Gian Enrico Rusconi, *Come se Dio non ci fosse. I laici, i cattolici e la democrazia*, Torino, Einaudi, 2000, pp. 52-53; Claudia Mancina, “Laicità e politica”, en Giovanni Boniolo, *Laicità. Una geografia delle nostre radici*, Torino, Einaudi, 2006, p. 23; Bernard Stasi, *Laïcité et République*, Paris, Documentation Française, 2004.

¹² Francesco Viola, “Il ruolo pubblico della religione nella società multiculturale”, en C. Vigna y S. Zamagni, *Multiculturalismo e identità*, Milano, Vita e Pensiero, 2002, p. 115.

y privada. Por ejemplo, ¿la práctica de la eutanasia debe considerarse un asunto de relevancia pública o solo privada? Según algunos, con la eutanasia, el individuo decide sobre su propia vida y muerte, sin que se manifiesten daños a terceros, por lo que el Estado no cuenta con legitimidad suficiente para regular este tipo de decisiones. Según otros, la medicina es, en sí misma, una práctica pública, por lo que la acción de un médico que atiende a la solicitud de una muerte asistida es públicamente relevante y, por lo tanto, el Estado debe regularla.

A nuestro juicio, el problema al que nos enfrentamos no se reduce a la identificación del lugar preciso en el cual marcar la frontera que separe a las esferas pública y privada, sino que la cuestión relevante es saber si tal frontera tiene el sentido que actualmente se le pretende asignar.

La idea de que es posible separar formalmente dos áreas de la existencia humana es ciertamente atractiva y muy útil para la construcción de una arquitectura teórica, pero tal vez resulte incompatible con la complejidad de las cuestiones a las que se enfrenta hoy en día la norma que vertebra el Estado de derecho.

Esta separación que –recordemos– reduce el vínculo religioso a un nivel solo privado, es insuficiente tanto desde el punto de vista teórico, como en términos de la realidad social. Desde el punto de vista conceptual, es ilógico pretender que el ciudadano religioso divida su identidad en dos sectores que no se comunican.¹³ Esta pretensión resulta incongruente con las aspiraciones omniabarcantes de las religiones monoteístas, que estructuralmente tienden a implicar todos los aspectos de la vida humana; y, en ellas, la dimensión asociativa y la institucional son fundamentales: si se limita la religión a un nivel privado, se distorsiona su carácter omnicompreensivo. En el caso del cristianismo, la *cum-scientia* es estructuralmente una categoría que expresa la interdependencia entre lo público y lo privado, ya que se construye sobre la premisa de la capacidad de adaptación del sujeto al ambiente en que reside.¹⁴

Desde el punto de vista social, por otra parte, esta privatización del *logos* religioso se enfrenta a la resistencia que le oponen las culturas religiosas y, especialmente, las no cristianas; estas entran en contacto con la sociedad occidental portando un núcleo religioso que hace las veces de factor de arraigo comunitario y de cohesión. Para hacer frente a estos grupos sociales, la idea de la privatización de la religión y la negación de su importancia pública es *de facto* inadmisibile.

Permítasenos ahondar sobre este aspecto, que consideramos crucial. En un reciente intercambio de ideas entre Charles Taylor y Jürgen Habermas, sostenido en el marco del Simposio “Repensando el secularismo: el poder de la religión en el espacio público”, organizado por la Universidad de Nueva York, se discutió en torno al significado práctico de la neutralidad de la esfera pública. En particular, Taylor formuló una serie de críticas

¹³ Jürgen Habermas, “A Conversation about God and the World”, en E. Mendieta, *Religion and Rationality: Essays on Reason, God, and Modernity*, Cambridge, Polity Press, 2002, pp. 147-67.

¹⁴ Stelio Mangiameli, “La ‘laicità’ dello Stato tra neutralizzazione del fattore religioso e ‘pluralismo confessionale e culturale’”, *Diritto e società*, núm. 1, 1997, p. 37.

a los presupuestos y las condiciones que el liberalismo político exige para reconocer legitimidad a un debate público. Según Taylor, las estrategias presentadas por el liberalismo para hacer frente a los problemas de las sociedades multiculturales están basadas en un error epistemológico de fondo, que consiste en la caracterización y calificación del Estado secular de derecho a partir de la forma en que trata a las comunidades religiosas.¹⁵

Pero el carácter laico de un Estado de derecho depende, en realidad y una vez más con Taylor, de la respuesta dada a la cuestión de la diversidad, sin importar el hecho de que tal diversidad tenga una fuente religiosa, filosófica, ideológica o de otra naturaleza. En definitiva, la tarea del Estado laico es la de evitar que el fundamentalismo, cualquiera que sea su origen, ahogue la posibilidad misma de la necesaria deliberación que precede a las decisiones públicas.

Por supuesto, no debe negarse que la práctica de la laicidad está asociada al fenómeno religioso; tal vínculo tiene un origen histórico bien conocido y documentado.¹⁶ Pero si nos apartamos del contexto original de la cuestión y nos centramos en la realidad contemporánea, observando los problemas que manifiesta, vemos que la situación es muy diferente.

Lo que actualmente caracteriza a las sociedades occidentales es la convivencia de gran variedad de visiones del mundo, religiosas y no religiosas. Hoy, las sociedades son pluralistas, y los puntos de vista religiosos son solo un componente de la pluralidad. Al lado de los ciudadanos religiosos no encontramos a quienes no creen, sino a quienes son creyentes de una manera diferente, porque creen en los sistemas filosóficos o ideológicos o culturales tradicionales, bajo los cuales orientan sus decisiones. Si esto es verdad, entonces, ¿por qué cuando se habla de neutralidad del Estado o de la independencia de las instituciones públicas, o de los valores públicos, solo la religión es un obstáculo para vencer?

Por ello creemos que la neutralidad, así como la laicidad del espacio público, ya no son solo un par de conquistas para defender, sino que configuran criterios prácticos que necesitan ser repensados a la luz del pluralismo religioso, moral e ideológico de nuestras sociedades.

Un primer paso en esta dirección, recuperando a Taylor, requiere abandonar un mito: el de la distinción radical entre una razón secular, neutral, públicamente inocua, y una razón “impura”, no neutral, porque se encuentra marcada por la referencia a la fe como fundamento de propuestas axiológicas fuertes.

En este mismo sentido, tendríamos que abandonar la idea de que hay un lenguaje neutral, carente de referencias axiológicas absolutas, accesible a todos, y un lenguaje especial, para iniciados o adeptos, o sea, el lenguaje de la fe. Efectivamente, hoy se afirma la existencia de un lenguaje secular que todo el mundo puede comprender, y una serie

¹⁵ Disponible en: <http://blogs.ssrc.org/tif/2009/11/20/rethinking-secularism-jurgen-habermas-and-charles-taylor-in-conversation>.

¹⁶ Ver Oscar Celador, “Libertad religiosa y revoluciones ilustradas”, en G. Peces-Barba (dir.), *Historia de los derechos fundamentales*, Madrid, Dykinson, 2001.

de lenguajes especiales (de las religiones) que solo los que creen pueden utilizar. Adicionalmente se concluye que estos lenguajes especiales son débiles porque no dan cuenta de la realidad, mediando protocolos empíricos de demostración; en la medida en que se construyen sobre actos de fe, son excluyentes y, por lo tanto, inútiles en el debate público.¹⁷

Tales suposiciones implícitas en la cultura moderna se proyectan en dos principios estructurales del diálogo público: a) con el primero se sostiene que la deliberación en el interior del Estado de derecho solo puede hacer referencia a una razón neutral, aséptica; b) el segundo apunta a la proscripción del lenguaje de la religión en las sociedades pluralistas, ya que no es inteligible para aquellos que no son miembros de la comunidad religiosa.

Lo primero es engañoso. Por supuesto, el parlamento de un Estado laico no puede justificar una ley invocando la voluntad de Dios, pero esto se debe aplicar, en congruencia, a cualquier tipo de perspectiva ideológica o filosófica. Así, un parlamento no debería justificar el contenido de un código en la ideología marxista, o en la filosofía de Kant, o en las tradiciones culturales de un pueblo en particular. Ninguno de estos argumentos se puede adaptar a una sociedad pluralista. En pocas palabras, cada aportación filosófica, religiosa, ideológica, debería ser tratada con el mismo criterio y, por tanto, excluida del debate democrático. Pero, ¿es esto realmente posible? ¿El debate público puede ser a tal grado neutral? Evidentemente, más bien, tal debate sería imposible. Entonces, si se asume que un individuo o una comunidad pueden referirse a una determinada creencia ideológica o filosófica para justificar las decisiones públicas que a todos afectan, ¿por qué no admitir que podría justificarlas a la luz de los valores inherentes a la fe?

El segundo de los principios ya enunciados es simplemente falso. Cuando Martin Luther King luchaba por los derechos de los afroamericanos, o cuando Gandhi reivindicó la independencia de la India y propuso la doctrina de la no violencia, lo hicieron usando, respectivamente, el cristianismo y el hinduismo. No se puede pensar la doctrina de la Satyagraha sin referencia al hinduismo, como no se puede entender la lucha y la predicación de Martin Luther King sin tener en cuenta el hecho de que él era un pastor protestante. Al tenor de estos hechos y por estas razones, ¿sus batallas fueron menos razonables? Esta referencia religiosa, siempre presente en sus discursos, ciertamente no los hace incomprensibles, aun por aquellos que pertenecían a un contexto cultural completamente diferente.

¹⁷ El pensamiento de Bertrand Russell ha influido de manera importante en la consolidación cultural de estas tesis. Desde su punto de vista, en las antípodas de la ciencia, la religión fundamenta su estrategia de conocimiento en los dogmas y en la autoridad, dos realidades muy distantes e incluso opuestas a la observación empírica, propia del método científico. Y esto es así porque los dogmas se asumen como explicación absoluta de la realidad, como un espejo del universo, que prescinde de la observación y de la comprobación empírica. Siempre presuponen un acto de fe y, en definitiva, la credulidad del sujeto respecto de la autoridad: un ente cuyo discurso se tiene como descripción fidedigna del universo en su conjunto. En el fondo, la finalidad de la religión, según Russell, no es el incremento del conocimiento sino la construcción de la legitimidad suficiente para una forma de dominio (Cf. Bertrand Russell, *Religión y ciencia*, México, Fondo de Cultura Económica, 1955, p. 14).

4. Valores públicos, laicidad y fundamentalismo

Deseamos abrir la última parte de esta exposición afirmando el hecho de que las normas que vertebran la experiencia del Estado de derecho en Occidente, no pueden explicarse al margen de valores, y específicamente de valores religiosos. En efecto, nuestros sistemas jurídicos se construyen sobre un núcleo axiológico desarrollado en el horizonte del cristianismo. Sin embargo, es igualmente cierto que la influencia del pensamiento posmoderno se ha dirigido a debilitar esta *praxis* y eliminar la presencia, incluso indirecta, del factor religioso en el plano jurídico, situándonos en unas coordenadas abiertamente relativistas.

En este sentido, el problema de la laicidad se centra hoy en la solución de una paradoja en la que, por un lado, se manifiesta el intento de construir un Estado de derecho libre de las influencias confesionales, pero sin la aceptación necesaria de un relativismo de Estado donde se actualice la insignificancia absoluta de cualquier axiología jurídica.

Así, podemos observar que el relativismo es incompatible con los derroteros que han seguido las constituciones en los últimos 50 años.¹⁸ Pero, sobre todo, si se absolutiza el principio de neutralidad, la misma decisión democrática sería básicamente imposible, ya que cada elección es, por necesidad, la elección de un valor frente a otro.

Ante este escenario, nos parece que es posible interpretar el concepto de laicidad en una perspectiva no relativista. Este principio expresa la necesidad de fundamentar las decisiones normativas que integran un Estado de derecho sobre una dimensión objetiva, es decir, en un criterio que no es absolutamente dependiente de una perspectiva específica. Si el Estado de derecho quiere ser laico, entonces, las decisiones legislativas deben basarse en la investigación de la realidad y en el respeto a su integridad. Un Estado de derecho laico, en este sentido, es uno que no pretende imponer a la realidad una lectura específica, cualquiera que sea: religiosa, filosófica o ideológica. En cambio, considera que la realidad debe ser entendida por lo que realmente es; que debe ser descubierta y no construida a partir de un punto de vista subjetivo.

Esta aproximación plantea dos problemas diferentes. Por un lado, las posibilidades de concreción fáctica de este propósito objetivista son escasas, dada la fragmentación religiosa, filosófica e ideológica de nuestra sociedad. Por el otro, resulta necesario explicar cómo sería posible, desde un punto de vista teórico, que las perspectivas individuales puedan superar sus puntos de vista sobre lo real y llegar a una comprensión objetiva, basándose en razones no subordinadas con el punto de vista subjetivo.

Con todo, tal vez la primera estación en pos de estos afanes sea, permítasenos insistir en ello, la exclusión de cualquier tipo de fundamentalismo. El fundamentalismo puede definirse como una actitud asentada en la persuasión teórica y política de la verdad de la fe, pero sobre todo en el deseo de traducir normativamente esa doctrina, así como

¹⁸ Cf. Gustavo Zagrebelsky, *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, Madrid, Trotta, 1995, p. 97.

la consecuente exclusión de cualquier otra perspectiva que pretenda dar cuenta de la realidad.¹⁹

Por tanto, parece que el error radical del fundamentalismo estriba en la ilusión de ser capaz de objetivar la verdad, de traducirla en normas e imponerlas,²⁰ negando la posibilidad de otras vías de conocimiento de la verdad. En otras palabras, el error del fundamentalismo consiste en no distinguir entre la verdad y la interpretación. Y esta distinción es precisamente aquella en la que podemos construir una renovada lectura del principio de laicidad. El fundamentalismo, en efecto, cree que podría darse una interpretación auténtica de la verdad y, por lo tanto, completamente objetiva, ignorando que esta idea, además de ser una ilusión, también es contradictoria en sí misma. Creer que pueda darse una interpretación auténtica de la verdad, y por lo tanto única, confunde la interpretación con la verdad porque superpone la interpretación a la verdad misma. En otras palabras, el fundamentalismo se basa en la idea de que solo hay una interpretación de la realidad absolutamente acertada, negando, al mismo tiempo, la posibilidad de reconocer la presencia de una interpretación mejor que otras y, consecuentemente, negando el auténtico alcance de la capacidad humana para acceder a la verdad. Como explica el filósofo italiano, discípulo de Jaspers, Luigi Pareyson: “La formulación única es la abolición de la verdad misma, porque pretende confundirse con ella, mientras que no es más que interpretación, es decir, una formulación singular, posible de ser atribuida a otras realidades. En su constitutiva inseparabilidad (verdad e interpretación) no son realmente tan diversas que no puedan identificarse, ni tan similares que puedan confundirse”.²¹

Frente a esto, y por el contrario, el principio de laicidad exigiría distinguir entre la verdad y la interpretación. Con esto en mente, podría considerarse al diálogo público para la determinación de las opciones legislativas como una oportunidad para la argumentación racional, siempre y cuando se acepte que la verdad puede ser dicha o expresada de muchas maneras. En definitiva, solo si son posibles formulaciones diferentes de la misma realidad, el diálogo público puede ser auténticamente racional y suficiente para la justificación de decisiones públicas en el marco del Estado de derecho.

Asentado lo anterior, debemos aspirar, o mejor, exigir, que la esfera pública no necesariamente deba ser neutral para generar confianza y respeto. En cambio, debemos

¹⁹ En este sentido, Sergio Stamatii, “Stato, libertà, corpi intermedi nella prospettiva del fondamentalismo religioso (sul fondamentalismo forte)”, en Francesco D’Agostino, *Jus Divinum. Fondamentalismo religioso ed esperienza giuridica*, Torino, Giappichelli, 1998, pp. 262 y ss.; Judith Nagata, “Beyond Theology: Toward an Anthropology of ‘Fundamentalism’”, *American Anthropologist*, vol. 103, núm. 2, 2001, pp. 481-498.

²⁰ La claridad del ejemplo utilizado por Berlin es ejemplar: Si tengo la receta para la mejor tortilla del mundo, ¿por qué no hacerla, independientemente del número de huevos que se rompan? Berlin, de hecho, va mucho más allá de la crítica del fundamentalismo y se enfoca en la demostración del hecho de que algunos valores (o, en general, algunas visiones del mundo) son inherentemente incompatibles, y que no hay esperanza de llegar a un orden armónico entre ellos para garantizar su compatibilidad (Cf. Isaiah Berlin, *The crooked timber of humanity. Chapters in the history of ideas* Princeton, Princeton University Press, 2013, pp. 36-37).

²¹ Luigi Pareyson, *Verità e Interpretazione*, Milano, Mursia, 1971, p. 62.

esperar que la expresión y actualización de los valores públicos sea el resultado de un debate auténticamente abierto a todos. Pero, ¿qué significado práctico cabe para la idea “abierto a todos”?

La participación libre en el debate público hace que las deliberaciones ahí postuladas sean aceptadas por todos y, al mismo tiempo, permite a cada persona manifestar públicamente los valores que enriquecen su propia identidad.

La democracia deliberativa, por lo tanto, no solo determina la legitimidad de las decisiones normativas de un Estado de derecho, sino que también produce el fortalecimiento de las virtudes cívicas y la cohesión social, y hace posible percibirla como una empresa colectiva de cooperación entre personas libres e iguales.²²

Si estas son las características de un debate público auténtico, el riesgo que actualmente se percibe es que, para muchos ciudadanos, una participación efectiva en aquel sea imposible, o al menos ilusoria, porque sus aportaciones son consideradas, por su origen, ininteligibles, válidas solo para el consumo privado.

Por tanto, si creemos que la participación en el debate público es un bien fundamental, debemos abandonar, o al menos poner en duda y cuestionar, la idea de que para participar en él es necesario traducir las creencias en argumentos perfectamente racionales.

Es decir, un Estado de derecho no debería gravar a los ciudadanos religiosos con la obligación de traducir en argumentos racionales las piezas que configuran sus convicciones y que pretenden sean guía axiológica para decisiones públicas. La necesidad de asegurar un esfuerzo cooperativo de todos los ciudadanos implica que aquellos que tengan convicciones religiosas sean admitidos como miembros de la comunidad, aceptando al mismo tiempo que puedan ser fieles a sus creencias. Por esta razón sería deseable la admisión en la esfera pública de afirmaciones con las que se refleja una convicción axiológica implícita en una convicción religiosa.

Finalmente, consideramos que una vía para aclarar el significado práctico de la laicidad, como carácter distintivo del espacio público, pasa por reconocer que la democracia no es una factoría de valores, sino una empresa colectiva para el descubrimiento del bien a través de la interpretación de la realidad. Para este punto, nos apoyamos en el pensamiento de Alasdair MacIntyre, según el cual, los valores expresados en las diferentes prácticas sociales son el resultado de un debate público desplegado continuamente a lo largo de la historia.²³

Así, explica MacIntyre, cada práctica social es una actividad humana relativamente estable, que adquiere precisamente tal carácter de persistencia en razón de que los sujetos experimentan un valor, cada vez que conforman su conducta a la práctica social en cuestión. Esta *praxis* sería el objeto de una discusión pública, continua y permanente,

²² Cf., Amitai Etzioni, *La tercera vía hacia una buena sociedad. Propuestas desde el comunitarismo*, Madrid, Trotta, 2001, *passim*.

²³ Cf. Alasdair MacIntyre, *Tras la virtud*, Barcelona, Crítica, 2001, *passim*.

que se traduce en un proceso autorreflexivo que la comunidad hace sobre sí misma y sobre los valores que asume como zócalos para su propia existencia.²⁴

De esta manera se entiende que un valor no es construido, sino percibido como tal a partir de un debate comunitario sobre el significado de una práctica, a través de la historia.

