

JUSTICIA CONSTITUCIONAL
Y DERECHOS FUNDAMENTALES

9

*Diez años de jurisprudencia
constitucional
en América Latina*

EDITORES ACADÉMICOS

Víctor Bazán

Marie-Christine Fuchs



tirant
lo blanch

**KONRAD
ADENAUER
STIFTUNG**
Programa Estado de Derecho para Latinoamérica



Programa Estado de Derecho para Latinoamérica



tirant
lo blanch

JUSTICIA CONSTITUCIONAL Y DERECHOS FUNDAMENTALES

9

Diez años de jurisprudencia constitucional en América Latina

*Diez años de jurisprudencia
constitucional
en América Latina*

EDITORES ACADÉMICOS

Víctor Bazán

Marie-Christine Fuchs



tirant
lo blanch

 KONRAD
ADENAUER
STIFTUNG
Programa Estado de Derecho para Latinoamérica

© 2021 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 Estado de Derecho para Latinoamérica

Calle 93B n.º 18-12, piso 7

Bogotá, Colombia

Tel.: (+571) 743 0947

iusla@kas.de

www.kas.de/iusla

Twitter: KASiusLA

Facebook: /kasiusla

© JUSTICIA CONSTITUCIONAL Y DERECHOS FUNDAMENTALES n.º 9.

Diez años de jurisprudencia constitucional en América Latina

Editores: Víctor Bazán y Marie-Christine Fuchs

Coordinación editorial: Magdalena Schaffler

ISBN: 978-84-1113-481-1

Fecha: Julio de 2021

Revisión de textos en español: María José Díaz Granados

Revisión de textos en portugués: Paulo Baptista

Diagramación: Marta Rojas

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

Los textos que se publican son de exclusiva responsabilidad de su autor y no expresan necesariamente el pensamiento de la FKA.

Se autoriza la reproducción total o parcial del contenido con inclusión de la fuente.

CONTENIDO

PRESENTACIÓN	IX
PRÓLOGO	XV
ISONOMÍA, DERECHOS HUMANOS, JUSTICIA CONSTITUCIONAL Y OTRAS CUESTIONES RELEVANTES EN ARGENTINA Víctor Bazán	1
EL ROL DEL JUEZ CONSTITUCIONAL EN BRASIL: ENTRE EL ACTIVISMO Y EL LEGALISMO Mônia Clarissa Hennig Leal	35
ATIVISMO <i>VERSUS</i> DECISIONISMO E AUTOCONTENÇÃO <i>VERSUS</i> PASSIVISMO JUDICIAIS NO BRASIL Dimitri Dimoulis, Soraya Lunardi, Leonardo Martins	77
EL CONSTITUCIONALISMO BOLIVIANO. UNA DÉCADA DE CONTRASTE ENTRE EL DISEÑO NORMATIVO Y LA REALIDAD PRÁCTICA José Antonio Rivera S.	101
LOS DERECHOS HUMANOS EN LA JURISPRUDENCIA DE LOS TRIBUNALES SUPERIORES DE JUSTICIA EN CHILE (2008-2019) Claudio Nash Rojas	125
VEINTE AÑOS DE SENTENCIAS ESTRUCTURALES EN COLOMBIA Néstor Osuna Patiño	153
ANÁLISIS DE JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL EN GUATEMALA (2011-2020) Aylín Ordóñez Reyna	161
A DIEZ AÑOS DE LA REFORMA MEXICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS: UNA PROPUESTA DE CUATRO FASES JURISPRUDENCIALES Alfonso Herrera García	185

BALANCE DEL ROL DE LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL EN LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN EL PERÚ (2009-2019)	205
César Landa	
DIEZ AÑOS DE JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL EN URUGUAY	225
Martín Risso Ferrand	
DIEZ AÑOS DE JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL EN VENEZUELA: LA CONSOLIDACIÓN Y EXACERBACIÓN DEL PROTAGONISMO JUDICIAL AUTORITARIO	241
Jesús María Casal	

PRESENTACIÓN

Con orgullo y llenos de optimismo nos complace presentar la novena publicación conjunta del Grupo de Estudios en Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales; esta vez en una edición especial que se publica a propósito del décimo aniversario del Grupo. En esta obra, *10 años de jurisprudencia constitucional en América Latina*, se pretende hacer un balance sobre los principales logros y desarrollos en materia constitucional y de los derechos humanos en América Latina, así como del rol de la jurisprudencia constitucional en la última década. De igual manera, reflexionar sobre los retos que todavía persisten y, con estos, los impactos, avances, retrocesos y desafíos que se desprenden de los últimos diez años de jurisprudencia de tribunales, cortes y salas constitucionales de la región. Todo lo anterior, con el fin de dar cuenta de la manera en que el derecho puede ser leído como un espejo de nuestras sociedades, el cual permite ofrecer un diagnóstico de la calidad de las democracias y las demandas sociales que aún persisten en América Latina.