Un ejemplo puede servir para aclarar este punto. Examinemos la práctica social del matrimonio. Hay valores que consideramos fundamentales para esta práctica. Ciertamente, cada miembro de la comunidad puede organizar su vida matrimonial de muchas maneras, pero hay por lo menos un valor que nuestra tradición ha identificado como fundamental en esta práctica: la igualdad entre los cónyuges. ¿Qué matriz tiene este valor: subjetiva u objetiva? Una respuesta que opta por la segunda alternativa tiene en cuenta que, en nuestro contexto, un matrimonio en el que no se observa la igualdad entre los cónyuges, no podría ser definido públicamente como un buen matrimonio. Es decir, tal valor es necesario para calificarlo como “bueno” o “exitoso” a un matrimonio. ¿Cuál es la causa de esta asociación? Atendiendo a lo señalado por MacIntyre, el vínculo entre práctica y valor se debe a que este se ha cristalizado en el curso de nuestra historia, gracias a un diálogo público desplegado a lo largo de mucho tiempo y que ha incluido a escritores, filósofos, artistas, gente común, estudiantes, hombres y mujeres de distintas religiones e ideologías. Todos ellos, bajo determinadas circunstancias y condiciones, han experimentado la estructura y el contenido del matrimonio y han reconocido, por lo menos, este valor.

Por lo tanto, si, a través de la ley, el Estado de derecho protege la igualdad de los cónyuges en la práctica del matrimonio y considera ilegales otras formas de vida matrimonial basadas, por el contrario, en la desigualdad, la comunidad que la adopta realiza una elección de valor en la que, al mismo tiempo, se han respetado los parámetros de laicidad y se ha escuchado y atendido el apoyo explícito que ciudadanos creyentes dan a este valor, en congruencia con su fe. Este hecho no justifica, en forma alguna, considerar tal elección como una imposición fundamentalista, ya que es una opción que se basa en la observación objetiva de la realidad. De esta forma, la realidad axiológica del matrimonio, es decir, aquello que le dota de significación pública y orienta su regulación jurídica, al menos tal como la percibimos en Occidente, incluye la igualdad de la pareja: un valor público en el que todos pueden converger.

Confiamos que este ejemplo haya podido mostrar la manera en que, a nuestro juicio, hoy en día deberíamos ser laicos; esto es, sin renunciar a los valores, ya sean religiosos o no, sino afirmándolos en un debate público, auténticamente abierto a todos.

²⁴ *Ibid.*, p. 222.

Bibliografía

- ASSAD, Talal, *Trying to Understand French Secularism*, New York, Fordham University Press, 2006.
- BERLIN, Isaiah, *The crooked timber of humanity. Chapters in the history of ideas*, Princeton, Princeton University Press, 2013.
- BAUBÉROT, Jean, *Laïcité 1905-2005, entre passion et raison*, Paris, Ed. du Seuil, 2004.
- BOKSER, Judit, “Religión y espacio público en los tiempos de la globalización”, en Roberto BLANCARTE J. (coord.), *Los retos de la laicidad y la secularización en el mundo contemporáneo*, México, El Colegio de México, 2008.
- BOVERO, Michelangelo, *El concepto de laicidad*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2013.
- BOWEN, John, “Muslims and Citizens. France’s Headscarf Controversy”, *Boston Review*, núm. 31, 2004.
- CARDIA, Carlo, “Laicità, etica, spiritualità (frammenti di analisi)”, en Mario TEDESCHI (coord.), *Il principio di laicità nello Stato democratico*, Rubettino, Soveria Mannelli, 1996.
- CELADOR, Oscar, “Libertad religiosa y revoluciones ilustradas”, en G. PECES-BARBA (dir.), *Historia de los derechos fundamentales*, Madrid, Dykinson, 2001.
- DALLA TORRE, Giuseppe, *Laicità dello Stato. A proposito di una nozione giuridicamente inutile*, en *Il primato della coscienza. Laicità e libertà nell’esperienza giuridica contemporanea*, Roma, Studium, 1992.
- ETZIONI, Amitai, *La tercera vía hacia una buena sociedad. Propuestas desde el comunitarismo*, Madrid, Trotta, 2001.
- GAMPER, Daniel, “Razón pública y religión en el contexto postsecular”, *Enrahonar*, núm. 43, 2009.
- HABERMAS, Jürgen, “A Conversation about God and the World”, en E. MENDIETTA, *Religion and Rationality: Essays on Reason, God, and Modernity*, Cambridge, Polity Press, 2002.
- LARMORE, Charles, *Patterns of Moral Complexity*, Cambridge, Cambridge University Press, 1987.
- MACÍNTYRE, Alasdair, *Tras la virtud*, Barcelona, Crítica, 2001.
- MANCINA, Claudia, “Laicità e politica”, en Giovanni BONIOLO, *Laicità. Una geografia delle nostre radici*, Torino, Einaudi, 2006.
- MANGIAMELI, Stelio, “La ‘laicità’ dello Stato tra neutralizzazione del fattore religioso e ‘pluralismo confessionale e culturale’”, *Diritto e società*, núm. 1, 1997.
- NAGATA, Judith, “Beyond Theology: Toward an Anthropology of ‘Fundamentalism’”, en *American Anthropologist*, vol. 103, núm. 2, 2001.
- PAREYSON, Luigi, *Verità e Interpretazione*, Milano, Mursia, 1971.
- RUSCONI, Gian Enrico, *Come se Dio non ci fosse. I laici, i cattolici e la democrazia*, Torino, Einaudi, 2000.

- RUSSELL, Bertrand, *Religión y ciencia*, México, Fondo de Cultura Económica, 1955.
- STAMMATI, Sergio, “Stato, libertà, corpi intermedi nella prospettiva del fondamentalismo religioso (sul fondamentalismo forte)”, en Francesco D’AGOSTINO, *Jus Divinum. Fondamentalismo religioso ed esperienza giuridica*, Torino, Giappichelli, 1998.
- STASI, Bernard, *Laïcité et République*, Paris, Documentation Française, 2004.
- STEINER, George, *Nostalgia del absoluto*, Madrid, Siruela, 2001.
- VIOLA, Francesco, “Il ruolo pubblico della religione nella società multiculturale”, en C. VIGNA y S. ZAMAGNI, *Multiculturalismo e identità*, Milano, Vita e Pensiero, 2002.
- ZAGREBELSKY, Gustavo, *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, Madrid, Trotta, 1995.
- _____, “Stato e Chiesa. Cittadini e cattolici”, *Diritto pubblico*, núm. 3, 2007.

Andrés Rosler* (Argentina)

Estado de derecho, delito político y terrorismo

RESUMEN

Este trabajo explora dos grandes tesis que subyacen al tratamiento que el Estado de derecho le ha dado al delito político. Mientras que la tesis que vamos a denominar “liberal” (el camino que tomara originariamente en el siglo XIX) sostiene que el delito político o ideológico es menos disvalioso que el común, la tesis que vamos a designar “soberana” (que predominara de hecho antes de la institución liberal del delito político y que ha reemergido en los últimos años) cree exactamente lo contrario: para ella, el delito ideológico es más disvalioso que su contraparte común. A continuación, primero distinguiremos entre el delito común y el delito ideológico o político. Luego, examinaremos las dos posiciones que los Estados han seguido en relación con el delito político, la “soberana” y la “liberal”, respectivamente. Por último, discutiremos el colapso de la distinción entre la tesis liberal y la soberana en caso de delitos ideológicos excepcionales como el terrorismo, y el desafío que tal clase de delito representa para el Estado de derecho liberal.

Palabras clave: delito político, soberanía, liberalismo, terrorismo.

ZUSAMMENFASSUNG

Der Beitrag untersucht zwei Hauptthesen, die der Behandlung von politischen Straftaten durch den Rechtsstaat zu Grunde liegen. Im Gegensatz zu der These, die man (angesichts ihres Ursprungs im 19. Jahrhundert) als „liberal“ bezeichnen kann, und die die Auffassung vertritt, dass politisch oder weltanschaulich motivierte Straftaten einen geringeren Unrechtsgehalt aufweisen als gemeine, geht die These, die als „hoheitsrechtlich“ bezeichnet werden kann (die vor der liberalen Institutionalisierung der politischen Straftat vorherrschend war und seit einigen Jahren wieder vermehrt vertreten wird), von der entgegengesetzten Position aus: für sie hat die weltanschaulich motivierte Straftat einen höheren

* Investigador independiente del Consejo Nacional de Investigaciones Científicas y Técnicas (Conicet), profesor titular de Filosofía del Derecho, Universidad de Buenos Aires.
andres.rosler@gmail.com.

Unrechtsgehalt als die gemeine. Im Folgenden wird zunächst zwischen gemeinen und weltanschaulichen oder politischen Straftaten unterschieden. Danach werden die beiden von den Staaten im Umgang mit politischen Straftaten eingenommenen Positionen, die „hoheitsrechtliche“ und die „liberale“, untersucht. Schließlich werden der Zusammenbruch der Unterscheidung zwischen der liberalen und der hoheitsrechtlichen These bei außerordentlichen politisch motivierten Verbrechen, wie etwa Terrorismus, sowie die Herausforderung, die Straftaten dieser Art für den liberalen Rechtsstaat bedeuten, diskutiert.

Schlagwörter: Politische Verbrechen, Souveränität, Liberalismus, Terrorismus.

ABSTRACT

This paper explores two underlying propositions that govern the treatment of political crimes under the Rule of Law. Whereas, the “Liberal” thesis (originally proposed in the 19th Century) argues that political or ideological offenses are actually ‘less worse’ than “common” crime, the “Sovereign” thesis (which, in fact, predominated prior to the liberal institution of political offense, and recently re-emerged) assumes the opposite position that ideological offenses are much worse than their common counterpart. The paper starts by distinguishing between common crime and ideological or political crime and continues by examining these two positions regarding political offences assumed by States. Finally, the discussion refers to the collapse of the distinction between the Liberal and Sovereign theses in the case of exceptional ideological crimes such as terrorism and the challenge that this type of offense poses to the Liberal Rule of Law.

Keywords: Political offense, sovereignty, liberalism, terrorism.

Uno de los puntos más altos en el desarrollo del Estado de derecho liberal tuvo lugar probablemente en el siglo XIX, con ocasión de la regulación del así llamado delito político. La expresión ‘delito político’, en sus comienzos, hacía referencia a la desobediencia al derecho por causas políticas. Bajo un Estado de derecho que se preciara de ser tal, el delincuente político debía recibir un tratamiento privilegiado fundamentalmente en términos de, en primer lugar, la abolición de la pena de muerte (tal como nos lo recuerda la Constitución argentina), pero, además, la aplicación de condenas más leves que las de los delitos comunes, la denegación de la extradición y el derecho de asilo (la defensa por delito político fue incluida por primera vez en el tratado franco-belga de 1834), amnistía, prescripción de la acción, sin mencionar el hecho de que, ocasionalmente, el delincuente político podía convertirse incluso en un patriota o un luchador por la libertad, dependiendo de las circunstancias.

A primera vista, semejante régimen especial para el delito político no está libre de paradojas. En efecto, por un lado, la noción misma de ‘delito político’ parece ser redundante. Por ejemplo, según Rousseau, todos los delincuentes son enemigos de la sociedad: “Todo malhechor al atacar el derecho social deviene por sus muy serios crímenes [*for-*

faits] rebelde y traidor a la patria, cesa de ser un miembro violando sus leyes, e incluso le hace la guerra”.¹ Por el otro lado, el delito político parece ser imposible o contradictorio, algo así como un delito permitido, un “piadoso crimen” en las palabras de Antígona.² Además, esta contradicción se acentúa si tenemos en cuenta que el reconocimiento de estatus político alcanza a quienes se alzan contra un régimen democrático en el sentido liberal del término. De ahí que tenga sentido preguntarse por la razón de esta indulgencia con quienes transgreden las leyes de un régimen que se caracteriza por ser el más generoso en términos de la libertad de expresión y de oportunidades de llegar al poder.³ En realidad, alguien podría sostener que el delito político debería recibir exactamente el tratamiento contrario.

Precisamente, la aparición en escena del terrorismo en los últimos años ha hecho que el Estado de derecho reviera su posición acerca del delito ideológico. El hecho mismo de que el acto delictivo esté inspirado en o por una ideología o principio juega en contra de dicho acto, antes que a favor. La designación misma de un acto como “terrorista”, según el uso corriente de la expresión, indica claramente que el delito ideológico o principista ha perdido la superioridad moral de la que gozara otrora.

En este trabajo quisiera explorar estas dos grandes tesis que subyacen al tratamiento que el Estado de derecho le ha dado al delito ideológico o principista si se quiere. Mientras que la tesis que vamos a denominar “liberal” (el camino que tomara originariamente en el siglo XIX) sostiene que el delito político o ideológico es menos disvalioso que el común, la tesis que vamos a designar “soberana” (que predominara de hecho antes de la institución liberal del delito político y que ha reemergido en los últimos años) cree exactamente lo contrario: para ella, el delito ideológico es más disvalioso que su contraparte común.

A continuación, primero, distinguiré entre el delito común y el delito ideológico o político. Luego, examinaré desde un punto de vista histórico-conceptual las dos posiciones que los Estados han seguido en relación con el delito político, la “soberana” y la “liberal”, respectivamente. Finalmente, estudiaremos el colapso de la distinción entre la tesis liberal y la soberana en caso de delitos ideológicos excepcionales como el terrorismo, y las aporías que tal clase de delito representa para el Estado de derecho liberal, una vez que se pone en duda la caracterización moralizadora del terrorismo.

1. La caracterización del delito político

El delito común es aquel cuyo tipo contiene acciones moralmente inaceptables debido a que, en la terminología de la filosofía práctica moderna, nadie podría querer

¹ Jean-Jacques Rousseau, *Du Contract Social*, en R. Derathé (ed.), *Œuvres complètes*, Paris, Gallimard, 1964, p. 376.

² Sófocles, *Antígona*, trad. de Assela Alamillo, Madrid, Gredos, 2000, p. 80.

³ Ver, v. g., Sophie Dreyfus, *Généalogie du délit politique*, Paris, Fondation de Varenne, 2009, pp. 9, 281, 368.

razonablemente la máxima que guía dichas acciones. En palabras de Kant, el criminal comete su acción “como una excepción a la regla (eximirse de ella en ocasiones)” y “*no hace más que desviarse* de la ley (aunque deliberadamente); puede a la vez detestar su propia transgresión y desear solo eludir la ley, sin negarle formalmente obediencia”.⁴ Hobbes, por su parte, diría que el criminal “acepta” la ley, aunque no la “observa”.⁵ En efecto, hasta quienes cometen tales delitos comunes comparten la justificación de su prohibición y lo único que les interesa es salirse con la suya. De ahí que se pueda decir que el delincuente común se contradice a conciencia, y dicha contradicción entre la acción y la máxima que subyace al comportamiento criminal común es una muy seria candidata para una justificación del castigo.⁶

Ciertamente, cuáles delitos caen bajo semejante descripción puede ser objeto de prolongadas discusiones; después de todo, no pocos objetan la moralidad de varias de las prohibiciones penales. Sin embargo, nadie podría razonablemente oponerse a la protección que el Código Penal le otorga, v. g., a la vida y a la integridad corporal.

La situación del delito político es completamente diferente, entendiendo esta noción del modo más laxo posible, sea siguiendo estándares o teorías subjetivas u objetivas. Voy a entender, en efecto, esta noción de tal forma que para que exista un delito político es suficiente que figure una causa política en su explicación, esto es, que el acto en cuestión esté al servicio de una causa política. De ahí que tanto un acto cuyo móvil sea político debido a que el autor actúa por razones políticas como un acto motivado por razones autointeresadas, pero originado por una razón política, son delitos políticos a los efectos de nuestra discusión.

El delito político, entonces, contiene una acción que para algunos, para bien o mal, “no merece el nombre de crimen, porque su autor en nada se parece a los criminales”.⁷ En las palabras de Kant, el delincuente principista comete su crimen “siguiendo la máxima de una regla adoptada como objetiva (como universalmente válida)”, de tal forma que “rechaza la autoridad de la ley misma, [...] y convierte en regla de su acción obrar contra la ley; por tanto, su máxima no solo se opone a la ley *por defecto* (*negative*), sino incluso *dañándola* (*contrarie*) o, como se dice, *diametralmente*, como contradicción (digamos, de un modo hostil)”⁸

La gran diferencia entre el delito común y el político consiste entonces en que mientras que el delincuente común busca salirse con la suya, el delincuente político aspira a una justificación al menos incipiente, en todo caso desde el punto de vista del autor di-

⁴ Immanuel Kant, *Metafísica de las costumbres*, A. Cortina Orts (ed.), Madrid, Tecnos, 1989, p. 153.

⁵ Thomas Hobbes, *Elementos filosóficos. Del ciudadano*, A. Rosler (ed.), Buenos Aires, Hydra, 2010, pp. 278-279.

⁶ Es por eso que Hegel sostiene que el castigo es el derecho del delincuente porque está contenido en su acción. Ver Georg W. F. Hegel, *Principios de la filosofía del Derecho*, 2ª. ed., Juan Luis Vermal (ed.), Barcelona, Edhasa, 1988, p. 161.

⁷ Georges Sorel, *Reflexiones sobre la violencia*, trad. F. Trapero, Madrid, Alianza, 1976, p. 162.

⁸ Kant, *op. cit.*, p. 153.

recto o indirecto, mediato o inmediato del acto. El delincuente político –en sentido más o menos mediato–, de hecho, suele ser abnegado, estar dispuesto a pagar el precio de su desobediencia y no tiene empacho en ensayar una justificación, al extremo de invitar con dicha justificación a la universalización de su conducta. En resumen, la motivación del delito político no es autointeresada sino abnegada y, además, dicha motivación se debe a la justificación de la acción, al menos desde el punto de vista del autor del delito.⁹

Ciertamente, desde el punto de vista del Estado, la situación no es vista con los mismos ojos. La autocomprensión del delincuente político no tiene por qué ser compartida por los magistrados, por ejemplo. Sin embargo, todo lo que hace falta para que el delito sea principista o político es que cierta razón o justificación universalizadora pueda al menos despegar. Dicha justificación no tiene por qué tener éxito. Otro tanto sucede con el resto de los rasgos del delito político. No tenemos por qué suponer que la abnegación o el desprecio por el materialismo, el compromiso con una causa o idealismo, sean valiosos en términos absolutos. Es por eso por lo cual, hasta aquí, queda abierta la discusión acerca de si el delito político es moralmente preferible al común.

La misma calificación “política” del delito (o “ideológica” para el caso) también deja abierta la valoración de dicho acto. En efecto, hasta aquí, decir que un delito es político es una descripción *sine ira et studio* que fácilmente puede adquirir un sentido peyorativo, tal como ha sucedido desde la recepción de Maquiavelo (como se suele manifestar, v. g., que un paro es “político” para desprestigiarlo o porque obedece a un interés sectorial), o bien puede adquirir un sentido positivo, tal como ha sido el caso desde los orígenes griegos de la expresión y, en particular, en la tradición republicana.

El complot contra César es un caso muy ilustrativo de la ambigüedad valorativa del delito político. Algunos, como Dante, condenan a verdaderos delincuentes políticos como Bruto y Casio al último círculo del infierno debido a que ellos “han hecho más que traicionar a un hombre pues han dañado un orden político querido por Dios, orden que debía dar al mundo la paz y la unidad en previsión de la Encarnación y de la Redención”.¹⁰ Otros, como Tito Livio, tal como Ben Jonson nos lo recuerda en su tragedia *Sejano*, “a menudo nombra [...] a Casio, y a [...] Bruto también, como hombres de la mayor dignidad, no como ladrones y parricidas” (III.1). Tácito cuenta, en el mismo sentido, que bajo Augusto “la muerte del dictador César pareció a unos la acción más deplorable y a otros la más hermosa [*aliis pessimum, aliis pulcherrimum*]”.¹¹ Y Lucano se había pronunciado incluso en contra de la posibilidad misma de pretender saber quién tenía razón: “Quién

⁹ Es por eso precisamente que Antígona quería gritar su acción, pregonarla ante todos (Sófocles, *op. cit.*, p. 80). Por ejemplo, cuando Ismene le pide a su hermana Antígona que mantenga oculta la transgresión que estaba a punto de cometer y por la cual Antígona se haría famosa para toda la posteridad, Antígona le contesta: “¡Ah, grítalo! Mucho más odiosa me serás si callas, si no lo pregonas ante todos”.

¹⁰ Thierry Sol, *Fallait-il tuer César? L'argumentation politique de Dante à Maquiavel*, Paris, Dalloz, 2005, p. 37. Bruto comete un “crimen político” (Sol, p. 38).

¹¹ *Anales*, I.8.

con más justicia las armas empuñó no es lícito saberlo, un gran juez a cada uno ampara: la causa vencedora a los dioses complació, a Catón la vencida”.¹²

O tomemos el caso del Satán de Milton. Su desobediencia no es un acto delictivo común, ya que desafía al orden soberano divino en su totalidad. En otras palabras, la destrucción que emprende no es solo criminal sino que además tiene un aire distintivamente principista o ideológico, ya que Satán decía enfrentarse a la dominación por parte de un igual cuyo gobierno se apoyaba en la omnipotencia o soberanía y que prohibía el acceso al conocimiento (uno de los dogmas de la futura Ilustración),¹³ y que incluso hizo que, v. g., William Blake creyera que Milton, sin saberlo, había tomado partido por el Diablo.¹⁴ La cuestión es si la naturaleza ideológica de su accionar agrava o atenúa la criminalidad de los actos de Satán.¹⁵ Es hora de examinar estas dos opciones.

2. La tesis soberana

Para comprender mejor la tesis liberal sobre el delito político convendría empezar por el camino no tomado inicialmente por el Estado de derecho, i. e., la tesis soberana, su antecesora y adversaria. La tesis soberana cree que el delito político, cuyo paradigma era el tipo del crimen de lesa majestad, es una infracción *mala in se*¹⁶ y mucho más disvaliosa que su contraparte común. Por ejemplo, para un distinguido exponente de esta tesis como Kant, la pretensión de actuar correctamente al desobedecer el derecho, ni qué decir la de enjuiciar al gobernante, juega en contra del delincuente político ya que este “rechaza la autoridad de la ley misma, de cuya validez no puede abjurar, sin embargo, ante su razón”.¹⁷ El delincuente político, entonces, ni observa ni acepta la autoridad política. En las palabras de Lutero, “a un rebelde has de situarlo lejos, lejos del asesino o del ladrón o de cualquier otro malhechor. Un asesino u otro malhechor deja subsistir la cabeza y la autoridad, solo ataca a sus miembros o a sus bienes; incluso teme a la autoridad. [...]. El rebelde, por el contrario, ataca a la cabeza misma, le ataca

¹² Lucano, *Farsalia*, Jesús Bartolomé Gómez (ed.), Madrid, Cátedra, 2003, p. 157.

¹³ John Milton, *El paraíso perdido*, Esteban Pujals (ed.), Madrid, Cátedra, 1986, p. 79.

¹⁴ Ver Anthony David Nuttall, *The Alternative Trinity. Gnostic Heresy in Marlowe, Milton, and Blake*, Oxford, Oxford University Press, 1988, p. 224.

¹⁵ Esta oscilación es típica de otro caso de desobediencia principista, como por ejemplo la de Prometeo, según Esquilo. Se trata literalmente de un filántropo que desobedeció a los dioses (ver Esquilo, *Tragedias*, trad. B. Perea, Madrid, Gredos, 1982, pp. 329, 331).

¹⁶ “Traición es un delito en sí mismo [*of it self*], *malum in se*, y, por lo tanto, un delito de *common law*, y alta traición es el delito más alto de *common law* que puede existir; y por lo tanto, no solo el estatuto sino la razón sin un estatuto lo hace un delito” (Thomas Hobbes, *Writings on Common Law and Hereditary Right*, Alan Cromartie y Quentin Skinner (eds.), Oxford, Oxford University Press, 2005, p. 69).

¹⁷ Kant, *op. cit.*, p. 153.

su espada y su oficio”.¹⁸ Según esta tesis, todo derecho debe ser soberano y “todas las soberanías posibles actúan necesariamente como si fueran infalibles; pues todo gobierno es absoluto; y desde el momento en que se lo puede resistir bajo pretexto de error o de injusticia, no existe más”.¹⁹

En primer lugar, quienes defienden esta concepción de la soberanía suelen adherir a cierta versión de la tesis de la teología política. En efecto,

Hubo un tiempo en el cual las disposiciones políticas prevalecientes de las sociedades terrenales –particularmente las que tomaban la forma de monarquías absolutas– se creía que habían sido diseñadas por Dios de acuerdo con el ordenamiento del reino celestial. [...]. Perturbar intencionalmente estas disposiciones políticas era por lo tanto equivalente a desafiar la voluntad del Creador y resistir al monarca estaba a la par con resistir a Dios mismo.²⁰

En este mismo sentido, Bodin creía que dado que el universo está sujeto a la sola y soberana majestad de Dios, del mismo modo el Estado debía estar sujeto a la sola y soberana majestad del príncipe (VI. 4). También la relación soberano-súbdito era comparada con la de padre-hijo y de ahí por supuesto la equiparación entre el parricidio (que era considerado el peor de los crímenes) y el delito político.

En segundo lugar, quienes suscriben la tesis soberana suponen (1) que existe una conexión necesaria entre la soberanía y la prevención del desorden, y (2) que existe una conexión entre el principismo o idealismo de esta clase de desobediencia y las peores consecuencias que acarrea. Quizás esto se deba a que quienes solo buscan salirse con la suya no quieren alterar el orden social, sino todo lo contrario, ya que solo pueden lucrar a partir de dicho orden; el principismo, por el contrario, afecta al orden social en su conjunto.

De ahí que, para la tesis soberana, un crimen de lesa soberanía tenga consecuencias mucho peores que un delito común. Como explica Hobbes, y en esto es seguido por pensadores tan distintos como Beccaria y De Maistre,²¹ “los crímenes que los latinos

¹⁸ Martín Lutero, “Carta sobre el duro librito contra los campesinos”, en Joaquín Abellán (ed.), *Escritos Políticos*, Madrid, Tecnos, 1986, p. 121. Ver Raffaele Laudani, *Disobedience in Western Political Thought*, trad. Jason Francis McGimsey, Cambridge, Cambridge University Press, 2013, p. 40.

¹⁹ Joseph de Maistre, *Du Pape*, Paris, 1841, pp. 1-2.

²⁰ Ned Dobos, *Insurrection and Intervention*, Cambridge, Cambridge University Press, 2011, p. 1.

²¹ Un santo patrono del abolicionismo de la pena capital como Beccaria creía que “La muerte de un ciudadano solo puede considerarse necesaria por dos motivos. El primero, cuando, aun privado de libertad tenga todavía tales relaciones y un poder tal que comprometa la seguridad de la nación; cuando su existencia pueda producir una revolución peligrosa en la forma de gobierno establecida. Así la muerte de algún ciudadano se hace necesaria cuando la nación recobra o pierde su libertad, o en el tiempo de la anarquía, en el que los desórdenes mismos ocupan el lugar de las leyes”. El segundo motivo “por el que puede considerarse justa y necesaria la pena de muerte” tendría lugar cuando la muerte de un ciudadano “fuese el verdadero y único freno para impedir que los

entendían por *Crimina laesae Majestatis* [...] son crímenes mayores que los mismos actos cometidos en contra de hombres privados: porque el daño mismo se extiende a todos”.²²

El peligro que representaba la desobediencia política era tal que de hecho hasta la desobediencia pacífica o no violenta era considerada un crimen de lesa majestad,²³ y la tentativa era suficiente para configurar el delito, en épocas en que la tentativa ni siquiera estaba tipificada, por así decir, en varios casos.²⁴

Cabe destacar a esta altura el ecumenismo ideológico de la tesis soberana. En efecto, ya hemos visto que pensadores tan distintos como Beccaria y De Maistre comparten ciertas creencias distintivamente soberanas. Y de hecho, el ecumenismo soberano abarca no solo a pensadores diferentes sino a discursos políticos distintos. En efecto, aunque es natural asociar la tesis soberana con la causa monárquica, en realidad se trata de una tesis de prosapia notablemente republicana. Cicerón, por ejemplo, estaba convencido de que nada podía ser peor que “cometer un crimen en contra de [*minueri*] la majestad del pueblo romano mediante la violencia”.²⁵ Luego el Imperio Romano, y monarquías y otros imperios, le dieron una calurosa bienvenida al régimen del delito de “majestas”.

La antigua simpatía republicana por la tesis soberana fue revalidada por los revolucionarios republicanos modernos.²⁶ En efecto, si bien los revolucionarios franceses eran abolicionistas capitales, hacían una excepción para el caso de los delitos políticos. Durante la Revolución Francesa, muchos diputados –de los cuales el más conocido quizás era Robespierre– creían que, aunque la pena capital no debía tener lugar en la sociedad civil, Luis XVI presentaba una “cruel excepción a las leyes ordinarias” y que era “el único que podía [...] recibir legítimamente” la pena de muerte. Nicolas-Marie Quinette, miembro de la Convención, el 6 de diciembre de 1792 claramente sacó a la luz la naturaleza agravante de los delitos políticos: “Estoy de acuerdo con los que piensan que este castigo

demás cometan delitos” (Cesare Beccaria, *De los delitos y de las penas*, Perfecto Andrés Ibáñez (ed.), Madrid, Trotta, 2011, p. 205). De Maistre sostiene que “Uno de los mayores crímenes que se pueden cometer es sin duda el atentado contra la soberanía, ninguno tiene consecuencias más terribles” (Joseph de Maistre, *Consideraciones sobre Francia*, trad. Joaquín Poch Elío, Madrid, Tecnos, 1990, p. 11).

²² Es el punto mencionado por Rosencrantz en *Hamlet*: “La cesación de majestad no muere sola, sino que como un abismo atrae lo que está cerca de ella. [...]. Nunca solo suspiró el rey sino con un gemido general” (William Shakespeare, *Hamlet*, G. R. Gibbard (ed.), Oxford, Oxford University Press, 1987, p. 271).

²³ Ver Mario Sbriccoli, *Crimen Laesae Maiestatis*, Milán, Giuffrè, 1974, p. 144.

²⁴ Ver Dreyfus, *op. cit.*, pp. 48-49.

²⁵ *Filípicas* I.21.

²⁶ Incluso los adversarios de la revolución notaron el parecido: “En el siglo dieciséis los revoltosos atribuyeron la soberanía a la *Iglesia*, es decir al pueblo. El siglo dieciocho no hizo sino transportar esta máxima a la política; es el mismo sistema, la misma teoría, hasta sus últimas consecuencias. ¿Qué diferencia hay entre la *Iglesia de Dios, únicamente conducida por su palabra, y la gran república una e indivisible, únicamente gobernada por las leyes y los diputados del pueblo soberana*? Ninguna. Es la misma locura, habiendo solamente cambiado de época y de nombre” (De Maistre, *Du Pape*, pp. 3-4).

debe ser borrado de nuestra legislación civil; pero demostraré en el futuro que debe ser reservado para crímenes políticos, o aquellos que buscan destruir a la libertad”.²⁷

Ahora bien, la gravedad de los crímenes políticos repercute en diferentes aspectos del tratamiento de los delincuentes. En primer lugar, el castigo mismo, por ejemplo en el caso del *common law*, era bastante elocuente. En las palabras de Hobbes consistía en:

Ser arrastrado sobre un marco [*Hurdle*] desde la prisión hasta la horca, y ahí [...] ser colgado por el cuello, y puesto vivo sobre el suelo, y que se le quiten y quemén las entrañas mientras está todavía vivo; y que se le corte la cabeza y que su cuerpo sea dividido en cuatro partes, y que su cabeza y sus cuartos sean ubicados tal como el rey lo determine.²⁸

En segundo lugar, a pesar de que la responsabilidad familiar en Europa había desaparecido a partir del siglo XII, el delito de lesa majestad, paradigma del delito político, no respetaba el principio de responsabilidad individual o personal, ya que su castigo no se limitaba al suplicio del condenado sino que le seguían un número de penas complementarias que afectaban su entorno: los bienes le eran confiscados, su casa arrasada, la familia desterrada y el patronímico abolido. Esta aspiración de borrar hasta el recuerdo del culpable de lesa majestad (*damnatio memoriae*) llegó hasta la destrucción de la casa del girondino Buzot por la Convención y la del Thiers por la Comuna. Tampoco la demencia exoneraba de responsabilidad por lesa majestad, ni siquiera la muerte, de modo que ni el suicidio detenía necesariamente la acción penal.²⁹

En tercer lugar, la repercusión procesal era dramática, tal como nos lo recuerda Sorel: “Los procesos contra los enemigos del rey fueron siempre llevados de manera excepcional; se simplificaban los procedimientos todo lo posible; se daban por suficientes pruebas mediocres, que no hubieran bastado para los delitos ordinarios; se trataba de infligir castigos ejemplares y que intimidasen profundamente”. Sorel enfatiza que el acuerdo multipartidario entre monárquicos y republicanos subsiste, ya que lo mismo ocurrió durante la revolución:

La ley del 22 de pradiel se contenta con definiciones un tanto difusas del crimen político, con el fin de no dejar escapatoria a ningún enemigo de la Revolución; y, en lo que a pruebas respecta, son dignas de la más pura tradición del *Antiguo Régimen* y de la Inquisición. “La prueba necesaria para condenar a los enemigos del pueblo es cualquier clase de documento, ya sea material, moral, verbal o escrito, que de modo natural puede lograr el asentimiento de toda persona justa y razonable. La

²⁷ Dan Edelstein, *The Terror of Natural Right. Republicanism, the Cult of Nature, and the French Revolution*, Chicago, Chicago University Press, 2009, p 151, núm. 97.

²⁸ Thomas Hobbes, *A Dialogue*, *op. cit.*, p. 117.

²⁹ Ver Dreyfus, *op. cit.*, pp. 51-52.

regla de los juicios es la conciencia de los jurados iluminados por el amor a la patria; su objetivo es el *triunfo de la República y la derrota de sus enemigos*.³⁰

La cepa revolucionaria del delito político, sin embargo, tiene ciertas características distintivas. En primer lugar, el derecho aplicable. Dado que Luis XVI gozaba de inviolabilidad constitucional desde septiembre de 1791, durante su juicio fue invocado el derecho natural o de gentes para poder acusarlo y condenarlo. Según Saint-Just, v. g., el rey debía “ser juzgado como enemigo, [...] nosotros tenemos menos que juzgarlo que combatirlo, y [...] no estando más en el contrato que une a los franceses, las formas del procedimiento no están en absoluto en la ley civil, sino en la ley del derecho de gentes”.³¹

En segundo lugar, la naturaleza jurídica del objeto de la acusación contra Luis XVI osciló entre un crimen y un acto bélico. Por un lado, la conducta de Luis XVI era considerada criminal. Saint-Just, en efecto, expresaba su preocupación de que en el futuro los seres humanos “se asombrarán de la barbarie de un siglo en el cual tenía algo de religioso juzgar a un tirano, cuando el pueblo que tenía un tirano para juzgar lo eleva al rango de ciudadano antes de examinar sus crímenes”. Saint-Just advertía que “se sorprenderán un día que en el siglo dieciocho se haya avanzado menos que desde los tiempos de César: allí el tirano fue inmolado en pleno Senado, sin otras formalidades que veinticuatro puñaladas, y sin otra ley que la libertad de Roma. ¡Y hoy se hace con respeto el proceso de un hombre asesino de un pueblo, capturado en flagrante delito, la mano en la sangre, la mano en el crimen!”³² Vale agregar que a Luis XVI le cabe haber sido quizás el primer “criminal en contra de la humanidad”, tal como lo describiera Robespierre.³³

Pero, por el otro lado, el hecho mencionado por Saint-Just, según el cual no tenía sentido llevar a juicio al rey ya que se trataba de un enemigo que debía ser muerto en el Senado, sin más, implica que, para él, la cuestión no era de derecho penal sino bélica en realidad, algo así como un “derecho penal del enemigo”. Obviamente, el sentido de tratar criminales como enemigos es que elimina la burocracia del procedimiento penal de tal forma que quienes desobedecen la autoridad del Estado pueden ser tratados de manera más expeditiva. No hace falta acusación, juicio, audiencias; pueden ser capturados o detenidos meramente por su pertenencia a un grupo, no hace falta evaluar la responsabilidad individual; los enemigos son juzgados –si es que lo son en absoluto– según los estándares algo más relajados del derecho natural, no según el derecho positivo y, de hecho, no hace falta acción alguna para poner en marcha el dispositivo estatal sino solo la capacidad de dañar al Estado.

En tercer lugar, la sinécdoque. En efecto, algunos revolucionarios creen que no solo al rey se le debe aplicar el derecho natural y que es un criminal en contra de o un enemigo de la revolución o del pueblo francés, sino que además es un criminal contra o enemigo

³⁰ Sorel, *op. cit.*, p. 161.

³¹ Louis de Saint-Just, *Oeuvres complètes*, Paris, Gallimard, 2004, p. 476.

³² *Idem*.

³³ Ver Edelstein, *op. cit.*, pp. 150-151.

de la humanidad en general. El rey es puesto en compañía de tiranos, salvajes, forajidos, piratas y demás *hostes humani generis*.³⁴

3. La tesis liberal

Para la tesis liberal, tal como dijimos al comienzo, el delito político es claramente mucho menos disvalioso que su contraparte común. Recordemos el tratamiento privilegiado que recibe el delincuente político en prisión, las condenas menores, la abolición de la pena muerte, el derecho de asilo para delincuentes políticos, la amnistía, la prescripción de la acción, sin mencionar el hecho de que ocasionalmente el delincuente político podía convertirse incluso en un patriota o un luchador por la libertad, dependiendo de las circunstancias.

Para dar una idea de la tesis liberal puesta en práctica repasemos la congratulación de Francis Lieber –redactor del famoso “Código Lieber” para el uso del ejército de la Unión en la guerra civil y un refugiado europeo en Estados Unidos– para

la [...] Cámara de los Comunes por rechazar un proyecto de ley que habría hecho un delito fomentar la conspiración contra príncipes extranjeros en Inglaterra y por liberar a Orsini, sospechoso de un complot contra la vida de Napoléon III –decisiones que fueron ‘saludadas con algarabía por todo hombre en el continente europeo que le desea lo mejor a la libertad’.

No solo Orsini, “sino Mazzini, Kossuth, Garibaldi y Herzen juntos con numerosos refugiados de 1848 en un punto todos habían sido capaces de manifestarse públicamente en Londres mientras disfrutaban de asilo en Inglaterra ante la consternación de sus gobiernos”.³⁵

La tesis liberal del delito político descansa sobre una serie de supuestos. En primer lugar, el énfasis en la moralidad del delito político tiene en mente una concepción especial del Gobierno y del derecho que subyace a la tesis liberal, la cual sale claramente a la luz en la pluma de un destacado defensor de la soberanía como De Maistre: “El que tuviera el derecho de decirle al Papa que está equivocado, tendría, por la misma razón, el derecho a desobedecerlo”.³⁶ En efecto, para el liberalismo, la política debe apuntar al “consenso” como el resultado de un intercambio de visiones y opiniones consideradas, de tal forma que la tesis liberal tiene una considerable aura epistémica. La búsqueda de una respuesta correcta nos hace ser conscientes de que nos podemos equivocar y que, por lo tanto, la otra parte puede tener razón y entonces debemos mantener abiertas nuestras opciones, incluso si semejante actitud compromete nuestro poder. Es la verdad misma la que nos

³⁴ *Ibid.*, p. 18.

³⁵ Martti Koskenniemi, *The Gentle Civilizer of Nations. The Rise and Fall of International Law 1870-1960*, Cambridge, Cambridge University Press, 2001, p. 68.

³⁶ De Maistre, *Du Pape*, p. 6.

hace venerar la pluralidad. Y de ahí que los liberales, al entender la política como una búsqueda de la verdad entre competidores en paridad de condiciones, están dispuestos a reconocerles estatus político incluso a quienes ocasionalmente optan por la violencia para hacer sus reclamos, dado que hasta un enemigo vencido puede tener razón.