Con esta publicación se pretende, en primer lugar, hacer un acercamiento a los procesos de consolidación de la justicia constitucional en América Latina, haciendo especial énfasis en los retos institucionales y los conflictos sociales que aún se mantienen como una constante en la región. Dichos procesos dan cuenta de problemas estructurales, los cuales no han encontrado soluciones definitivas, que mantienen una serie de continuidades y avatares que le han dado identidad a este continente. En segundo lugar, se pretende establecer la manera en que el derecho constitucional ha servido para encontrar algunas posibilidades consensuadas o autoritarias por medio de diferentes vías constitucionales y acciones legales, las cuales han brindado, al menos, soluciones temporales a las dificultades no exclusivamente jurídicas, sino sobre todo sociales, económicas y éticas en la región. En este sentido, mientras en el derecho constitucional comparado hay un profundo debate sobre los trasplantes jurídicos y su efectividad, las recepciones jurídicas que se han dado en los países latinoamericanos no dan cuenta de simples malas copias tomadas de instituciones europeas. Por el contrario, se destacan aquellas innovaciones tanto en la consolidación de instituciones como

en la efectividad de acciones que asumió cada país para resolver un problema jurídico de derechos humanos o fundamentales. No obstante, y en contraposición a esta idea, también vale la pena destacar las invariables vulneraciones y límites que han impuesto las instancias nacionales para darles un cumplimiento parcial, o incluso no dar cumplimiento, a varias decisiones que se han tomado en instancias internacionales en casos de violaciones de derechos humanos.

De esta manera, el surgimiento de tribunales y cortes constitucionales, la creación de salas especializadas o las funciones constitucionales en la justicia ordinaria han permitido aproximarse a nuevas formas de analizar los derechos humanos. Esto debido a la consolidación de bloques de constitucionalidad y de una jurisprudencia creadora, que han posibilitado la creación de un sistema serio de precedentes vinculantes, lo cual conduce de manera inmediata a nuevos esquemas interpretativos del derecho. De esta manera, el sistema legal se ha ido transformando para establecer un derecho por fuera de las normas creadas por el congreso o el ejecutivo. Además, la referencia a la jurisprudencia ha ampliado el espectro hermenéutico del derecho, en el que las constituciones han logrado consolidar su parte dogmática como una verdadera herramienta para que las personas puedan hacer valer los derechos humanos. Esta comprensión general ha llevado a que en América Latina se desarrolle una nueva corriente de “derecho jurisprudencial y constitucional” en la cultura jurídica. Esto es, tomando parte de la tradición del *common law*, en los países latinoamericanos se ha ido repensando la importancia del poder creador de la jurisprudencia, muchas veces dejado de lado por una tradición más legalista que apuntaba a la lectura más bien pétrea de los códigos.

Varios indicios muestran este cambio, entre ellos se podría mencionar un interés por los estudios que buscan determinar las líneas jurisprudenciales en materia constitucional y de derechos humanos. En este sentido, se han ido desarrollando líneas jurisprudenciales que tienen una carga de valor importante a nivel regional, como la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana en materia de desplazamiento o salud, o las decisiones estructurales de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) en materia de violación de derechos humanos durante y después de las dictaduras. Finalmente, se podría señalar que los jueces, en sus decisiones, tienen la obligación de realizar mayores esfuerzos argumentativos para la construcción de precedentes coherentes que puedan abrir paso a un nuevo sistema de derecho.