De la preocupación liberal por la motivación moral surge la crítica hacia la criminalización del desacuerdo político que es ínsita a la tesis soberana. Por ejemplo, Constant creía que, en el fondo, el Gobierno mismo o la sociedad son los verdaderos responsables de los delitos políticos. Los individuos tienen derecho a opinar sobre política y, de hecho, la existencia de una conspiración prueba que “la organización política de un país en donde se urden estas conspiraciones es defectuosa”. Constant cree ciertamente que dichas conspiraciones deben ser reprimidas en ocasiones, “pero la sociedad no debe desplegar contra los crímenes de los que sus propios vicios son la causa sino la severidad indispensable; ya es lo suficientemente lamentable que ella esté forzada a castigar a hombres que, si ella estuviera mejor organizada, no habrían devenido culpables jamás”.³⁷ En otras palabras, quien desobedece el derecho por razones políticas, según esta visión, es entendido como “un hombre de progreso, deseoso de mejorar las instituciones políticas de su país, teniendo intenciones loables, apresurando la marcha, adelantándose a la humanidad, cuya única culpa es la de querer ir demasiado rápido y la de emplear, para realizar los progresos que él ambiciona, medios irregulares, ilegales y violentos”.³⁸

En segundo lugar, para la tesis liberal, el delito político es *mala prohibita*. Dicha relatividad constitutiva del delito político le juega necesariamente a favor. Por un lado, la relatividad espacial de la noción de enemigo según la cual lo que caracteriza a un buen ciudadano de un régimen podría considerarse enemistad declarada en otro régimen: el enemigo de una nación no tiene por qué ser el enemigo del género humano de la humanidad, y un traidor a un país puede ser un excelente ciudadano en otro. Por el otro, la relatividad temporal. Guizot, por ejemplo, advertía que

apenas se encontrará en la esfera de la política algún acto inocente o meritorio que no haya recibido, en algún rincón del mundo o del tiempo, una incriminación legal. [...]. En cosas tan móviles, tan complicadas, la verdadera moralidad de las acciones no se deja así determinar absolutamente ni aprisionar para siempre en el texto de las leyes”.³⁹

De hecho, los trastornos políticos ocasionados por la Revolución en Francia generaron la necesidad de crear la figura del delito político, concediéndole autonomía normativa para, de ese modo, proteger el orden jurídico.

³⁷ Benjamin Constant, *Écrits politiques*, Paris, Gallimard, 1997, p. 580.

³⁸ Georges Vidal, *Cours de droit criminel et de science pénitentiaire*, 2ª. ed., Paris, A. Rousseau, 1901, p. 101. Ver Dreyfus, *op. cit.*, pp. 353, 359, 360-361, 366.

³⁹ François Guizot, *Des conspirations et de la justice politique. De la peine de mort en matière politique*, Paris, Fayard, 1984, pp. 117-118.

Aunque no es exactamente lo que Guizot tenía en mente, su tesis sobre la relatividad temporal del delito político fue confirmada por lo que hoy sabemos sobre la huelga, la cual dejó de ser un grave acto violento y, por eso, pasó de ser un delito que afectaba sustancialmente derechos constitucionales básicos como la libertad de comercio y la propiedad privada a convertirse en un derecho constitucional imprescindible.

En tercer lugar, la separación conceptual entre la sociedad y el Estado (o el Gobierno) explica que el enemigo del Gobierno no es necesariamente un enemigo de la sociedad.⁴⁰ La separación de la sociedad y del Estado deja además el lugar necesario para poner en duda la soberanía o el monopolio de la acción política que la tesis soberana le atribuía al Estado. Este fenómeno está estrechamente vinculado con la separación moderna entre la razón u opinión pública y la razón u opinión de Estado.

En efecto, mientras que, por ejemplo, Montaigne y Hobbes creían que la opinión pública era la del Estado, la opinión pública en el siglo XVIII corresponde a la de la sociedad civil entendida como una esfera intermedia entre el sector privado y el Estado,⁴¹ fenómeno que ya era perceptible a comienzos del siglo XVII en el *Julio César* de Shakespeare, en el cual la conexión entre la esfera pública y el delito político salta a la vista. En efecto, cuando Antonio declama estar dispuesto a ser “amigo [...] de todos y amarlos [...] a todos” los que mataron a César, a condición de que le dieran “las razones de por qué y en qué César era peligroso”, Bruto, quizás en un exceso de confianza, le responde: “Nuestras razones están tan llenas de buenas consideraciones que si fueras tú, Antonio, el hijo de César, estarías satisfecho. Si no, esto sería un espectáculo salvaje”.⁴² En el acto siguiente, Bruto nos recuerda que César había sangrado “en aras de la justicia” y anuncia que “razones públicas serán ofrecidas de la muerte de César”. Esta última expresión muestra no solo la aspiración principista de todo delito político, sino que además indica la ambigüedad de la expresión ‘justo’ en ocasión del pasaje de su connotación estatal a la burguesa, por así decir: se trata de razones públicas porque atañen al Estado y además porque serán ofrecidas a la esfera pública.

En cuarto lugar, tal como lo sostiene el penalista francés Joseph Ortolan hacia 1875, “la pena del delito político tendrá siempre en su principio alguna cosa de las medidas que se aplican a un *enemigo*: el legislador penal [...] no debe perder de vista este carácter”.⁴³ El enemigo al que se refiere el paradigma liberal francés, sin embargo, no es el de la guerra justa invocada por Saint-Just, sino el enemigo regular del derecho público europeo, que con el tiempo permitió que incluso quienes combatieran en una guerra civil fueran comprendidos dentro del régimen de beligerancia.⁴⁴ El acto del delincuente ideológico

⁴⁰ Ver Dreyfus, *op. cit.*, p. 272.

⁴¹ Ver Jürgen Habermas, *Strukturwandel der Öffentlichkeit. Untersuchungen zu einer Kategorie der bürgerlichen Gesellschaft*, Frankfurt, Suhrkamp, 1990, pp. 162-163; Reinhart Koselleck, *Kritik und Krise. Eine Studie zur Pathogenese der bürgerlichen Welt*, Frankfurt, Suhrkamp, 1973, p. 44.

⁴² William Shakespeare, *Julius Caesar*, Arthur Humphreys (ed.), Oxford, Oxford University Press, 1984, p. 171.

⁴³ Joseph Ortolan, *Éléments de droit pénal*, 4^a ed., Paris, Plon, 1875, § 707 (énfasis agregado).

⁴⁴ Ver Carl Schmitt, *Der Nomos der Erde*, Berlin, Duncker & Humblot, 1950, pp. 274, 275, 278.

o político entonces merecería el mismo grado de autonomía normativa concedido al acto de guerra.

En quinto lugar, la causa victoriosa complace a los dioses. En efecto, la otra cara de reconocer que detrás del delincuente político hay un enemigo –aunque no el injusto o irregular sino el relativo o justo del derecho público europeo– es reconocer que la performatividad tiene mucho que ver con la distinción entre un delincuente y un patriota. Vidal señalaba en este sentido que “el autor de un crimen político, que es más un vencido que un criminal, puede devenir, como resultado de una revolución favorable a sus ideas, el vencedor de mañana llamado a la dirección regular del Estado y a la administración pública de su país”.⁴⁵ Sorel advertía exactamente lo mismo, aunque, como veremos más abajo, con otros fines: “el criminal de hoy puede pasar a ser el juez de mañana”.⁴⁶ Menachem Begin y Yasser Arafat son ejemplos de cómo hasta terroristas pueden convertirse en estadistas.

4. Los límites de la tesis liberal y el regreso de la tesis soberana

Hablando de terrorismo, la tesis liberal es menos generosa –o liberal– de lo que parece, ya que en el fondo no cualquier tipo de delito ideológico califica como delito político en sentido estricto. En efecto, los mismos liberales que suscribían la superioridad moral del delito principista distinguieron entre el delito político y lo que llamaban “delitos antisociales”, o, si se quiere, entre principios correctos e incorrectos. Juristas como Franz Lieber, que creían representar a la conciencia legal o jurídica del mundo civilizado, defendían el voto universal, el constitucionalismo social y el Estado de derecho, no dudaron sin embargo en apelar a “la represión para defender su liberalismo aristocrático” frente a los desafíos ocasionados por el anarquismo. En 1869, por otro lado, Fedor Martens, el famoso profesor y diplomático ruso-báltico, argumentaba en el Institut de Droit International que los tiempos habían cambiado. Mientras que el número de refugiados políticos “reales” había disminuido, el número de “criminales” políticos se había incrementado, y por esto último entendía: miembros de la Comuna, nihilistas, socialistas, todos los que a través del homicidio y del incendio provocado o estrago deseaban anarquía y celebraban los “instintos bestiales del hombre”.⁴⁷

En este mismo sentido, en 1879 el Instituto de Derecho Internacional adoptó una resolución según la cual los Estados podían ejercer jurisdicción penal extraterritorial en caso de actos cometidos en cualquier lado por cualquier persona, si tales actos eran ataques en contra de “la existencia social del Estado” o ponían en peligro su seguridad. Anarquismo y comunismo constituían crímenes contra todos los Estados y, por lo tanto, quienes actuaban inspirados por tales doctrinas se convertían en los nuevos enemigos

⁴⁵ Vidal, *op. cit.*, p. 103.

⁴⁶ Sorel, *op. cit.*, p. 154.

⁴⁷ Ver Koskenniemi, *op. cit.*, p. 69.

de o criminales contra la humanidad. Al año siguiente, el Instituto se expresó a favor de la denegación de extradición en caso de delitos políticos para el caso de actividades que no configuraran delitos comunes.

La discusión contemporánea sobre el terrorismo trae a colación un panorama muy similar. El discurso de los derechos humanos ha restringido severamente el antiguo régimen del delito político para impedir que el terrorismo, un típico fenómeno de criminalidad ideológica, obtenga estatus político en términos de no extradición, asilo, privilegios legales del acto de guerra, y qué decir del reconocimiento patriótico. Con lo cual, la tesis liberal ha dejado paso a la soberana.

El retorno de la tesis soberana parece haber sido acompañado por el regreso de la tesis de la teología política. Recientemente, Pierre Manent también ha señalado la estructura teológica de los delitos de lesa humanidad: “En el antiguo orden, el crimen más grave e imperdonable era el sacrilegio –el crimen contra Dios, o las cosas consideradas sacras, que incluían el regicidio y el parricidio–. En el nuevo orden democrático, el crimen más grave, el crimen para el cual no hay prescripción de la acción, es el crimen contra la humanidad”.⁴⁸ Da la impresión entonces de que Su Majestad la Humanidad ha ocupado el lugar de la antigua soberanía, tal como lo muestra –al menos en los idiomas que derivan del latín– la expresión de crimen de *lesa* humanidad. El regreso de la tesis soberana es acompañado por su explosivo coctel de un derecho aplicable controversial, la oscilación del estatus normativo del terrorista entre criminal y enemigo, y, finalmente, la sinécdoque universalista.⁴⁹

Ahora bien, mi punto no es que el terrorismo contemporáneo es solo una creación estatal mediante la cual el enemigo es criminalizado, sino que la manera soberana en que solemos entenderlo contribuye a que la noción sea fácil presa de la moralización. En efecto, la definición estándar del terrorismo es tan moralizante que el intento de discutir la moralidad de un acto terrorista lisa y llanamente es un sinsentido. Si bien la definición de todo concepto cultural alberga ingredientes valorativos, en el caso del terrorismo la definición usual tiene semejante carga valorativa que parece ser parte de una campaña antes que una ayuda para pensar.⁵⁰

En los últimos años no han faltado quienes proponen desmoralizar en cierto sentido al terrorismo, de tal forma que recomiendan dejar de entenderlo como una ideología –o qué decir como una patología psicológica– y entenderlo instrumentalmente como una forma de violencia política, i. e. como el ataque deliberado contra no combatientes, con independencia de quiénes sean los que realizan el acto (insurgentes o estatales) y de cuál-

⁴⁸ Pierre Manent, *A World beyond Politics. A Defense of the Nation-State*, trad. Marc LePain, Chicago, Chicago University Press, 2006, p. 124.

⁴⁹ Es irónico que el terrorismo (o mejor dicho el “terror”, ya que “terrorismo” es una expresión termidoriana) haya sido una creación del discurso soberano revolucionario y que haya sido no solo estatal sino legal. Ver Sophie Wahnich, *In Defence of the Terror. Liberty or Death in the French Revolution*, trad. David Fernbach, London, Verso, 2012, pp. 48-49, 64-65.

⁵⁰ C. A. J. Coady, *Morality and Political Violence*, Cambridge, Cambridge University Press, 2008, p. 155.

les sean los fines que inspiran dicho acto (principios o ideologías de izquierda o de derecha, o insurgentes o estatales). Semejante caracterización del terrorismo impide, v. g., que la expresión terrorismo de Estado sea redundante –tal como parece ser el caso en Argentina– o imposible, como suelen alegar los Estados.

Ahora bien, quienes comparten esta caracterización instrumental o táctica del terrorismo no están de acuerdo acerca de si el terrorismo es necesariamente injustificable o inexcusable. Por ejemplo, Tony Coady adopta esta caracterización táctica o instrumental del terrorismo, pero sostiene que este es injustificable en todo sentido debido a que suscribe a una versión de la doctrina del doble efecto, según la cual nunca puede estar justificado el ataque deliberado contra no combatientes, sino solo aquello que fuera un efecto colateral, esto es, previsto pero no deseado, de un acto moralmente bueno de modo inherente y que no sea querido ni como meta ni como medio de la acción.⁵¹

Uwe Steinhoff, por su parte, también adopta la concepción instrumental de terrorismo, pero cree que es posible que un acto terrorista sea, si no justificable, quizás al menos excusable. En efecto, Steinhoff critica la doctrina del doble efecto, ya que cree que en lugar de ser un medio eficaz para proteger los derechos de las víctimas de los actos de doble efecto, no es sino un tranquilizante para las conciencias de los que violan tales derechos. Los derechos de las víctimas son igualmente violados tanto en casos de muertes colaterales como en el caso de muertes deliberadas o directas, provocadas fundamentalmente por los actos de guerra realizados por los Estados.⁵²

Para ilustrar la crítica de Steinhoff a la doctrina del doble efecto, podemos usar el ejemplo de Philippa Foot que él mismo utiliza. Al salir en una expedición espeleológica, un hombre obeso se queda atascado en una abertura, bloqueando la salida para sus compañeros. Infortunadamente, el nivel de agua en la caverna empieza a subir, de tal forma que todos morirán si no pueden despejar la abertura. La única posibilidad de lograrlo consiste en usar dinamita, que justo tenía uno de los expedicionarios, y volar al hombre obeso. Foot sostiene que sería absurdo si los espeleólogos argumentaran que la muerte del obeso sería solo una consecuencia previsible de la explosión y, por lo tanto, afirmarían: “No quisimos matarlo [...] solo volarlo en pequeños pedazos”.⁵³

Steinhoff sostiene que, de hecho, la diferencia entre guerra y terrorismo no debería ser una cuestión de principios, sino que debe residir “en las dimensiones y adecuación del ataque”. Como resultado, si algunos actos como el bombardeo de Dresden o la represalia del ejército israelí que aterrorizaba a la población palestina en su conjunto, el ataque de Clinton contra Sudán, o la guerra en Irak están justificados, “no es del todo claro por qué el ataque al World Trade Center no debería estar justificado”.⁵⁴

⁵¹ *Ibid.*, p. 167.

⁵² Uwe Steinhoff, *On the Ethics of War and Terrorism*, Oxford, Oxford University Press, 2007.

⁵³ *Ibid.*, p. 39. La eventual reacción de los expedicionarios nos recuerda al lamento de Bruto la noche anterior a la conspiración contra César: “¡Oh, si... pudiéramos llegar al espíritu de César y no desmembrar a César! Pero, lamentablemente, César debe sangrar por eso” (Shakespeare, *op. cit.*, p. 138).

⁵⁴ Steinhoff, *op. cit.*, p. 124.

Como podemos apreciar, la concepción táctica del terrorismo puede tomar el camino soberano según nuestra terminología (para Coady, el terrorismo siempre está injustificado), o el camino liberal, otra vez según terminología de Steinhoff, según el cual la teoría de la guerra justa estatal bien puede ser imposible de distinguir del terrorismo y habría que ir caso por caso para ver si la acción en cuestión está justificada, y para saberlo habría que tener en cuenta sobre todo los resultados antes que las intenciones. De otro modo, si adoptáramos la doctrina del doble efecto, inclinaríamos la balanza injustificadamente a favor de los Estados, los cuales, por lo demás, provocan un número de víctimas considerablemente superior al de los actos terroristas.

Sin embargo, la posición individualista de Steinhoff sobre la guerra, según la cual los individuos no necesitan mediación alguna para defenderse de instituciones que violen sus derechos, sean o no Estados, parece ir demasiado lejos. Mientras que la tesis soberana inclina inmerecidamente la balanza a favor de los Estados, la tesis liberal parece inclinar la balanza a favor de los terroristas o de quienes creyeran, incluso con buenas intenciones, que el problema es la política misma y, por lo tanto, deberíamos deshacernos de la violencia política, i. e., de los Estados o de toda comunidad política. Quizás la preocupación sea exagerada, ya que no hay tanta diferencia entre la tesis liberal y la soberana, tal como habíamos visto. La tesis liberal misma, como hemos examinado, tiene un perfil claramente soberano, al excluir cierta clase de conducta o acción de la protección o reconocimiento político. La gran cuestión, ciertamente, como suele pasar en política, es dónde trazar la raya, qué principios o ideologías son las correctas y cuáles no. Esta discusión tendrá que quedar obviamente para otra oportunidad.

Bibliografía

- BECCARIA, Cesare, *De los delitos y de las penas*, Perfecto Andrés IBÁÑEZ (ed.), Madrid, Trotta, 2011.
- COADY, C. A. J., *Morality and Political Violence*, Cambridge, Cambridge University Press, 2008.
- CONSTANT, Benjamin, *Écrits politiques*, Paris, Gallimard, 1997.
- DE MAISTRE, Joseph, *Du Pape*, Paris, 1841.
- _____, *Consideraciones sobre Francia*, trad. Joaquín Poch Elío, Madrid, Tecnos, 1990.
- DOBOS, Ned, *Insurrection and Intervention*, Cambridge, Cambridge University Press, 2011.
- DREYFUS, Sophie, *Généalogie du délit politique*, Paris, Foundation de Varenne, 2009.
- EDELSTEIN, Dan, *The Terror of Natural Right. Republicanism, the Cult of Nature, and the French Revolution*, Chicago, Chicago University Press, 2009.
- ESQUILO, *Tragedias*, trad. B. Perea, Madrid, Gredos, 1982.
- GUIZOT, François, *Des conspirations et de la justice politique. De la peine de mort en matière politique*, Paris, Fayard, 1984.

- HABERMAS, Jürgen, *Strukturwandel der Öffentlichkeit. Untersuchungen zu einer Kategorie der bürgerlichen Gesellschaft*, Frankfurt, Suhrkamp, 1990.
- HEGEL, Georg W. F., *Principios de la filosofía del Derecho*, 2ª. ed., Juan Luis VERMEL (ed.), Barcelona, Edhasa, 1988.
- HOBBS, Thomas, *Writings on Common Law and Hereditary Right*, Alan CROMARTIE y Quentin SKINNER (eds.), Oxford, Oxford University Press, 2005.
- _____, *Elementos filosóficos. Del ciudadano*, A. ROSLER (ed.), Buenos Aires, Hydra, 2010.
- KANT, Immanuel, *Metafísica de las costumbres*, A. Cortina ORTS (ed.), Madrid, Tecnos, 1989.
- KOSELLECK, Reinhart, *Kritik und Krise. Eine Studie zur Pathogenese der bürgerlichen Welt*, Frankfurt, Suhrkamp, 1973.
- KOSKENNIEMI, Martti, *The Gentle Civilizer of Nations. The Rise and Fall of International Law 1870-1960*, Cambridge, Cambridge University Press, 2001.
- LAUDANI, Raffaele, *Disobedience in Western Political Thought*, trad. Jason Francis McGimsey, Cambridge, Cambridge University Press, 2013.
- LUCANO, *Farsalia*, Jesús Bartolomé GÓMEZ (ed.), Madrid, Cátedra, 2003.
- LUTERO, Martín, “Carta sobre el duro librito contra los campesinos”, en Joaquín ABELLÁN (ed.), *Escritos Políticos*, Madrid, Tecnos, 1986.
- MANENT, Pierre, *A World beyond Politics. A Defense of the Nation-State*, trad. Marc Lepain, Chicago, Chicago University Press, 2006.
- MILTON, John, *El paraíso perdido*, Esteban Pujals (ed.), Madrid, Cátedra, 1986.
- NUTTALL, Anthony David, *The Alternative Trinity. Gnostic Heresy in Marlowe, Milton, and Blake*, Oxford, Oxford University Press, 1988.
- ORTOLAN, Joseph, *Éléments de droit pénal*, 4ª. ed. Paris, Plon, 1875.
- ROUSSEAU, Jean-Jacques, *Du Contract Social*, en R. DERATHÉ (ed.), *Œuvres complètes*, Paris, Gallimard, 1964.
- SAINT-JUST, *Oeuvres complètes*, Paris, Gallimard, 2004.
- SBRICCOLI, Mario, *Crimen Laesae Maiestatis*, Milán, Giuffrè, 1974.
- SCHMITT, Carl, *Der Nomos der Erde*, Berlin, Duncker & Humblot, 1950.
- SHAKESPEARE, William, *Hamlet*, G. R. GIBBARD (ed.), Oxford, Oxford University Press, 1987.
- _____, *Julius Caesar*, Arthur Humphreys (ed.), Oxford, Oxford University Press, 1984.
- SÓFOCLES, *Antígona*, trad. de Assela Alamillo, Madrid, Gredos, 2000.
- SOL, Thierry, *Fallait-il tuer César? L'argumentation politique de Dante à Maquiavel*, Paris, Dalloz, 2005.
- SOREL, Georges, *Reflexiones sobre la violencia*, trad. F. Trapero, Madrid, Alianza, 1976.
- STEINHOFF, Uwe, *On the Ethics of War and Terrorism*, Oxford, Oxford University Press, 2007.
- VIDAL, Georges, *Cours de droit criminel et de science pénitentiaire*, 2ª. ed., Paris, A. Rousseau, 1901.
- WAHNICH, Sophie *In Defence of the Terror. Liberty or Death in the French Revolution*, trad. David Fernbach, London, Verso, 2012.

VIII. Justicia de transición/Justicia transicional

- Ricardo C. Pérez Manrique, Uruguay
Justicia de transición
- Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, Colombia
El desarrollo de la justicia transicional en Colombia:
un modelo de ponderación entre la paz y los derechos de las víctimas

Ricardo C. Pérez Manrique* (Uruguay)

Justicia de transición

RESUMEN

La justicia de transición en Uruguay, evolución. Ley 15.848 llamada de Caducidad; comisión para la paz; inconstitucionalidad de la Ley de Caducidad; Sentencia Gelman, Ley 18.831 y su declaratoria de inconstitucionalidad, efectos, no se ha cerrado la investigación, posible apertura de una nueva etapa de búsqueda no judicial de la verdad.

Palabras clave: Justicia de transición, inconstitucionalidad, comisión para la paz, prescripción, efectos.

ZUSAMMENFASSUNG

Entwicklung der Übergangsjustiz in Uruguay. Gesetz 15.848, sogenanntes Strafverjährungsgesetz; Friedenskommission; Verfassungswidrigkeit des Strafverjährungsgesetzes; Gelman-Urteil, Gesetz 18.831 und seine Verfassungswidrigkeit, sowie seine Wirkungen, die Ermittlungen nicht ausschließen, mögliche Eröffnung einer neuen Phase zur außergerichtlichen Wahrheitssuche.

Schlagwörter: Übergangsjustiz, Verfassungswidrigkeit, Friedenskommission, Verjährung, Wirkungen.

ABSTRACT

This paper takes a look at the evolution of transitional justice in Uruguay, in particular with regard to the Peace Commission, Law No. 15,848 (Expiration of Punitive Claims of the State) and allegations of its unconstitutionality; also considered are the Gelman Judgment, as well as Law 18,831 and its subsequent declaration of unconstitutionality and the effects thereof. Investigations have not been closed and there may be a possible opening of a new era of non-judicial searching for the truth.

* Ministro de la Suprema Corte de Justicia de Uruguay. rcpmanrique@gmail.com.

Keywords: Transitional justice, unconstitutional, commitment to peace, prescription, effects.

1. Justicia de transición

Los procesos dictatoriales en la región, orientados a la represión y hasta al exterminio de la oposición, dejaron a su término el desafío de qué hacer con las graves violaciones de los derechos humanos.

Las democracias que sucedieron a dichos regímenes abordaron el tema de la denominada justicia de transición con diferentes soluciones de acuerdo con las particularidades de cada país.

Identifico justicia de transición como la forma en que cada Estado resuelve, como consecuencia del cambio político, responder a las violaciones de los derechos humanos que ocurrieron durante los períodos de facto.

Uruguay aún hoy, después de la dictadura cívico-militar de los años 1973 a 1985, sigue recorriendo un camino particular, que entiendo está directamente influido y hasta determinado por las características del pasaje del régimen de facto al régimen democrático en el año 1984.

2. La democracia y los derechos humanos: salida política y respuestas normativas

2.1. Ley de Caducidad

En Uruguay, la salida de la dictadura no es consecuencia de una derrota militar, ni de un desastroso gobierno, sino de una pertinaz voluntad del pueblo de reafirmación democrática que se manifestó en el plebiscito de 1982 cuando el Gobierno propone –y es derrotado– una reforma constitucional que creaba una forma de gobierno con apariencia democrática, pero tutelada por los militares. Se sale de la dictadura a través de un acuerdo entre algunos partidos políticos y los militares, denominado Pacto del Club Naval.

Cuando el Gobierno democrático asume en 1985 comenzaron a tramitarse en las diferentes sedes judiciales denuncias por violaciones de los derechos humanos.

Uruguay, como una de las primeras leyes de la democracia, dicta una amnistía de presos políticos y conjuntamente incorpora la Convención Americana sobre Derechos Humanos a su orden jurídico (Ley 15.737 de 8 de marzo de 1985).

Como consecuencia de la presión de quienes comenzaron a ser indagados en la denuncia de violaciones de los derechos humanos, se aprobó la Ley 15.848 de 22 de diciembre de 1986, que en su artículo 1° estableció:

Reconócese que, como consecuencia de la lógica de los hechos originados por el acuerdo celebrado entre partidos políticos y las Fuerzas Armadas en agosto de 1984 y a efecto de concluir la transición hacia la plena vigencia del orden constitucional, ha caducado el ejercicio de la pretensión punitiva del Estado respecto de los delitos cometidos hasta el 1º de marzo de 1985 por funcionarios militares y policiales, equiparados y asimilados por móviles políticos o en ocasión del cumplimiento de sus funciones y en ocasión de acciones ordenadas por los mandos que actuaron durante el período de facto.¹

La ley establece un mecanismo de control por el Poder Ejecutivo en cuanto al corresponde determinar si el caso está o no contemplado en el artículo transcrito; si entiende que sí se abre una investigación administrativa (art. 4) y queda prohibida toda investigación judicial.

Hasta 2005 todos los Gobiernos entendieron que los casos denunciados se encontraban amparados en la norma, con la natural consecuencia que en el período no hubo investigaciones judiciales de las denuncias. Por actos administrativos, simples resoluciones del Poder Ejecutivo, se evitaban las investigaciones judiciales.

La Ley de Caducidad resistió un primer test de constitucionalidad, pues la Suprema Corte de Justicia, con dos memorables discordias, entendió que la ley no era violatoria de la Constitución.

También la ley resistió tres plebiscitos de derogación, el último de ellos en 2009.

2.2. Comisión para la paz

Hay una etapa intermedia en que el Poder Ejecutivo integra una comisión de notables, con figuras de todos los partidos políticos, el arzobispo de Montevideo y otros personajes, período de 2000 a 2005. Dicha comisión culmina con un informe, que recoge algunas conclusiones pero que en definitiva resulta insatisfactorio porque hay una fuerte cultura del secreto por parte de quienes integraron las fuerzas militares y de seguridad durante la dictadura.

Incluso el gobierno de 2005 intentó una negociación con las jerarquías militares que permitió encontrar, a partir de la información recibida, a algún cuerpo de desaparecido, pero que tampoco logró un avance significativo.

2.3. Inconstitucionalidad de la Ley de Caducidad, abatimiento de sus efectos

En Sentencia 365 de octubre de 2009, en el caso Sabalsagaray, la Corte cambia la jurisprudencia hasta entonces vigente y declara inconstitucional la Ley de Caducidad.

¹ Disponible en: www.parlamento.gub.uy.

Hay otro hecho central, como consecuencia de la sentencia del caso Gelman de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), que es el dictado de la Resolución 3175 del Poder Ejecutivo del 26 de octubre de 2009 –la cual dejó sin efecto, por razones de legalidad, todas las decisiones adoptadas por administraciones anteriores que declaraban que los casos denunciados estaban amparados por la Ley de Caducidad: ergo la ley fue declarada inconstitucional, con alcance del caso concreto–, se reabrieron casos y la decisión del Poder Ejecutivo levantó todos los obstáculos para avanzar en las investigaciones. La Sentencia Gelman de 24 de febrero de 2011 es en sí un hecho de gran influencia sobre la justicia de transición.

Más allá del silencio de los involucrados, objetivamente no existieron obstáculos normativos ni jurídicos que impidieran las investigaciones.

3. La etapa actual

La Ley 18.831 de octubre de 2011 es aprobada únicamente con los votos del partido de Gobierno y, en síntesis, deja sin efecto la Ley de Caducidad, declara que no operó la prescripción de los delitos que se cometieron durante el período amparado por la misma, y declaró delitos de lesa humanidad a los cometidos entre dichas fechas.

La Suprema Corte de Justicia, por mayoría cuatro a uno, hizo lugar a la excepción de inconstitucionalidad de los artículos 2 y 3 que declaraban imprescriptibles tales delitos y les asignaban el carácter de lesa humanidad en Sentencia 20 del 22 de febrero de 2013. Hace valer los principios de legalidad y de prescripción entendiendo que la ley en cuestión innova y vuelve sobre plazos de prescripción ya transcurridos.

Según informe de la Secretaría Letrada de la Suprema Corte de Justicia² de fecha 15 de agosto de 2014:

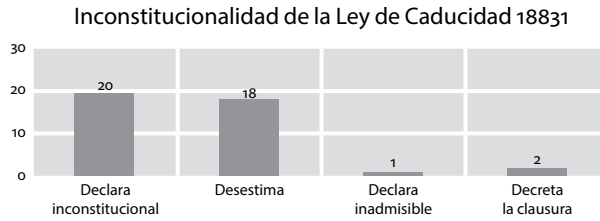
Al día de la fecha han sido planteados cuarenta y siete casos. De ese total, ninguno fue iniciado de oficio, tres fueron propuestos por vía de acción y los restantes fueron promovidos por vía de excepción.

Del total de casos referidos, han sido resueltos cuarenta y uno de ellos, por lo que solo resta que la Corporación se expida en seis expedientes.

En veinte ocasiones la Suprema Corte de Justicia declaró la inconstitucionalidad de lo dispuesto en los artículos 2 y 3 de la Ley 18.831, desestimando la pretensión en lo demás.

En quince de los referidos pronunciamientos la inconstitucionalidad se declaró –por mayoría de cuatro votos en cinco– y en cinco de dichas oportunidades –por mayoría de tres votos en cinco–.

² Disponible en: www.poderjudicial.gub.uy.



3.1. Las consecuencias de la declaratoria de inconstitucionalidad

Como se ve, por razones de orden formal o de falta de legitimación, en 21 causas se denegó la inconstitucionalidad, y en 20 se hizo lugar por mayoría a la inconstitucionalidad de la Ley 18.831. No obstante, no en todas las causas se hizo lugar, la relación es prácticamente por mitades y en ellas siguen las indagatorias judiciales.

En las que se han declarado inconstitucionales los artículos 2 y 3 de la Ley 18.831 (20), salvo en dos de ellas se ha continuado indagando según el informe citado.

He estado en desacuerdo con la posición de la mayoría del cuerpo, en primer lugar porque entiendo que la ley en realidad no era de aplicación a los casos en que se deducía la defensa de inconstitucionalidad. Ya no quedaban casos contemplados por la Ley 15.848, por tanto una norma que deroga dicha ley, ningún efecto puede tener cuando la ley derogada no se estaba aplicando.

En segundo lugar, la Constitución de la República establece: “Artículo 239. A la Suprema Corte de Justicia corresponde:

- 1) Juzgar [...] sobre delitos contra Derecho de Gentes y causas de Almirantazgo”.

Según mi criterio, los delitos de lesa humanidad integran el orden jurídico nacional desde la primera Carta, la fundacional, de 1830. No es entonces con la aprobación del Estatuto de Roma por Ley 17.510 de junio de 2002 y su posterior aplicación por Ley 18.026 de septiembre de 2006, que describe los delitos y establece la competencia para juzgarlos, que ingresan al orden jurídico nacional los delitos de lesa humanidad.

En consecuencia, la Ley 18.831 constituyó una norma que en esencia no innovó ni impidió la investigación de los delitos cometidos durante la dictadura. Tan es así que las indagatorias en muchos casos han seguido, porque en definitiva la cuestión de la prescripción de los delitos es competencia del tribunal penal y no del tribunal de la Constitución.

Al tribunal penal le corresponderá determinar el *dies a quo* de la prescripción, si se trata de delitos de lesa humanidad. Se deberá determinar o no la aplicación del delito de desaparición forzada, conforme la convención específica, entre otras cuestiones.

En este juego de competencias específicas de cada órgano jurisdiccional se determinará la suerte de las causas de violación de los derechos humanos.

4. Conclusiones

- La mayoría de las causas por violación de los derechos humanos durante la dictadura siguen su curso.
- No debe olvidarse que existen militares y policías condenados por sentencia firme en estas causas.
- Volviendo a la cuestión de la construcción de una justicia de transición en Uruguay, podemos concluir que ella se está desarrollando actualmente.
- Tal vez las causas se demoren por las diferentes interpretaciones jurisprudenciales del principio de legalidad y de no retroactividad de la ley penal.
- Algunos militares y policías están condenados por este tipo de delito, y se encuentran en reclusión. En esos casos se ha satisfecho la necesidad de conocer la verdad de lo sucedido y de sancionar penalmente a los responsables.
- Hay un número grande de casos en que se debate si la investigación continúa; de no hacerlo, no se podrá saber la verdad y obviamente los responsables quedarán impunes.
- Parecería que frente a los avatares de la persecución penal debería predominar la necesidad de investigación y de conocer qué sucedió realmente.
- En Uruguay, como en otros países, agotada la vía penal no se avizora el camino para conocer la verdad.
- Tal vez correspondería dar una última oportunidad a la verdad, más allá de la amenaza punitiva; por ejemplo, nuevas comisiones de verdad que habiliten por fin la reconciliación en nuestras sociedades.

Jorge Ignacio Pretelt Chaljub* (Colombia)

El desarrollo de la justicia transicional en Colombia: un modelo de ponderación entre la paz y los derechos de las víctimas

RESUMEN

La justicia transicional ha sido un modelo de judicialización excepcional, creado con la finalidad de ofrecer un mecanismo eficiente de resolución de delitos cometidos en el marco de un conflicto armado. En Colombia, la adopción y aplicación de este modelo ha generado debates en cuatro aspectos, relacionados con: (i) la posibilidad de otorgar amnistías e indultos a los miembros de los grupos armados que se desmovilicen en virtud de un proceso de paz; (ii) la protección de los derechos de las víctimas a la verdad, a la justicia, a la reparación y a la no repetición; (iii) la ponderación entre la justicia y paz, y (iv) la participación en política de los desmovilizados.

Palabras clave: justicia transicional, víctimas, amnistía, indulto, proceso de paz, marco jurídico para la paz.

ZUSAMMENFASSUNG

Die Übergangsjustiz ist ein Beispiel außergewöhnlicher Strafverfolgung, die mit dem Ziel geschaffen wurde, einen effizienten Mechanismus zur Ahndung von Straftaten zur

* Abogado de la Universidad Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario, especialista en Derecho Administrativo de la misma universidad y en Defensa y Seguridad Nacional de la Escuela Superior de Guerra; diplomado en Estudios Avanzados (D.E.A.) y doctorante en Derecho en la Universidad Alfonso X El Sabio de Madrid (España). Se vinculó desde el año de 1983 a la Fundación para la Investigación del Desarrollo Social, que dio origen a la Universidad Sergio Arboleda, donde fue su primer secretario general, vicerrector general y vicerrector de gestión. Igualmente ha sido profesor de las cátedras de Introducción al Derecho, Organismos del Estado, Derecho Constitucional Colombiano, Legislación Electoral, Derecho Administrativo. En el período comprendido entre 1998 y 2002 fue magistrado del Consejo Nacional, cuya presidencia ejerció durante el periodo 2001 y 2002. Desde abril del 2009 es magistrado de la Corte Constitucional. margaritaey@corceconstitucional.gov.co.

Verfügung zu stellen, die im Rahmen eines bewaffneten Konflikts begangen wurden. Die Annahme und Anwendung dieses Modells hat in Kolumbien Debatten zu vier Aspekten ausgelöst: (i) der Möglichkeit, Mitglieder von bewaffneten Gruppen, die im Rahmen eines Friedensprozesses die Waffen niederlegen, in den Genuss von Amnestien und Straferlassen kommen zu lassen; (ii) der Gewährleistung der Rechte der Opfer auf Wahrheit, Gerechtigkeit, Wiedergutmachung und Nicht-Wiederholung; (iii) der Abwägung zwischen Gerechtigkeit und Frieden; und (iv) der Teilnahme der ehemaligen Kämpfer am politischen Leben.

Schlagwörter: Übergangsjustiz, Opfer, Amnestie, Straferlass, Friedensprozess, rechtlicher Rahmen des Friedensprozesses.

ABSTRACT

Transitional justice has been a unique example of judicialization, created with the objective of providing an effective mechanism for responding to crimes that were perpetrated during an armed conflict. In Colombia, the adoption and application of this model has generated debate on four aspects: (i) the possibility of granting amnesties and pardons to members of armed groups who demobilize during the course of a peace process, (ii) the protection of victims' rights to truth, justice, reparation and non-repetition; (iii) the balance between justice and peace; and (iv) the participation of demobilized persons in politics.

Keywords: transitional justice, victim, amnesty, pardon, peace process, legal framework for peace.

1. Introducción

En este texto expondré en breves palabras los debates más importantes de la justicia transicional en Colombia, los cuales han girado en torno a cuatro temas principales.

En primer lugar, la posibilidad de otorgar amnistías e indultos a los miembros de los grupos armados que se desmovilicen en virtud de un proceso de paz. Según cifras de la Agencia Colombiana para la Reintegración, 55.308 personas se desmovilizaron entre enero de 2003 y enero de 2014. Por su parte, cerca de 20 mil integrantes de la guerrilla de las FARC se desmovilizarían en caso de que se concreten los diálogos de paz que sostiene con el Gobierno nacional desde noviembre de 2012 en La Habana, por lo cual es necesario determinar si es posible que se les otorguen estas medidas o si, por el contrario, se les deben aplicar penas privativas de la libertad.

En segundo lugar, el alcance de la protección de los derechos de las víctimas a la verdad, a la justicia, a la reparación y a la no repetición. Si bien estos derechos se vienen reconociendo desde la Sentencia C-228 de 2002,¹ existen temas específicos que han generado gran debate como: (i) la naturaleza judicial o administrativa de la reparación, (ii) el monto

¹ M. P. Eduardo Montealegre Lynnet.

de la indemnización, (iii) el alcance del derecho a la verdad en relación con la confesión y (iv) las penas aplicables a los desmovilizados.

De acuerdo con el Centro Nacional de Memoria Histórica,² entre 1958 y 2012 el conflicto armado ha ocasionado la muerte de por lo menos 220.000 personas. Adicionalmente, en el esclarecimiento de las masacres y los desplazamientos ocasionados durante el conflicto se han documentado modalidades de violencia como la desaparición forzada, la violencia sexual, el reclutamiento ilícito, el secuestro, la sevicia y la tortura, las amenazas, las acciones bélicas y la siembra de minas antipersonal.³ Igualmente, el Grupo de Memoria Histórica documentó 1.982 masacres entre 1980 y 2012, las cuales dejaron como saldo 11.751 muertes. Lo anterior demuestra la importancia de considerar en Colombia los derechos de las víctimas al esclarecimiento de miles de hechos victimizantes, a la justicia y a la reparación de los perjuicios causados. En este último aspecto se ha calculado que la indemnización por la vía administrativa de los perjuicios causados tendría un costo de \$54,9 billones de pesos,⁴ mientras que por vía judicial costaría 98,1 billones,⁵ situación que debe ser tenida en cuenta como un elemento esencial del proceso de paz.

En tercer lugar, la posibilidad de realizar una ponderación entre la justicia y la paz ha sido el argumento central para que la Corte Constitucional declarara la exequibilidad de la Ley de Justicia y Paz, y el Marco Jurídico para la Paz en las sentencias C-370 de 2006⁶ y C-579 de 2013.⁷

Finalmente, en la actualidad se ha generado un gran debate sobre *la posibilidad de que los desmovilizados participen en política* en virtud del artículo 3º transitorio del Marco Jurídico para la paz, para cuyo análisis se realizó una audiencia pública el pasado 27 de mayo del presente año, en la cual se dio un debate profundo entre el procurador general, el fiscal general, el comisionado de Paz y académicos como Mark Freeman y Rodrigo Uprimny Yepes.