La sobresaliente obra que el lector tiene en sus manos pretende, entonces, dar cuenta del seguimiento del desarrollo jurisprudencial en diferentes aspectos constitucionales en los últimos diez años en la región, enfocándose en tres grandes ejes temáticos: los artículos del primer eje se concentran en el

constitucionalismo latinoamericano y se enfocan principalmente en las distancias que existen entre la norma y la realidad, centrándose en la discusión entre las aspiraciones descritas en los textos constitucionales de los países latinoamericanos, y su implementación efectiva. Cabe precisar, entonces, que los modelos planteados por las constituciones latinoamericanas son mezclas de ideales liberales, conservadores y a veces incluso radicales, que resultan, por ejemplo, de la disputa por la fundamentación del principio de separación de poderes, lo que muchas veces crea sistemas híbridos y tensiones en sociedades que promulgan la democracia mientras se enaltece la importancia de un poder ejecutivo fuerte. Del mismo modo, consignas de corte neoliberal han estado acompañadas de fragmentos orientados a la constitucionalización de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales (Desca), así como de los derechos colectivos de grupos indígenas y afrodescendientes, como en los casos colombiano, ecuatoriano y boliviano. Las contribuciones de este primer eje intentan determinar, precisamente, estas paradojas en las formulaciones jurisprudenciales de los tribunales, cortes y salas constitucionales.

El segundo eje temático, dentro del cual se orientaron varios artículos de esta obra, se concentra en la actual discusión del rol del juez constitucional en el marco del activismo y el legalismo. No es posible obviar la discusión sobre los desafíos y las oportunidades de la justicia constitucional, durante los últimos diez años sin prestar atención al específico rol del juez constitucional debido a que dicho rol está mediado por otra circunstancia de gran preocupación: el temor a caer en el determinismo del “activismo judicial”. En este sentido, la función del juez constitucional en América Latina se centró, en esta última década, en un permanente campo de tensión entre el legalismo y el activismo. Dentro de este contexto, el juez constitucional ha tenido bajo su potestad la materialización y garantía de derechos fundamentales por encima de los poderes legislativo y ejecutivo que, a pesar de tener encomendada esta función, han planteado serios obstáculos para hacerlo. Lo anterior ha acarreado fuertes resistencias, las cuales han permitido una discusión transversal y desde distintas perspectivas, que se han concentrado en el tipo de órdenes emitidas por los jueces. Asimismo, la coexistencia de tribunales, cortes y salas constitucionales de la región con las otras ramas del poder implica el mantenimiento de un delicado equilibrio de competencias, que fácilmente puede verse vulnerado con la politización de la labor del juez constitucional. Al respecto, las sentencias de amparo o de tutela, por ejemplo, suelen estar bajo la lupa del legislativo y el ejecutivo, especialmente cuando implican el cumplimiento de órdenes de tipo estructural o colectivo, cuyas orientaciones suelen estar asociadas a directrices de política pública, las cuales contienen fuertes connotaciones presupuestales.

Finalmente, un tercer eje temático de artículos de esta obra se centra en un análisis detallado de jurisprudencia de tribunales, cortes y salas constitucionales. La finalidad de estos textos es mostrar el marco de producción de interpretaciones que ha delimitado las líneas jurisprudenciales durante los últimos diez años, en relación con las incidencias en las coyunturas nacionales, regionales y globales. En ese orden de ideas, la producción jurisprudencial se plantea desde los diálogos entre cortes, en distintos niveles. Esa posibilidad, que también ha sido conocida como *cross fertilization*, ha permitido que los jueces constitucionales ejerzan procesos interpretativos más integrales para la garantía de los derechos fundamentales, lo que ha generado pautas analíticas nutridas por diversas fuentes para reforzar el alcance de la justicia constitucional.

En síntesis, se podría sugerir que los artículos de esta obra tienen como objetivo dar detalles sobre la calidad de las democracias latinoamericanas, y, con esto, observar de manera particular el grado de cumplimiento de las órdenes de instancias internacionales en materia de derechos humanos, así como la medida de la eficacia de acciones específicas que tiene cada país para la protección de los derechos fundamentales. De esta manera, los casos de Argentina, Brasil, Bolivia, Chile, Colombia, Guatemala, México, Perú, Uruguay y Venezuela dan cuenta de una serie de tensiones institucionales entre el derecho internacional y el derecho constitucional local, así como de una serie de innovaciones legales en materia de protección de derechos. Por supuesto, dentro de todas estas tensiones hay que prestar especial atención a la constante violación de los derechos humanos en la región, y a la falta, en este sentido, de una jurisprudencia plenamente vinculante y argumentativamente fuerte.