En esta audiencia, el procurador general de la nación de Colombia Alejandro Ordóñez Maldonado expresó que “si se declara exequible el artículo 3 del Marco Jurídico

² Centro Nacional de Memoria Histórica, “*¡Basta ya! Colombia: memorias de guerra y dignidad*”. *Informe general de memoria y conflicto*, Bogotá, Imprenta Nacional, 2013.

³ Según el Alto Comisionado de la ONU para los Derechos Humanos, más de 2.000 personas han muerto y 7.900 han resultado heridas desde 1990 por el uso de minas antipersonal (estadística del Gobierno); más de 15.000 personas han sido víctimas de desaparición forzada en los últimos 30 años; en Colombia hay más de 3,7 millones de desplazados internos (Alto Comisionado de la ONU para los Refugiados); al menos 662.468 hectáreas son reclamadas por campesinos que denuncian que tuvieron que abandonarlas por la presencia o coacción de las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia (FARC) (Ministerio de Agricultura).

⁴ Conpes 3712 de 2013.

⁵ Cálculos señalados por el Gobierno nacional ante la Corte Constitucional en su intervención en el expediente D-9818.

⁶ M. P. Manuel José Cepeda Espinosa, Jaime Córdova Triviño, Rodrigo Escobar Sierra, Clara Inés Vargas Hernández, Marco Gerardo Monroy Cabra y Álvaro Tafur Galvis.

⁷ M. P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

para la Paz tendremos un marco constitucional que garantiza la impunidad”⁸ y formuló el siguiente interrogante: “¿No se revictimiza a la víctima cuando se le dice que su victimario ahora ocupa un cargo de poder y que puede imponerle leyes?”⁹ Por su parte, el Fiscal General de la Nación Eduardo Montealegre Lynnet respondió al Procurador señalando que “la inserción en la vida política en nada implica impunidad porque se trata de llevar por las vías democráticas una situación que en la pasado fue canalizada por la vía armada”.¹⁰

El Comisionado para la Paz Sergio Jaramillo Caro expresó que “la transformación de un conflicto entre enemigos a una relación de adversarios políticos implica que si jugamos el juego de la democracia, nos toleramos por muchas que sean nuestras diferencias”,¹¹ concluyendo que “no hay un mejor mecanismo para la resolución de conflictos y la construcción de la paz, que la misma democracia”.¹² Por su parte, el experto Mark Freeman afirmó que “no existe ninguna fuente de derecho internacional que exija un límite a la participación política de un grupo armado”,¹³ posición que compartió Rodrigo Uprimny Yepes, director de la Organización Dejusticia, quien además señaló que “la participación política de desmovilizados debe estar acompañada de justicia transicional y de un proceso de reparación que garantice los derechos de las víctimas”.¹⁴

A continuación se analizará el desarrollo legal y jurisprudencial que han tenido estos debates en Colombia, haciéndose un énfasis especial en los principales retos que ha tenido la Corte Constitucional en la definición del alcance de la justicia transicional.

2. La posibilidad de otorgar amnistías e indultos a los miembros de los grupos armados que se desmovilicen

Si bien la primera ley en la cual se hizo una referencia expresa a la justicia transicional fue la 975 de 2005, Colombia ha sido uno de los países que ha realizado mayores es-

⁸ Intervención del procurador general de la nación en la audiencia realizada el 27 de mayo de 2014, correspondiente al expediente D-9819.

⁹ *Ibid.*

¹⁰ Intervención del Fiscal General de la Nación en la audiencia realizada el 27 de mayo de 2014, correspondiente al expediente D-9819.

¹¹ Intervención del Comisionado de Paz en la audiencia realizada el 27 de mayo de 2014, correspondiente al expediente D-9819.

¹² *Ibid.*

¹³ Intervención del profesor Mark Freeman en la audiencia realizada el 27 de mayo de 2014, correspondiente al expediente D-9819.

¹⁴ Intervención de Rodrigo Uprimny Yepes en la audiencia realizada el 27 de mayo de 2014, correspondiente al expediente D-9819.

fuerzas para elaborar normas especiales para alcanzar la paz y reducir las atrocidades de la guerra.¹⁵

2.1. El primer antecedente se dio en pleno proceso de independencia y fue el *Tratado de Regularización de la Guerra de Trujillo*¹⁶ en el cual se establecieron reglas para el trato de prisioneros y de civiles, la prohibición de la pena capital y el canje de prisioneros, constituyendo uno de los primeros antecedentes del derecho internacional humanitario en el mundo.

2.2. La formación y posterior consolidación de los Estados latinoamericanos a partir de revoluciones y procesos de independencia generó profundas transformaciones sociales y políticas,¹⁷ que dieron lugar a *constituciones que previeron normas especiales de amnistías e indultos*, tal como sucedió en la Constitución de la República Argentina de 1826,¹⁸ del Uruguay de 1830,¹⁹ de Chile de 1823,²⁰ de la República Peruana de 1823,²¹ de los Estados Unidos Mexicanos de 1828²² y de Colombia de 1821,²³ 1830,²⁴ 1832,²⁵ 1843²⁶ y 1853.²⁷

2.3. Con fundamento en las disposiciones que fueron introducidas de manera sucesiva en las constituciones colombianas, se celebraron múltiples *acuerdos* dentro de los cuales cabe destacar los siguientes: el Convenio de Juntas de Apulo en 1831,²⁸ el Pie de Paz de la Guerra de los Supremos de 1842,²⁹ la Esponsión de Manizales del 29 de agosto de 1855, el

¹⁵ Germán Guzmán Campos, Orlando Fals Borda y Eduardo Umaña, *La violencia en Colombia*, t. I, Bogotá, Ed. Prisa, 2010, p. 15.

¹⁶ Rafael Pardo Rueda, *La historia de las guerras*, Barcelona, Ediciones B, 2004, pp. 172 y 173; Ricardo Vélez Ochoa, *Las especies náufragas*, 2ª. ed., Bogotá, Universidad Javeriana, Colección Investigaciones I, 2006, p. 138; Édgar González Esteves, *Batallas de Venezuela 1810-1824*, Caracas, CES, 2004, p. 156; Horacio Jorge Becco, *Pensamiento político de la emancipación venezolana*, Caracas, Biblioteca Ayacucho, 1988, p. 338; Marcos Rubén Carrillo, *Los Tratados de Trujillo*, Trujillo, Ediciones del Centro de Historia del Estado Trujillo, 1968.

¹⁷ Bernd Marquardt, *Los dos siglos del Estado constitucional en América Latina (1810-2010)*, Bogotá, Universidad Nacional de Colombia, 2011, pp. 100 y ss.

¹⁸ Constitución de la República Argentina de 1826, arts. 50 y 99.

¹⁹ Constitución del Estado Oriental del Uruguay, art. 17.

²⁰ Constitución política del Estado de Chile, art. 18.

²¹ Constitución Política de la República Peruana, art. 51.21.

²² Constitución Federal de los Estados Unidos Mexicanos, art. 50. XXV.

²³ Constitución Política de Colombia de 1821, art. 55.

²⁴ Constitución Política de Colombia de 1830, art. 36.

²⁵ Constitución Política de la Nueva Granada de 1832, art. 74.

²⁶ Constitución Política de la Nueva Granada de 1843, art. 67.

²⁷ Constitución Política de la República de la Nueva Granada de 1853, art. 34.

²⁸ Pardo Rueda, *op. cit.*, pp. 213-221; Juan Camilo Restrepo Salazar, *José Ignacio de Márquez: el primer presidente conservador colombiano*, Bogotá, Konrad Adenauer Stiftung, Serie Debate Político, vol. 22, 2006.

²⁹ Pardo Rueda, *op. cit.*, p. 239; Marco Palacios y Frank Safford, *Colombia: país fragmentado, sociedad dividida, su historia*, Bogotá, Norma, 2002, p. 305; Jesús María Henao y Gerardo Arrubla, *Historia de Colombia para la enseñanza secundaria*, 3ª. ed., Bogotá, Camacho Roldán y Tamayo, 1920, p. 503.

Armisticio de 1863,³⁰ el Armisticio de San Antonio en Manizales el 1º de abril de 1877³¹ y el Tratado del 12 de noviembre de 1902 suscrito en el Acorazado Wisconsin que pondría definitivamente fin a la Guerra de los Mil Días, el cual otorgó amnistía por delitos políticos y dio competencia al Poder Judicial para realizar juzgamientos por delitos comunes.³²

2.4. A finales del siglo XX, la mayoría de esfuerzos se concentraron en la creación de leyes para facilitar la realización de acuerdos con grupos guerrilleros como el M-19, las FARC, el ELN, el EPL y el Quintín Lame.

2.4.1. *El primero de dichos acuerdos fue la Ley 77 de 1989*, que facultó al presidente para conceder indulto a quienes hubieran cometido delitos políticos antes de la vigencia de la ley. El artículo 8º establecía que el indulto se concedía por resolución ejecutiva suscrita por el presidente de la república y los ministros de Gobierno y Justicia. Una copia de dicha resolución era enviada al juez o corporación en cuyo poder se encontraba el proceso.³³ Esta ley fue declarada exequible por la Corte Suprema de Justicia, mediante la Sentencia 94 del 12 de julio 1990, en la cual se afirmó que “tanto el indulto como la amnistía son ‘instrumentos políticos’ de que dispone el Estado para la consecución de la paz pública”.

2.4.2. El 23 de enero de 1991, el gobierno del presidente Gaviria estableció medidas tendientes al restablecimiento del orden público, a través del *Decreto 213 de 1991*, permitiendo la extinción de la pena y de la acción penal por delitos políticos y conexos para cobijar los acuerdos de paz firmados por el Gobierno nacional con el PRT, el EPL y el MAQL. Esta norma fue declarada constitucional por la Corte Suprema de Justicia en sentencia en la cual señaló que “los Gobiernos han ofrecido la paz a quienes impulsados por motivos puramente políticos han propuesto formas de organización por el camino equivocado de las armas”.³⁴

³⁰ Rafael Pardo Rueda, *op. cit.*, pp. 274-289; Kevin G. Guerrieri, *Palabra, poder y nación: la novela moderna en Colombia 1896-1927*, Ciudad Juárez, Universidad Autónoma de Ciudad Juárez, 2004, p. 51; Hugo Andrés Arenas Mendoza, *¿Estado responsable o irresponsable? La responsabilidad patrimonial del Estado colombiano luego de la guerra civil de 1876-1877*, Bogotá, Universidad del Rosario, 2009, p. 22; Unesco, *Historia general de América Latina, los proyectos nacionales latinoamericanos: sus instrumentos y articulación, 1870-1930*, Madrid, Trotta, 2008, p. 231; Fernando López Alves, *La formación del Estado y la democracia en América Latina*, Bogotá, Norma, 2003, p. 156.

³¹ David Bushnell, *Colombia, una nación a pesar de sí misma. De los tiempos precolombinos a nuestros días*, Bogotá, Planeta, 2002, pp. 182-183; Pardo Rueda, *op. cit.*, pp. 291-303; José Fernando Ocampo T., *Ensayos sobre historia de Colombia*, Caldas, Imprenta Departamental, Universidad de Texas, 2008.

³² Bushnell, *op. cit.*, pp. 210 y 362; Pardo Rueda, *op. cit.*, p. 362.

³³ Ver Asamblea Nacional Constituyente, “Norma transitoria para la consagración del indulto, la cesación de procedimiento y el auto inhibitorio para delitos políticos”, *Gaceta Constitucional*, 93; cf. “Amnistía e indulto (segunda parte). Proyecto de articulado transitorio”, *Gaceta Constitucional*, 94. En este mismo sentido, ver José Ricardo Hernández Gómez y Jesús Leonardo Hernández Gómez, *Incidencias administrativas en el Programa de Dejar Individual y Voluntaria de las Armas*, Ed. Lulu.com, 2008, pp. 195 y ss.; Corte Constitucional, A. 187 de 2007, M. P. Jaime Araújo Rentería.

³⁴ Ver Asamblea Nacional Constituyente, “Norma transitoria para la consagración del indulto, la cesación de procedimiento y el auto inhibitorio para delitos políticos”, *op. cit.*; cf. “Amnistía e indulto (segunda parte)...”, *op. cit.*

2.4.3. El 12 de agosto de 1991 se expidió el *Decreto 1943 de 1991*, a través del cual se dictaron medidas sobre indulto y amnistía, cobijando el acuerdo de paz firmado entre el Gobierno nacional y los comandos Ernesto Rojas, el 20 de marzo de 1992. En el mismo gobierno del presidente Gaviria se promulgó la *Ley 40 de 1993* que catalogó al secuestro como un delito atroz e impidió que se aplicaran sobre este los beneficios de amnistía e indulto.³⁵

2.4.4. La *Constitución de 1991* dio un giro muy importante en la justicia transicional, pues no solamente consagró la posibilidad de la concesión de amnistías o indultos generales por delitos políticos en cabeza del Congreso de la República³⁶ y del Gobierno nacional,³⁷ sino que estableció la paz como un derecho y un deber, por lo cual la justicia transicional pasó de ser un mero mecanismo para la desmovilización para irse convirtiendo en un mecanismo para consolidar la paz a través de una serie de leyes que constituyeron un desarrollo de los acuerdos suscritos a finales de los años noventa con algunos grupos al margen de la ley.

2.4.4.1. El 30 de diciembre de 1993, el Congreso de la República promulgó la *Ley 104 de 1993*, en la cual se consagraron instrumentos para la búsqueda de la convivencia y la eficacia de la justicia, estableciéndose causales de extinción de la acción penal y de la pena en caso de delitos políticos y conexos, cobijando los acuerdos de paz firmados en 1994 entre el Gobierno nacional y los grupos CRS, Milicias Urbanas de Medellín y el Frente Francisco Garnica de la Coordinadora Guerrillera.³⁸ Esta ley fue declarada exequible por las sentencias C-425 de 1994,³⁹ C-283 de 1995⁴⁰ y C-055 de 1995,⁴¹ en las cuales estableció que el derecho a la paz ocupa un lugar trascendental en el ordenamiento constitucional colombiano y constituye un deber de obligatorio cumplimiento.

2.4.4.2. El 26 de diciembre de 1997, se expidió la *Ley 418 de 1997*, en la cual se consagraron medidas de asistencia a las víctimas, en materia de salud, vivienda y crédito, y la posibilidad de aplicar indultos y amnistías, salvo en los delitos de genocidio, secuestro, de lesa humanidad, crímenes de guerra y delitos contra personas y bienes protegidos por el derecho internacional humanitario. Esta ley fue declarada constitucional en las sentencias

³⁵ La constitucionalidad de esta norma fue revisada mediante la Sentencia C-273 de 1994, M. P. Alejandro Martínez Caballero. En este mismo sentido, ver Manuel Alberto Restrepo Medina, *El comiso: análisis sistemático e instrumentación cautelar*, Bogotá, Universidad del Rosario, 2001, pp. 107 y ss.; Astrid Martínez Ortiz, *Economía, crimen y conflicto*, Bogotá, Antropos, 2001, pp. 192 y ss.; Luis Alfonso Pérez Romero, *Marketing social: teoría y práctica*, Ciudad de México, Pearson - Prentice Hall, 2004, pp. 204 y ss.

³⁶ Constitución, num. 17 del art. 150.

³⁷ *Ibid.*, num. 2° del art. 201.

³⁸ El Congreso de la República prorrogó, modificó y adicionó esta ley a través de la Ley 241 de 1995 y se consagró la posibilidad de otorgar beneficios jurídicos a los grupos de autodefensa, si abandonaban voluntaria y previamente la organización y la entrega a las autoridades.

³⁹ M. P. Jaime Araújo Rentería.

⁴⁰ M. P. José Gregorio Hernández Galindo.

⁴¹ M. P. Carlos Gaviria Díaz.

C-047 de 2001,⁴² C-048 de 2001,⁴³ C-340 de 1998,⁴⁴ C-203 de 2005⁴⁵ y C-240 de 2009,⁴⁶ en las que, además, la Corte afirmó que la Carta de 1991 es una “Constitución para la paz”, la cual es un “valor de la sociedad” y “un fin esencial que irradia el ordenamiento jurídico” que debe dirigir la acción de las autoridades públicas y un derecho constitucional.

2.4.4.3. La *Ley 782 de 2002*⁴⁷ prolongó la vigencia de la Ley 104 de 1993 y permitió la aplicación de indultos y amnistías, salvo con respecto a actos atroces de ferocidad o barbarie, terrorismo, secuestro, genocidio, homicidio cometido fuera de combate o poniendo a la víctima en estado de indefensión. La Corte Constitucional analizó la constitucionalidad de esta ley por medio de las sentencias C-928 de 2005,⁴⁸ C-923 de 2005⁴⁹ y C-914 de 2010,⁵⁰ en las cuales consideró que el indulto, a quienes individualmente y por decisión voluntaria abandonen sus actividades como miembros de los grupos armados organizados al margen de la ley, únicamente podrá concederse por los delitos políticos y los delitos conexos con aquellos. Sin embargo, precisó que la amnistía y el indulto deben garantizar los derechos de las víctimas de los delitos a la verdad, la justicia y la reparación.

2.4.4.4. La *Ley 975 de 2005* o *Ley de Justicia y Paz* no contempló de manera directa la posibilidad de otorgar indultos o amnistías, sino que estableció una pena alternativa de ocho años de prisión para los desmovilizados declarada exequible por la Corte Constitucional en la Sentencia C-370 de 2006.

2.4.4.5. La *Ley 1312 de 2009* consagró la posibilidad de otorgar el principio de oportunidad en los procesos de justicia y paz, mecanismo que fue declarado inconstitucional en la sentencia C-936 de 2010,⁵¹ por vulnerar el principio de legalidad.

2.4.4.6. Finalmente, el *Marco Jurídico para la Paz* tampoco se refirió directamente a amnistías o indultos; sin embargo, consagró la figura de la renuncia a la persecución penal, salvo en los delitos de lesa humanidad, el genocidio y los crímenes de guerra

⁴² M. P. Eduardo Montealegre Lynett; el artículo 9 fue declarado inexecutable por la Sentencia C-047 de 2001.

⁴³ M. P. Eduardo Montealegre Lynett.

⁴⁴ M. P. José Gregorio Hernández Galindo.

⁴⁵ M. P. Manuel José Cepeda Espinosa.

⁴⁶ M. P. Mauricio González Cuervo.

⁴⁷ Ver Rodolfo Arango Rivadeneira, *Derechos humanos como límite a la democracia: análisis de la Ley de Justicia y Paz*, 21 ed., Bogotá, Norma, 2008, pp. 402 y ss.; Beatriz Londoño Toro y Diana María Gómez Hoyos, *Diez años de investigación jurídica y sociojurídica en Colombia: balances desde la red sociojurídica*, t. II, Bogotá, Universidad del Rosario y Universidad de la Sabana, 2010, p. 361; Guillermo Sánchez Medina y Carlos Gómez Restrepo, *Una puerta hacia la paz: paz y salud mental en Colombia*, Bogotá, Academia Nacional de Medicina, Ed. Kimpres, 2005; Pablo Elías González Monguí, *Procesos de selección penal negativa: investigación criminológica*, Bogotá, Universidad Libre, 2013, pp. 410 y ss.

⁴⁸ M. P. Jaime Araújo Rentería.

⁴⁹ M. P. Jaime Córdoba Triviño.

⁵⁰ M. P. Juan Carlos Henao Pérez.

⁵¹ M. P. Luis Ernesto Vargas Silva.

cometidos de manera sistemática,⁵² mecanismo que fue declarado constitucional en la Sentencia C-579 de 2013 con fundamento en la ponderación de los derechos a la verdad, a la justicia, a la reparación y a la no repetición.

De esta manera, la posibilidad de la aplicación de los indultos y las amnistías y sus límites constitucionales fue central en los primeros debates sobre la justicia transicional en Colombia, reconociéndose la posibilidad de su aplicación, pero con una serie de límites consagrados en la ley o en el derecho internacional.