Desde esta perspectiva, el Programa Estado de Derecho para Latinoamérica de la Fundación Konrad Adenauer pretende ofrecer, además, una visión de sentencias hito, las cuales han tenido un alto grado de importancia para cada uno de los países que hemos decidido estudiar. Asimismo, se procura tener una base que nos permita presentar una muestra importante del grado de desarrollo y cumplimiento de los derechos humanos en la región. Es posible entonces concluir que, en general, el grado de cumplimiento de las órdenes jurídicas internacionales, e incluso nacionales, sobre el deber de cada Estado con la observancia de los derechos humanos en los países que se analizan podría aumentarse. Hacer este diagnóstico general de cada país podría dar algunas claves para mejorar el sistema regional en varios aspectos. Es necesario, por tanto, empezar a construir una teoría analítica y compleja del derecho de los derechos humanos, lo que se enmarca dentro de la filosofía de pensamiento que ha tenido el Programa Estado de Derecho para Latinoamérica de la Fundación Konrad Adenauer en estos años. Para la construcción de este proyecto se ha buscado, en primer lugar, observar la

historia de los derechos humanos y fundamentales por medio de estudios académicos importantes que muestran la complejidad de los orígenes de la fundamentación que pretende darles cada país. Y, en segundo lugar, se busca reunir una serie de ideas que permita contrastar hipótesis de lo que ha venido sucediendo en varios países de la región en la creación de una jurisprudencia constitucional que pretende ser vinculante por su mera naturaleza, pero que muchas veces no logra tener la eficacia deseada.

La obra que el Programa Estado de Derecho para Latinoamérica de la Fundación Konrad Adenauer tiene el gusto de ofrecer a los lectores contiene herramientas que les permitan conocer de cerca los diferentes procesos de consolidación institucional y jurisprudencial de varios países latinoamericanos, con el fin de servir para el desarrollo de mejores diseños institucionales, que den como resultado el cumplimiento y la materialización eficaz de los valores constitucionales. Todo esto con el fin de que se puedan crear democracias que le den mayor peso a la apertura de espacios de diálogo entre los diferentes actores en conflicto. Asimismo, este trabajo permitirá seguir construyendo el camino para los debates sobre el valor de la jurisprudencia nacional e internacional en materia de derechos humanos y fundamentales, y sobre la importancia de los sistemas de protección que ha creado cada país y la región en general, especialmente a través del sistema interamericano de derechos humanos. Esto, además de los límites y las barreras que se han impuesto en mayor o en menor medida en cada uno de los países estudiados para no dar cumplimiento, o dar cumplimiento parcial, a muchas de las órdenes que han emitido los tribunales y las cortes constitucionales, así como la Corte IDH en los casos que se han decidido abordar.

Por supuesto, este libro hubiera sido imposible sin el arduo trabajo y el compromiso de las y los autores del tradicional Grupo de Estudios en Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales de nuestro Programa. En los artículos se resumen los debates de la reunión de Grupo que tuvo lugar en Santiago de Chile en agosto 2019, y de varias reuniones virtuales durante 2020. Extendemos un agradecimiento especial al Secretario de la Corte IDH, Pablo Saavedra, y a varios representantes de instituciones estatales, de la academia y de organizaciones de la sociedad civil, por su asistencia a la reunión presencial del Grupo en Santiago de Chile y sus valiosos aportes al debate.

De igual manera, extendemos nuestro agradecimiento a las y los comentaristas de los artículos de este libro por sus aportes a una academia que se construye desde el análisis articulado de diferentes perspectivas nacionales y regionales, al igual que a los demás integrantes del Grupo, quienes en esta oportunidad no pudieron contribuir a la obra, pero siempre estuvieron abiertos a discutir ideas y contribuyeron a los textos que contiene este libro.

Un especial reconocimiento al doctor Víctor Bazán, miembro fundador del Grupo y editor académico, por su incansable labor de revisión y edición, tanto en esta como en las anteriores ocasiones, así como por su dedicación y vínculo profundo con este Grupo y con el Programa Estado de Derecho para Latinoamérica de la Fundación Konrad Adenauer.

El propósito último de esta publicación es que se propongan nuevos debates que tengan como finalidad abrir espacios de diálogo entre las instituciones jurídicas nacionales y regionales, lo que permitirá, a través del derecho, crear nuevas iniciativas para un mayor cumplimiento de los derechos humanos en el continente.