3. El alcance de la protección de los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia, la reparación y la no repetición

Con la expedición de la Ley de Justicia y Paz, la justicia transicional pasó de ser un instrumento para la concesión de indultos y amnistías a convertirse en un mecanismo para la protección de los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia, la reparación

⁵² Acto Legislativo 01 de 2012, art. 1: “La Constitución Política tendrá un nuevo artículo transitorio que será el 66, así:

Artículo Transitorio 66. Los instrumentos de justicia transicional serán excepcionales y tendrán como finalidad prevalente facilitar la terminación del conflicto armado interno y el logro de la paz estable y duradera, con garantías de no repetición y de seguridad para todos los colombianos; y garantizarán en el mayor nivel posible, los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia y la reparación. Una ley estatutaria podrá autorizar que, en el marco de un acuerdo de paz, se dé un tratamiento diferenciado para los distintos grupos armados al margen de la ley que hayan sido parte en el conflicto armado interno y también para los agentes del Estado, en relación con su participación en el mismo.

Mediante una ley estatutaria se establecerán instrumentos de justicia transicional de carácter judicial o extrajudicial que permitan garantizar los deberes estatales de investigación y sanción. En cualquier caso se aplicarán mecanismos de carácter extrajudicial para el esclarecimiento de la verdad y la reparación de las víctimas.

Una ley deberá crear una Comisión de la Verdad y definir su objeto, composición, atribuciones y funciones. El mandato de la comisión podrá incluir la formulación de recomendaciones para la aplicación de los instrumentos de justicia transicional, incluyendo la aplicación de los criterios de selección.

Tanto los criterios de priorización como los de selección son inherentes a los instrumentos de justicia transicional. El Fiscal General de la Nación determinará criterios de priorización para el ejercicio de la acción penal. Sin perjuicio del deber general del Estado de investigar y sancionar las graves violaciones a los Derechos Humanos y al Derecho Internacional Humanitario, en el marco de la justicia transicional, el Congreso de la República, por iniciativa del Gobierno Nacional, podrá mediante ley estatutaria determinar criterios de selección que permitan centrar los esfuerzos en la investigación penal de los máximos responsables de todos los delitos que adquieran la connotación de crímenes de lesa humanidad, genocidio, o crímenes de guerra cometidos de manera sistemática; establecer los casos, requisitos y condiciones en los que procedería la suspensión de la ejecución de la pena; establecer los casos en los que proceda la aplicación de sanciones extrajudiciales, de penas alternativas, o de modalidades especiales de ejecución y cumplimiento de la pena; y autorizar la renuncia condicionada a la persecución judicial penal de todos los casos no seleccionados. La ley estatutaria tendrá en cuenta la gravedad y representatividad de los casos para determinar los criterios de selección”.

y la no repetición, temas sobre los cuales ha girado el debate constitucional en los últimos años.

3.1. La *Ley de Justicia y Paz* tuvo por finalidad facilitar los procesos de paz y la reincorporación individual o colectiva a la vida civil de miembros de grupos armados al margen de la ley,⁵³ consagrando los siguientes mecanismos: (i) estableció penas alternativas que suspenden la ejecución de la pena de prisión, reemplazándola por una pena alternativa que se concede por la contribución del beneficiario a la consecución de la paz nacional, la colaboración con la justicia, la reparación a las víctimas y su resocialización;⁵⁴ (ii) señaló que cometen el delito de sedición quienes conformen o hagan parte de grupos guerrilleros o de autodefensa; (iii) permitió la rebaja de penas salvo por los delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales, lesa humanidad y narcotráfico; (iv) posibilitó la desmovilización colectiva de los grupos armados al margen de la ley e individual de sus miembros; (v) estableció un procedimiento especial de justicia y paz; (vi) contempló los derechos a la verdad, a la justicia y a la reparación de las víctimas; (vii) creó la Comisión Nacional de Reparación y Reconciliación y el Fondo para la Reparación de las Víctimas, y (viii) consagró el deber de memoria y medidas para la preservación de archivos.

⁵³ “En cualquier caso, el tratamiento penal especial mediante la aplicación de instrumentos constitucionales como los anteriores estará sujeto al cumplimiento de condiciones tales como la dejación de las armas, el reconocimiento de responsabilidad, la contribución al esclarecimiento de la verdad y a la reparación integral de las víctimas, la liberación de los secuestrados, y la desvinculación de los menores de edad reclutados ilícitamente que se encuentren en poder de los grupos armados al margen de la ley.

Parágrafo 1°. En los casos de la aplicación de instrumentos de justicia transicional a grupos armados al margen de la ley que hayan participado en las hostilidades, esta se limitará a quienes se desmovilicen colectivamente en el marco de un acuerdo de paz o a quienes se desmovilicen de manera individual de conformidad con los procedimientos establecidos y con la autorización del Gobierno Nacional.

Parágrafo 2°. En ningún caso se podrán aplicar instrumentos de justicia transicional a grupos armados al margen de la ley que no hayan sido parte en el conflicto armado interno, ni a cualquier miembro de un grupo armado que una vez desmovilizado siga delinquiriendo”.

Arango Rivadeneira, *op. cit.*, pp. 358 y ss.; Guillermo Hoyos Vásquez, *Las víctimas frente a la búsqueda de la verdad y la reparación en Colombia*, Bogotá, Universidad Javeriana, Goethe Institut, Instituto de Estudios Sociales y Culturales Pensar, 2007, pp. 153 y ss.; Londoño Toro y Gómez Hoyos, *op. cit.*, pp. 361 y ss.

⁵⁴ El sistema de juzgamiento consagrado en el artículo 24 señala que en la sentencia condenatoria, primero, se fija la pena ordinaria (la principal y las accesorias) y, posteriormente, se reemplaza dicha pena, si se cumplen los requisitos establecidos por la ley, por la pena alternativa de cinco a ocho años.

Aunado a ello, se fijaron como requisitos para la pena alternativa: a) el compromiso de no incurrir intencionalmente en nuevas conductas delictivas, b) la contribución del beneficiario a la consecución de la paz, c) el deber de dar cuenta sobre las personas desaparecidas o secuestradas y su destino, y d) las obligaciones de reparación moral y económica a la víctima y la extinción del dominio de los bienes que se destinarán a la reparación (art. 24). Cumplidas estas obligaciones y transcurrido el período de prueba, se declarará extinguida la pena principal. En caso contrario, se revocará la libertad a prueba y se deberá cumplir la pena inicialmente determinada, sin perjuicio de los subrogados previstos en el Código Penal (art. 29).

3.2. La Corte Constitucional analizó la constitucionalidad de la Ley 975 mediante la Sentencia C-370 de 2006⁵⁵ y estableció las siguientes premisas para proteger los derechos de las víctimas a la verdad, a la justicia y a la reparación: (i) el beneficio involucra una reducción de pena para los destinatarios de la ley y se ampara en un propósito de pacificación nacional; (ii) este beneficio jurídico no encubre un indulto, pues no significa perdón de la pena; (iii) el tribunal debe imponer en la sentencia condenatoria las penas principales y accesorias que el Código Penal establece para los correspondientes delitos; (iv) la imposición de una pena alternativa no anula, invalida o extingue la pena originaria; (v) la pena alternativa, como medida encaminada al logro de la paz, resulta acorde con la Constitución en cuanto no entraña una desproporcionada afectación del valor justicia; (vi) para acceder al beneficio, a los desmovilizados se les exige acciones concretas encaminadas a asegurar la efectiva colaboración a la justicia, y (vii) se revocará el beneficio cuando se haya ocultado en la versión libre, la participación del individuo desmovilizado como miembro del grupo en la comisión de un delito relacionado directamente con su pertenencia al grupo.

Asimismo, con base en la revisión de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de los casos de *Barrios Altos vs. Perú*, *Myrna Mack Chang vs. Guatemala* y *Masacre de Mapiripán vs. Colombia*, la Corte Constitucional concluyó la existencia de una serie de deberes que deben cumplirse en los procesos de justicia transicional para la protección de los derechos de las víctimas: (i) la obligación estatal de prevenir los graves atentados contra los derechos humanos, de investigarlos cuando ocurran, procesar y sancionar a los responsables, y lograr la reparación de las víctimas; (ii) la incompatibilidad de las leyes de amnistía, de las disposiciones de prescripción y del establecimiento de excluyentes de responsabilidad, respecto de graves atentados contra los derechos fundamentales reconocidos en la Convención Americana de Derechos Humanos; (iii) el derecho de acceso a la justicia de las víctimas de las graves violaciones de derechos humanos y la relación de este derecho con la razonabilidad de los plazos dentro de los cuales deben adoptarse las decisiones judiciales; (iv) la no suspensión de las obligaciones de los Estados parte de la Convención Americana en materia de investigación, juzgamiento y sanción de los atentados contra los derechos humanos, mientras se adelantan procesos de paz; (v) el deber de reparación de los graves atentados contra los derechos humanos, y (vi) los aspectos involucrados en los derechos de los familiares y de la sociedad en general a conocer la verdad.

3.3. El Congreso expidió la *Ley 1312, del 9 julio de 2009*, la cual consagró la posibilidad de aplicar el principio de oportunidad al desmovilizado de un grupo armado organizado al margen de la ley, siempre que haya manifestado su propósito de reintegrarse a la sociedad, pero establece que no se podrá aplicar este beneficio si median graves infracciones al derecho internacional humanitario, delitos de lesa humanidad, crímenes de guerra o genocidio, ni cuando la víctima es un menor de edad.

⁵⁵ M. P. Manuel José Cepeda Espinosa, Jaime Córdoba Triviño, Rodrigo Escobar Gil, Marco Gerardo Monroy Cabra, Álvaro Tafur Galvis y Clara Inés Vargas Hernández.

3.4. La Sentencia C-936,⁵⁶ del 23 de noviembre de 2010, declaró inconstitucional la disposición del artículo 1º de la Ley 1312 de 2009 que permitía aplicar el principio de oportunidad a los desmovilizados como resultado del proceso de justicia y paz por desconocer los derechos de las víctimas en virtud de los siguientes fundamentos:

- i) El Estado debe ceñirse a los estándares internacionales acogidos por el ordenamiento interno en materia de garantía y efectividad de los derechos de las víctimas de grave criminalidad.
- ii) Asimismo, reiteró la obligación estatal de prevenir los graves atentados contra los derechos humanos, de investigarlos cuando ocurran, procesar y sancionar a los responsables y lograr la reparación de las víctimas contemplada en los artículos 1, 2, 8 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Todo esto con fundamento en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, especialmente de los casos Manuel Cepeda Vargas vs. Colombia, Masacre de las Dos Erres vs. Guatemala, 19 Comerciantes vs. Colombia, Myrna Mack Chang vs. Guatemala y Masacre de Mapiripán vs. Colombia.

3.5. El Congreso de la República expidió la *Ley 1424*, del 29 de diciembre de 2010, por la cual se dictaron disposiciones de justicia transicional que garanticen verdad, justicia y reparación a las víctimas de desmovilizados de grupos organizados al margen de la ley, se conceden beneficios jurídicos y se dictan otras disposiciones.⁵⁷ Esta ley fue declarada exequible por la Corte Constitucional en la Sentencia C-771 del 14 de octubre de 2011,⁵⁸ en la que se sentaron principalmente dos reglas: (i) la ponderación entre la paz como valor constitucional y como derecho y deber ciudadano y los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia y la reparación; y (ii) la posibilidad de restringir la justicia en la sanción efectiva de los responsables de ciertos delitos, o del derecho a la reparación para dar espacio a las formas simbólicas y colectivas de reparación.

3.6. El 10 de junio de 2011 se promulgó la *Ley 1448*, también llamada *Ley de Víctimas y Restitución de Tierras*, en la que se consagran mecanismos a favor de las víctimas, dentro de los cuales se destacan: (i) derechos especiales de las víctimas dentro de los procesos judiciales; (ii) ayuda humanitaria, atención y asistencia, en especial para las víctimas del desplazamiento forzado;⁵⁹ (iii) una política mixta con una vertiente dirigida a la restitución de tierras por vía judicial, y otra dirigida al diseño e implementación de un mecanismo extrajudicial y masivo de reparación integral a las víctimas por vía administrativa;⁶⁰

⁵⁶ M. P. Luis Ernesto Vargas Silva.

⁵⁷ Ver International Amnesty, *Colombia: la Ley de Víctimas y Restitución de Tierras*, London, Amnesty International Publications, 2012, pp. 8 y ss.

⁵⁸ M. P. Nilson Pinilla Pinilla.

⁵⁹ Ley 1448 de 2011, artículos 47 a 68.

⁶⁰ Sentencia de la Corte Constitucional C-253A de 2012, M. P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

(iv) el principio de buena fe que está encaminado a liberar a las víctimas de la carga de probar su condición; (v) protección integral a los niños, niñas y adolescentes, y (vi) medidas de satisfacción y reparación simbólica,⁶¹ financiación de medidas de atención y reparación integral,⁶² informes de ejecución⁶³ y monitoreo de la ley,⁶⁴ rutas y medios de acceso⁶⁵ y desarrollo rural.⁶⁶

3.7. La Ley de Víctimas ha dado lugar a múltiples debates jurisprudenciales en relación con la reparación y el alcance de los derechos de las víctimas que han sido analizados por la Corte Constitucional.

3.7.1. En relación con el concepto de víctimas, las sentencias C-052 de 2012,⁶⁷ C-253A de 2012⁶⁸ y C-781 de 2012⁶⁹ reconocieron la necesidad de entender una definición amplia, en virtud de la cual son víctimas todas aquellas personas que hubieren sufrido daño como consecuencia de los hechos victimizantes con una relación cercana con el conflicto armado.⁷⁰

3.7.2. Frente a la naturaleza de la indemnización integral, las sentencias SU-254,⁷¹ C-581⁷² y C-753 de 2013⁷³ reconocieron que es un derecho fundamental. Por su parte, las sentencias SU-254,⁷⁴ C-462⁷⁵ y C-912 de 2013⁷⁶ señalaron que las medidas de reparación (el acceso preferente de las víctimas a subsidios de vivienda, programas de formación y empleo, y a la carrera administrativa en casos de empate) son adicionales y no podrán descontarse del monto de la indemnización administrativa o judicial a que tienen derecho las víctimas.

3.7.3. En relación con la naturaleza de la indemnización, la *Sentencia* C-753 de 2013⁷⁷ reconoció que puede ser judicial o administrativa y que los programas administrativos de reparaciones deben contar siempre con los recursos presupuestales suficientes para garantizar a las víctimas sus derechos.

⁶¹ Ley 1448 de 2011, art. 196.

⁶² *Ibid.*, art. 197.

⁶³ *Ibid.*, art. 200.

⁶⁴ *Ibid.*, art. 201.

⁶⁵ *Ibid.*, art. 203.

⁶⁶ *Ibid.*, art. 206.

⁶⁷ M. P. Nilson Pinilla Pinilla.

⁶⁸ M. P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

⁶⁹ M. P. María Victoria Calle Correa.

⁷⁰ M. P. Nilson Pinilla Pinilla.

⁷¹ M. P. Luis Ernesto Vargas Silva.

⁷² M. P. Nilson Pinilla Pinilla.

⁷³ M. P. Mauricio González Cuervo.

⁷⁴ M. P. Luis Ernesto Vargas Silva.

⁷⁵ M. P. Mauricio González Cuervo.

⁷⁶ M. P. María Victoria Calle Correa.

⁷⁷ M. P. Mauricio González Cuervo.

3.8. La herramienta de justicia transicional más reciente se encuentra en el Acto Legislativo 01 de 2012, nombrado por la opinión pública como *Marco Jurídico para la Paz*. Este tiene por objeto facilitar la terminación del conflicto armado interno y el logro de la paz, y, en ese orden, contempla una serie de medidas de justicia transicional de múltiple naturaleza, dentro de las cuales se destacan: (i) el reconocimiento constitucional de los derechos de las víctimas a la verdad, a la justicia, a la reparación y a la no repetición; (ii) la posibilidad de aplicar criterios de selección, para centrar los esfuerzos en la investigación penal de los máximos responsables de todos los delitos que adquieran la connotación de crímenes de lesa humanidad, genocidio, o crímenes de guerra cometidos de manera sistemática; (iii) autorizar la renuncia condicionada a la persecución judicial penal de todos los casos no seleccionados, y (iv) la aplicación de penas alternativas, la suspensión condicional de la ejecución de la pena, las sanciones extrajudiciales y la priorización en los procesos de justicia transicional.

3.9. La Sentencia C-579 de 2013 declaró la exequibilidad del Marco Jurídico para la Paz, reconociendo que para la protección de los derechos de las víctimas a la verdad, a la justicia, a la reparación y a la no repetición es necesario que la Ley Estatutaria tenga en cuenta los siguientes criterios:

3.9.1. Se debe garantizar la verdad y revelación de los hechos constitutivos de los delitos de lesa humanidad, genocidio y crímenes de guerra cometidos de manera sistemática.

3.9.2. En el proceso de selección y priorización deben salvaguardarse los siguientes derechos específicos de las víctimas: (i) transparencia del proceso de selección y priorización; (ii) una investigación seria, imparcial, efectiva, cumplida en un plazo razonable y con su participación; (iii) un recurso para impugnar la decisión sobre la selección y priorización de su caso; (iv) la verdad, la reparación integral, y (v) el derecho a conocer dónde se encuentran los restos de sus familiares.

3.9.3. Exigir la terminación del conflicto armado respecto del grupo desmovilizado colectivamente y la entrega de las armas y la no comisión de nuevos delitos en los casos de desmovilización individual.

3.9.4. La Ley Estatutaria deberá ser respetuosa de los compromisos internacionales que hacen parte del bloque de constitucionalidad, en cuanto a la obligación de investigar, juzgar y, en su caso, sancionar las graves violaciones de los derechos humanos y las infracciones del derecho internacional humanitario.

3.9.5. Para que procedan los criterios de selección y priorización, el grupo armado deberá contribuir de manera real y efectiva a: esclarecer la verdad,⁷⁸ reparar a las víctimas, liberar a todos los secuestrados y desvincular a todos los menores de edad.

⁷⁸ ONU, Comisión de Derechos Humanos, *Conjunto de principios actualizado para la protección y la promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad*, Informe de Diane Orentlicher, experta independiente encargada de actualizar el conjunto de principios para la lucha contra la impunidad, E/CN.4/2005/102/Add.1, 8 de febrero de 2005. Principio 2: "El derecho inalienable a la verdad. Cada pueblo tiene el derecho inalienable a conocer la verdad acerca de los acontecimientos sucedidos en el pasado en relación con la perpetración de crímenes aberrantes y de las circunstancias y los motivos que llevaron, mediante violaciones masivas o sistemáticas, a la

3.9.6. La suspensión total de ejecución de la pena, no puede operar para los condenados como máximos responsables de los delitos de lesa humanidad, genocidio y crímenes de guerra cometidos de manera sistemática.

3.9.7. Dada su gravedad y representatividad, deberá priorizarse la investigación y sanción de los siguientes delitos: (i) ejecuciones extrajudiciales, (ii) tortura, (iii) desapariciones forzadas, (iv) violencia sexual contra la mujer en el conflicto armado, (v) desplazamiento forzado y (vi) reclutamiento ilegal de menores,⁷⁹ cuando sean calificados

perpetración de esos crímenes. El ejercicio pleno y efectivo del derecho a la verdad proporciona una salvaguardia fundamental contra la repetición de tales violaciones”. Principio 3: “El deber de recordar. El conocimiento por un pueblo de la historia de su opresión forma parte de su patrimonio y, por ello, se debe conservar adoptando medidas adecuadas en aras del deber de recordar que incumbe al Estado para preservar los archivos y otras pruebas relativas a violaciones de los derechos humanos y el derecho humanitario y para facilitar el conocimiento de tales violaciones. Esas medidas deben estar encaminadas a preservar del olvido la memoria colectiva y, en particular, evitar que surjan tesis revisionistas y negacionistas”. Principio 4: “El derecho de las víctimas a saber. Independientemente de las acciones que puedan entablar ante la justicia, las víctimas y sus familias tienen el derecho imprescriptible a conocer la verdad acerca de las circunstancias en que se cometieron las violaciones y, en caso de fallecimiento o desaparición, acerca de la suerte que corrió la víctima”.

⁷⁹ A nivel interno existe un marco normativo definido que fue sistematizado en la Sentencia C-240 de 2009, M. P. Mauricio González Cuervo. En este mismo sentido, ver ONU, Asamblea General, *Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la participación de niños en los conflictos armados*, Resolución A/RES/54/263 del 25 de mayo de 2000. Entrada en vigor: 12 de febrero de 2002; asimismo, CICR, *Protección jurídica de los niños en los conflictos armados*, Servicio de Asesoramiento en Derecho Internacional Humanitario, febrero de 2003; Unicef, *Los principios de París sobre los niños reclutados en fuerzas armadas y grupos armados*, París, febrero de 2007; Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Proceso 32889, M. P. José Leonidas Bustos Martínez, 24 de febrero de 2010: “La participación de menores de edad en los conflictos armados es una de las mayores vergüenzas de la humanidad en tanto en ella se aprecia la trasgresión del principio ético del hombre como auto fin en sí mismo, y se proyecta como en ningún otro caso con tanta intensidad, la utilización del hombre como medio al servicio de los intereses de otros; con la gravedad de que se usa a personas que aún no han alcanzado el desarrollo necesario para poder decidir con la madurez y juicio reflexivo aconsejables en la determinación de vincularse a un grupo armado.

El derecho internacional humanitario, esa rama del derecho surgida del horror, construida sobre las humeantes ruinas europeas de la Segunda Guerra Mundial, escrito con la sangre de las víctimas y animado por los gritos de horror salidos de sus moribundas entrañas que aturden la racionalidad fracasada, para quienes no hubo explicación sobre lo inevitable de las guerras, las que esconden en su justificación nada más que la vanidad, la avaricia y el orgullo de aquéllos a quienes nada importa los derechos de los demás.

La justificación de la guerra entraña por tanto el fracaso del discurso filosófico de la modernidad, ese que exaltaba al hombre como eje del conocimiento y razón de ser del mundo, de ese metarrelato que condujo a la ciencia a convertirse en usufructuaria de las vanidades y a que subordinara al hombre bajo la técnica, a su vez puesta al servicio de intereses egoístas que esconden la acumulación de poder, siendo la guerra el mejor medio para realizar las aspiraciones de los que traicionaron la doctrina del protagonismo del hombre.

Pues bien, el DIH se fue gestando como paliativo frente a la aparente inevitabilidad de la guerra, provocada por los intereses mezquinos, presentada descarnadamente como la partera de la historia. Con vergüenza el mundo civilizado tiene que seguir apelando a la normatividad del DIH, originada en la incapacidad de la política de encontrar caminos diferentes para el logro de la convivencia

como delitos de lesa humanidad, genocidio o crímenes de guerra cometidos de manera sistemática.

3.9.8. La Ley Estatutaria podrá determinar criterios de selección de los máximos responsables de los crímenes de lesa humanidad, genocidio o crímenes de guerra cometidos de manera sistemática, para lo cual se tendrán en cuenta tanto la gravedad como la representatividad de los mismos.

3.9.9. La Ley Estatutaria deberá determinar los criterios de selección y priorización, sin perjuicio de la competencia que la propia Constitución atribuye a la Fiscalía.

3.10. En el año 2012 se promulgó la *Ley 1592* donde se establecieron mecanismos especiales para dotar de mayor agilidad a los procesos de justicia y paz, pues su número sobrepasó las expectativas iniciales,⁸⁰ dentro de los cuales se destacan los siguientes: (i) reemplazó el sistema de reparación judicial por el administrativo para la indemnización de las víctimas de los procesos de justicia y paz, (ii) contempló la posibilidad de aplicar criterios de priorización y mecanismos de terminación anticipada del proceso, (iii) estableció la posibilidad de aplicar mecanismos de suspensión condicional de la ejecución de la pena y sustitución de la medida de aseguramiento para aquellos desmovilizados que hayan cumplido ocho años de prisión.

En relación con estos temas, las sentencias *C-180*⁸¹ y *C-286* de 2014⁸² declararon la inexistencia de la posibilidad de aplicar los mecanismos de reparación administrativa para las víctimas en los procesos de la Ley de Justicia y Paz, señalando que la indemnización tenía que ser exclusivamente judicial.

De esta manera puede concluirse que, en la actualidad, los procesos de justicia transicional en Colombia deben tener en especial consideración los derechos de las víctimas a la verdad, a la justicia, a la reparación y a la no repetición.

4. La ponderación entre la justicia y la paz

La ponderación entre la justicia y la paz ha sido otro de los debates más importantes que se ha presentado en la Corte Constitucional de Colombia, pues se ha convertido en la herramienta a partir de la cual se ha admitido la posibilidad de que existan regulaciones penales especiales en materia de justicia transicional.

4.1. La *Sentencia C-370 de 2006* declaró la constitucionalidad de la Ley de Justicia y Paz con fundamento en la necesidad de realizar una ponderación entre la paz y la justicia,

pacífica, de esa paz perpetua con la que soñaron Kant y los utópicos, fundada, en todo caso en la justicia social”.

⁸⁰ Existen 3.245 procesos en Justicia y Paz con un potencial de 359.426 víctimas; el Fondo de Reparación a Víctimas cuenta con 103.400 millones (2012).

⁸¹ M. P. Alberto Rojas Ríos.

⁸² M. P. Luis Ernesto Vargas Silva.

y por ello se permitió la existencia de penas alternativas de hasta ocho años de prisión para personas que se desmovilizaran en el marco de esta ley.

4.2. La *Sentencia C-579 de 2013* declaró exequible el Acto Legislativo 01 de 2012 o *Marco Jurídico para la Paz*, pues consideró que las expresiones demandadas no sustitúan el pilar fundamental de la Constitución Política que se enmarca en el deber general de garantía de los derechos humanos, y el deber concreto de investigar, juzgar y sancionar las graves violaciones de los derechos humanos e infracciones al DIH, especialmente teniendo en cuenta las siguientes razones:

4.2.1. En esta sentencia, el análisis de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, y en especial la sentencia del caso de las Masacres de El Mozote, fue esencial para declarar la constitucionalidad del *Marco Jurídico para la Paz*, con fundamento en la ponderación entre los deberes derivados de la obligación de garantía de los derechos humanos: (i) prevenir su vulneración (no repetición), (ii) crear mecanismos idóneos y eficaces para la protección de los derechos en casos de amenaza o vulneración (tutela efectiva), (iii) reparar las violaciones y esclarecer los hechos (reparación y verdad), y (iv) investigar, juzgar y sancionar las graves violaciones de los derechos humanos e infracciones al DIH (justicia).

4.2.2. La Sentencia del caso de la Masacre de El Mozote vs. El Salvador y el voto concurrente de esta decisión plantean la posibilidad de realizar una ponderación entre los propósitos de investigación, sanción y reparación de graves violaciones de los derechos humanos, de un lado, con los de reconciliación nacional y salida negociada de un conflicto armado no internacional, de otro:

El hecho es que en el contexto específico de procesos de violencia generalizada y de conflictos armados no internacionales el recurso de la amnistía puede conducir, al menos teóricamente y según los casos o circunstancias específicas, a rumbos en diversas direcciones. Que plantean, en consecuencia, un abanico de posibles resultados que pueden fijar los márgenes para el *ejercicio de la ponderación de los intereses en el propósito de conjugar los propósitos de investigación, sanción y reparación de graves violaciones a los derechos humanos, de un lado, con los de reconciliación nacional y salida negociada de un conflicto armado no internacional, por el otro.*

4.2.3. La Corte Constitucional consideró que, en este modelo, el deber jurídico de atender los derechos de las víctimas debe valorarse en relación con la obligación de prevenir nuevos hechos de violencia y alcanzar la paz en un conflicto armado por los medios que estén a su alcance, creándose soluciones que tengan en cuenta ambos derechos, tal como lo señala el voto concurrente de esta sentencia.

4.2.4. Por lo anterior, se consideró que la prevención razonable de las acciones u omisiones con las cuales los derechos humanos sean vulnerados o amenazados, exige la ponderación entre la reconciliación y la justicia como valores constitucionales en el marco de un conflicto armado. Así mismo, se sostuvo que el deber del Estado de prevenir las futuras violaciones de los derechos humanos como manifestación del derecho

a la no repetición es esencial para el cumplimiento de la obligación de garantía, pues sin este se podrían investigar todos los delitos, pero la violencia continuaría de manera generalizada afectando profundamente los derechos humanos.

5. La participación en política de los desmovilizados

5.1. Actualmente se surte el estudio de constitucionalidad del artículo 3° del Marco Jurídico para la Paz, el cual prevé la posibilidad de la participación en política de los miembros de grupos al margen de la ley cuyas conductas se enmarquen en la naturaleza de los delitos políticos.⁸³ Sin embargo, consagra que quienes hayan participado de la comisión de crímenes de lesa humanidad y genocidio y hayan sido condenados por estos delitos, no podrán participar en política.

5.2. El pasado 27 de mayo de 2014, la Sala Plena de la Corte Constitucional realizó una audiencia pública en la que participaron entidades estatales, organismos de representación de víctimas y académicos, quienes manifestaron su concepto sobre aquella norma de participación política, presentándose un profundo debate entre los participantes en este foro:

5.2.1. El procurador general de la nación expresó que el Acto Legislativo 01 de 2012 viola el derecho a la justicia y en especial la proporcionalidad de las penas. En este sentido agregó: “Si se declara exequible el artículo 3 del Marco Jurídico para la Paz, serán estériles los nueve condicionamientos con los que el Congreso debe interpretar el Marco Jurídico para la Paz (Acto Legislativo 01 de 2012), pues tendremos un marco constitucional que garantiza la impunidad”.⁸⁴ Igualmente, recalcó que quienes defienden las normas son víctimas futuras, pero estas víctimas no tienen derechos disponibles y que “los verdaderos ofendidos están siendo revictimizados al tener que soportar que su victimario ahora ocupe un cargo de poder y pueda imponerle las leyes”.⁸⁵

5.3. El fiscal general de la nación Eduardo Montealegre señaló que “el legislador excedió sus competencias de reforma en la adopción del artículo 3° del Acto Legislativo 01 de 2012 al prohibir que puedan participar en política quienes hayan cometido crímenes de

⁸³ Artículo 3° del Acto Legislativo 01 de 2012: “La Constitución Política tendrá un nuevo artículo transitorio que será el 67, así:

Artículo Transitorio 67. Una ley estatutaria regulará cuáles serán los delitos considerados conexos al delito político para efectos de la posibilidad de participar en política. No podrán ser considerados conexos al delito político los delitos que adquieran la connotación de crímenes de lesa humanidad y genocidio cometidos de manera sistemática, y en consecuencia no podrán participar en política ni ser elegidos quienes hayan sido condenados y seleccionados por estos delitos”.

⁸⁴ Intervención del procurador general de la nación en la audiencia realizada el 27 de mayo de 2014, correspondiente al expediente D-9819.

⁸⁵ *Ibid.*

lesa humanidad o genocidio”.⁸⁶ Al respecto agregó que “el artículo 3° del acto legislativo 01 de 2012, restringe la libertad de configuración del legislador para permitir la participación política de los desmovilizados, cercenando la posibilidad de dar fin al conflicto, impidiendo que los miembros de grupos ilegales participen legalmente en política”.⁸⁷

Por su parte, respondió al procurador general de la nación señalando: “La inserción en la vida política en nada implica impunidad, porque se trata de llevar por las vías democráticas una situación que en el pasado fue canalizada por la vía armada”.⁸⁸

5.4. Rodrigo Uprimny afirmó que “no existen límites ni una norma de derecho internacional que prohíba participar en política de manera perpetua a los desmovilizados”,⁸⁹ y agregó que “la Constitución representa una democracia tolerante, que escucha y que permite que aquellos que tenían las armas se reincorporen a la vida política”.⁹⁰

5.5. El experto internacional Mark Freeman señaló que “no existe ninguna fuente de derecho internacional que exija un límite a la participación política de un grupo armado, es un margen de flexibilidad para los Estados”.⁹¹ Al respecto agregó que “no se pueden analizar concretamente las posibles implicaciones en los derechos de las víctimas derivado de la participación política de los desmovilizados, si no hay una justicia transicional bien definida”.⁹²

5.6. La Corte Constitucional deberá decidir sobre esta demanda hasta el 27 de julio del presente año y para hacerlo tendrá en consideración los grandes debates que se han presentado en la justicia transicional en Colombia.

Estos son los amplios debates de la justicia transicional que se han discutido en la Corte Constitucional colombiana, a través de los cuales se ha venido configurando un modelo que permita la obtención de la reconciliación y, a la vez, que garantice los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia, la reparación y la no repetición, mediante la ponderación entre la justicia y la paz.

⁸⁶ Intervención del fiscal general de la nación Eduardo Montealegre en la audiencia realizada el 27 de mayo de 2014, correspondiente al expediente D-9819.

⁸⁷ *Ibid.*

⁸⁸ *Ibid.*

⁸⁹ Intervención de Rodrigo Uprimny en la audiencia realizada el 27 de mayo de 2014, correspondiente al expediente D-9819.

⁹⁰ *Ibid.*

⁹¹ Intervención del profesor Mark Freeman en la audiencia realizada el 27 de mayo de 2014, correspondiente al expediente D-9819.

⁹² *Ibid.*

Bibliografía

- ARANGO RIVADENEIRA, Rodolfo, *Derechos humanos como límite a la democracia: análisis de la Ley de Justicia y Paz*, 21 ed., Bogotá, Norma, 2008.
- ARENAS MENDOZA, Hugo Andrés, *¿Estado responsable o irresponsable? La responsabilidad patrimonial del Estado colombiano luego de la guerra civil de 1876-1877*, Bogotá, Universidad del Rosario, 2009.
- ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE, “Norma transitoria para la consagración del indulto, la cesación de procedimiento y el auto inhibitorio para delitos políticos”, *Gaceta Constitucional*, 93.
- ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE, “Amnistía e indulto (segunda parte). Proyecto de articulado transitorio”, *Gaceta Constitucional*, 94.
- BECCO, Horacio Jorge, *Pensamiento político de la emancipación venezolana*, Caracas, Biblioteca Ayacucho, 1988.
- BUSHNELL, David, *Colombia, una nación a pesar de sí misma. De los tiempos precolombinos a nuestros días*, Bogotá, Planeta, 2002.
- CARRILLO, Marcos Rubén, *Los Tratados de Trujillo*, Trujillo, Ediciones del Centro de Historia del Estado Trujillo, 1968.
- CENTRO NACIONAL DE MEMORIA HISTÓRICA, “*¡Basta ya! Colombia: memorias de guerra y dignidad*”. Informe general de memoria y conflicto, Bogotá, Imprenta Nacional, 2013.
- CICR, *Protección jurídica de los niños en los conflictos armados*, Servicio de Asesoramiento en Derecho Internacional Humanitario, febrero de 2003.
- CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Penal, Proceso 32889, M. P. José Leonidas Bustos Martínez, 24 de febrero de 2010.
- GONZÁLEZ ESTEVES, Édgar, *Batallas de Venezuela 1810-1824*, Caracas, CES, 2004.
- GONZÁLEZ MONGUÍ, Pablo Elías, *Procesos de selección penal negativa: investigación criminológica*, Bogotá, Universidad Libre, 2013.
- GUERRIERI, Kevin G., *Palabra, poder y nación: la novela moderna en Colombia 1896-1927*, Ciudad Juárez, Universidad Autónoma de Ciudad Juárez, 2004.
- GUZMÁN CAMPOS, Germán, Orlando FALS BORDA y Eduardo UMAÑA, *La violencia en Colombia*, t. I, Bogotá, Ed. Prisa, 2010.
- HENAO, Jesús María y Gerardo ARRUBLA, *Historia de Colombia para la enseñanza secundaria*, 3ª. ed., Bogotá, Camacho Roldán y Tamayo, 1920.
- HERNÁNDEZ GÓMEZ, José Ricardo y Jesús Leonardo HERNÁNDEZ GÓMEZ, *Incidencias administrativas en el Programa de Dejeción Individual y Voluntaria de las Armas*, Ed. Lulu.com, 2008.
- HOYOS VÁSQUEZ, Guillermo, *Las víctimas frente a la búsqueda de la verdad y la reparación en Colombia*, Bogotá, Universidad Javeriana, Goethe Institut, Instituto de Estudios Sociales y Culturales Pensar, 2007.
- INTERNATIONAL AMNESTY, *Colombia: la Ley de Víctimas y Restitución de Tierras*, London, Amnesty International Publications, 2012.

- LONDOÑO TORO, Beatriz y Diana María GÓMEZ HOYOS, *Diez años de investigación jurídica y sociojurídica en Colombia: balances desde la red sociojurídica*, t. II, Bogotá, Universidad del Rosario y Universidad de la Sabana, 2010.
- LÓPEZ ALVES, Fernando, *La formación del Estado y la democracia en América Latina*, Bogotá, Norma, 2003.
- MARQUARDT, Bernd, *Los dos siglos del Estado constitucional en América Latina (1810-2010)*, Bogotá, Universidad Nacional de Colombia, 2011.
- MARTÍNEZ ORTIZ, Astrid, *Economía, crimen y conflicto*, Bogotá, Antropos, 2001.
- OCAMPO T., José Fernando, *Ensayos sobre historia de Colombia*, Caldas, Imprenta Departamental, Universidad de Texas, 2008.
- ONU, Asamblea General, *Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la participación de niños en los conflictos armados*, Resolución A/RES/54/263 del 25 de mayo de 2000.
- ONU, Comisión de Derechos Humanos, *Conjunto de principios actualizado para la protección y la promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad*, Informe de Diane Orentlicher, E/CN.4/2005/102/Add.1, 8 de febrero de 2005.
- PALACIOS, Marco y Frank SAFFORD, *Colombia: país fragmentado, sociedad dividida, su historia*, Bogotá, Norma, 2002.
- PARDO RUEDA, Rafael, *La historia de las guerras*, Barcelona, Ediciones B, 2004.
- PÉREZ ROMERO, Luis Alfonso, *Marketing social: teoría y práctica*, Ciudad de México, Pearson - Prentice Hall, 2004.
- RESTREPO MEDINA, Manuel Alberto, *El comiso: análisis sistemático e instrumentación cautelar*, Bogotá, Universidad del Rosario, 2001.
- RESTREPO SALAZAR, Juan Camilo, *José Ignacio de Márquez: el primer presidente conservador colombiano*, Bogotá, Konrad Adenauer Stiftung, Serie Debate Político, vol. 22, 2006.
- SÁNCHEZ MEDINA, Guillermo y Carlos GÓMEZ RESTREPO, *Una puerta hacia la paz: paz y salud mental en Colombia*, Bogotá, Academia Nacional de Medicina, Ed. Kimpres, 2005.
- UNESCO, *Historia general de América Latina, los proyectos nacionales latinoamericanos: sus instrumentos y articulación, 1870-1930*, Madrid, Trotta, 2008.
- UNICEF, *Los principios de París sobre los niños reclutados en fuerzas armadas y grupos armados*, París, febrero de 2007.
- VÉLEZ OCHOA, Ricardo, *Las especies náufragas*, 2ª. ed., Bogotá, Universidad Javeriana, Colección Investigaciones I, 2006.

Instrucciones para la presentación de artículos

1. Los artículos estarán escritos en español o portugués. En caso contrario, de manera oportuna se deberá discutir la posibilidad de traducirlos 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 se 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 Colombia/iusla@kas.de o a la calle 90 No. 19 C - 74, piso 2, Bogotá, República de Colombia, a nombre de Christian Steiner.
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 el envío 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 **citas bibliográficas** podrán incluirse en las notas al pie o bien utilizar el sistema autor-año (o de Harvard) con las referencias en una bibliografía al final. En las notas al pie se usará el orden *nombre-apellido* del autor, en mayúscula y minúscula, porque es de más fácil lectura que el orden inverso y ahorra puntuación.

Las citas bibliográficas contendrán los siguientes elementos:

- a) **Libros:** Nombre y apellido del autor, título del libro (en cursiva), ciudad, editorial, año de publicación (si la edición empleada no es la primera, conviene indicarlo).

Ejemplo:

Thomas Hobbes, *Leviatán*, Madrid, Alianza Universidad, 1993 [1651].

- b) **Artículos o capítulos de libros:** Nombre y apellido del autor, título del artículo o capítulo (entre comillas), nombre y apellido del editor (ed.) o compilador (comp.), si corresponde, título del libro (en cursiva), ciudad, editorial, año de publicación.

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.

- c) **Artículos de publicaciones periódicas:** Nombre y apellido del autor, título del artículo (entre comillas), nombre de la revista o periódico (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) En las **bibliografías** 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. Pro- puestas 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 ál.*