Marie-Christine Fuchs

Directora del Programa Estado de Derecho
para Latinoamérica de la Fundación Konrad Adenauer

Magdalena Schaffler

Coordinadora de proyectos del Programa Estado de Derecho
para Latinoamérica de la Fundación Konrad Adenauer

PRÓLOGO

I.

La presente obra, novena de la colección, aglutina las investigaciones efectuadas entre 2019 y 2020 por los integrantes del Grupo de Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales del Programa Estado de Derecho para Latinoamérica de la Fundación Konrad Adenauer (KAS).

En particular, nos referimos a las investigaciones desarrolladas sobre importantes tópicos de la justicia y la jurisprudencia constitucionales, además de la atrayente temática del activismo judicial frente a la autocontención, con la inacabada discusión acerca de si existen uno o varios activismos.

II.

El libro está compuesto por once trabajos, además de la presentación realizada por la directora del Programa Estado de Derecho para Latinoamérica de la KAS, doctora Marie-Christine Fuchs, y del presente prólogo.

Por su parte, las colaboraciones se suceden respetando el orden alfabético del país de pertenencia de cada uno de los autores, a saber:

1. “Isonomía, derechos humanos, justicia constitucional y otras cuestiones relevantes en Argentina”, por Víctor Bazán.
2. “El rol del juez constitucional en Brasil: entre el activismo y el legalismo”, por Mônia Clarissa Hennig Leal.
3. “Ativismo versus decisionismo e autocontenção versus passivismo judiciais no Brasil”, por Dimitri Dimoulis, Soraya Lunardi e Leonardo Martins.
4. “El constitucionalismo boliviano. Una década de contraste entre el diseño normativo y la realidad práctica”, por José Antonio Rivera S.
5. “Los derechos humanos en la jurisprudencia de los tribunales superiores de justicia en Chile (2008-2019)”, por Claudio Nash.
6. “Veinte años de sentencias estructurales en Colombia”, por Néstor Osuna Patiño.

7. “Análisis de jurisprudencia constitucional en Guatemala (2011-2020)”, por Aylín Ordóñez Reyna.
8. “A diez años de la reforma mexicana sobre derechos humanos: una propuesta de cuatro fases jurisprudenciales”, por Alfonso Herrera García.
9. “Balance del rol de la justicia constitucional en la protección de los derechos fundamentales en el Perú (2009-2019)”, por César Landa.
10. “Diez años de jurisprudencia constitucional en Uruguay”, por Martín Riso Ferrand.
11. “Diez años de jurisprudencia constitucional en Venezuela: la consolidación y exacerbación del protagonismo judicial autoritario”, por Jesús María Casal.

III.

Enviamos un sincero agradecimiento por el esfuerzo desinteresado que las y los colegas que integran el Grupo realizan para poder continuar adelante con esta publicación, que brinda al Grupo un sello identitario.

Asimismo, dejamos testimonio de franca gratitud a la doctora Marie-Christine Fuchs por su decidida y amable predisposición para que el Grupo pueda seguir trabajando y generando contenido jurídico cualitativamente importante.

Del mismo modo, valoramos la energía y el trabajo de Magdalena Schaffler, en conjunto con el equipo de apoyo del programa por la significativa y constante labor que cumplen.

IV.

El presente volumen ingresa en un terreno tan complejo como importante, al focalizar principalmente tópicos relevantes de la justicia y la jurisprudencia constitucionales de diez países de América Latina, lo que a su vez conecta con la multifacética cuestión de las relaciones entre activismo judicial y *self-restraint*.

Desde luego, esa paleta polícroma ofrece características propias de cada paisaje jurídico latinoamericano que, si bien muestra coincidencias y equivalencias, no deja de contener elementos fisonómicos, necesidades, desafíos y urgencias de cada contexto específico.

Expuesto lo anterior, solo resta hacer votos para que el libro resulte útil, no solamente en ámbitos académico-científicos, sino también en las tareas que cotidianamente llevan adelante juezas/es, magistradas/os, fiscalas/es y defensoras/es, autoridades legislativas y ejecutivas, defensoras/es del Pueblo, organizaciones no gubernamentales (ONG) y demás actoras/es de los respectivos sistemas jurídicos.

Ojalá que la obra aquí brevemente prologada permita focalizar desde un prisma humanista, con y desde la sensibilidad social, la lucha por la intangibilidad del principio pro persona, el respeto ineludible por la dignidad de los seres humanos, la cabal realización de la justicia constitucional y convencional, y la eficiente y vigorosa protección de los derechos fundamentales.

Víctor Bazán

Editor académico

San Juan, Argentina, primer trimestre de 2021

ISONOMÍA, DERECHOS HUMANOS, JUSTICIA CONSTITUCIONAL Y OTRAS CUESTIONES RELEVANTES EN ARGENTINA

Víctor Bazán*

INTRODUCCIÓN

Para realizar este trabajo hemos tomado un lapso cronológico suficiente y sensato para efectuar algunas apreciaciones respecto de ciertos temas introducidos a la Constitución Nacional (CN) por la reforma constitucional de 1994 o *aggiornados* por esta en el marco del Estado constitucional y convencional.

Por supuesto, las limitaciones de extensión de este trabajo no permiten ingresar en todos y cada uno de los tópicos involucrados en semejante innovación constitucional, que fue cuantitativa y cualitativamente importante.

* Doctor en Ciencias Jurídicas y Sociales (*summa cum laude*), Universidad de Mendoza (Argentina); posdoctorando, Universidad de Buenos Aires (UBA). Profesor Titular de Derecho Constitucional y Derechos Humanos, de Derecho Procesal Constitucional y de Derecho Internacional Público, Universidad Católica de Cuyo, San Juan (Arg.); juez de Cámara de Apelaciones desde 1999, San Juan (Arg.); miembro originario del Grupo de Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales del Programa Estado de Derecho para Latinoamérica de la Fundación Konrad Adenauer, Bogotá (Colombia); profesor Doctor *Honoris Causa* de la Universidad Ricardo Palma, Lima (Perú); especialista en “Justicia constitucional y protección de los derechos fundamentales”, Pisa (Italia); especialista en “Constitucionalismo y Democracia”, Universidad de Castilla, Toledo (España); especialista en Derechos Humanos, Instituto Internacional de Derechos Humanos “René Cassin”, Estrasburgo (Francia); profesor de posgrado (doctorado, maestría, etc.), según corresponda, en diversas universidades de Argentina y el exterior. Miembro de la International Academy of Comparative Law, París (Francia); miembro individual de la Asociación Internacional de Derecho Constitucional; investigador visitante (*Visiting Scholar*) del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM (México); del Instituto Max-Planck de Derecho Público Comparado y Derecho Internacional, Heidelberg (Alemania); y de la Università degli Studi di Perugia (Italia). Académico Correspondiente de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba (Argentina); miembro del Instituto de Derecho Constitucional de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires. vba_martg@yahoo.com.ar

Así, nos centraremos principalmente en abordar:

1. Algunos ítems significativos en materia de igualdad.
2. El acceso a la información pública y la transparencia como derecho humano.
3. El impacto de la última innovación constitucional en ciertas facetas económicas, financieras, sociales y políticas, algunas de ellas vinculadas directa o indirectamente a la justicia constitucional.
4. Una aproximación a lo que representa un importante avance de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) en el área de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales (Desca).
5. Finalmente, un asunto resuelto por la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN) en defensa de las autonomías municipales, aunque lamentablemente sigue manteniéndose una llamativa omisión inconstitucional en materia de coparticipación federal: la ley convenio a la que hace referencia el artículo 75, inciso 2º, párr. 2º, CN, y la reglamentación del organismo fiscal federal, que deberían haber sido establecidos *antes de la finalización del año 1996*, situación que incluso en la actualidad (segundo semestre de 2021) continúa sin ser salvada.

EN TORNO AL PRINCIPIO DE IGUALDAD

Remozamiento del paradigma de igualdad

La reforma constitucional de 1994 propició la construcción de un renovado formato del *principio de igualdad*, caracterizado por la exigencia de complementación de la *igualdad formal* (art. 16) con la *igualdad material, sustancial o jurídica*, que asoma en varias disposiciones constitucionales.

Ello se verifica, v. gr., en el artículo 37, relativo a la igualdad real de oportunidades entre varones y mujeres para el acceso a cargos electivos y partidarios; y en el artículo 75, incisos 2º: igualdad de oportunidades en todo el territorio nacional; 19: sanción por el Congreso de leyes de organización y de base de la educación que, *inter alia*, promuevan los valores democráticos y la igualdad de oportunidades y posibilidades sin discriminación alguna; y 23: que el Congreso legisle y promueva *medidas de acción positiva* que aseguren la *igualdad real de oportunidades y de trato*, y el pleno goce y ejercicio de los derechos contenidos en la Constitución y los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos.

La idea fue generar una visualización *estructural* de la igualdad, esto es, que entienda como relevante la situación de la persona considerada de manera individual, pero sobre todo como parte de un grupo tradicionalmente postergado.

Punto muy importante estriba en el citado artículo 75, inciso 23, párr. 1º, en cuanto a su tramo final, donde con fines de reivindicación de grupos sistemáticamente soslayados o marginados depara –al menos discursivamente– un plus protector a favor de los *niños, las mujeres, los ancianos y las personas con discapacidad*.

Dos anotaciones al respecto: i) según entendemos, la determinación de los beneficiarios de ese plus tuitivo no se agota con los aludidos expresamente en el texto constitucional, sino que admite otros destinatarios como, por ejemplo, los pueblos indígenas argentinos, a cuyo respecto, el artículo 75, inciso 17, ha reconocido explícitamente *su preexistencia étnica y cultural* y otros derechos y garantías relevantes alojados en la norma en cuestión, así como también, respecto de las familias en “situación de calle”; y ii) por mandato constitucional, los jueces y demás autoridades públicas deberán acatar y aplicar en la práctica esa protección extra que la CN ha dispuesto acordar en beneficio de personas y grupos vulnerables.

La igualdad *no se agota en la no discriminación*. Si bien esta última es muy importante, se requiere una tarea proactiva y activista del Estado para generar un sistema articulado de políticas públicas al respecto, es decir, para que se logre una cabal *igualdad real de oportunidades y de trato* que sea adecuada y sustentable, y que conlleve una actitud de protección de colectivos históricamente desplazados para superar la situación de vulnerabilidad en que se encuentran sumidos.

El citado artículo 75, inciso 23, párr. 2º, establece que el Congreso dictará un régimen de seguridad social especial e integral para la protección del niño en situación de desamparo, desde el embarazo hasta la finalización del periodo de enseñanza elemental, y de la madre durante el embarazo y el tiempo de lactancia.

Para lograr el desiderátum contenido en la CN, se impone fundamental, aunque no exclusivamente, al Congreso afrontar de manera imperiosa el dictado de *medidas de acción positiva* en el marco de políticas públicas articuladas, estructuradas y consistentes, lo que hoy es aún una deuda pendiente.

1 CSJN, “Q. C., S. Y. c/ Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/ Amparo”, 24 de abril de 2012, *Fallos*, 335:452. Los alineamientos fueron los siguientes: la moción que encabeza el fallo fue firmada por los ministros Lorenzetti, Highton de Nolasco, Fayt, Maqueda y Zaffaroni; mientras que en sendos votos individuales se pronunciaron los jueces Petracchi y Argibay.

El flagelo de la pandemia²

Obviamente, no somos ajenos ni indiferentes a la tremenda pandemia que azota al planeta. Todo lo contrario. El covid-19³ interpela intensamente a la humanidad. Ya nada será lo que fue. Asistimos a una situación de emergencia global.

Se vislumbra la imprescindible edificación de un nuevo (y muy distinto) orden internacional. No se trata solo de una cuestión vinculada a la salud, que no es un tema meramente individual, sino una problemática colectiva con múltiples ramificaciones. Un nutrido grupo de derechos, tanto civiles y políticos como económicos, sociales, culturales y ambientales está en juego y, por supuesto, en riesgo.

El horizonte exhibe una prospectiva en la que pareciera observarse el entrecruzamiento de una mixtura de tópicos que envuelven al Estado constitucional y convencional, los derechos humanos, la democracia, la política, la economía, las relaciones sociales, los vínculos afectivos, los contratos laborales, y un largo etcétera.

En esta coyuntura de emergencia, el Estado percibe con más claridad los perjuicios económicos que trae consigo el covid-19, las tensiones sociales que provoca, las crisis sanitarias que desvela; pero también, la pérdida de múltiples puestos de trabajo, la mengua de la capacidad productiva y quebrantos en la cohesión social. Todo ello impele a trabajar por más y mejor democracia. No debemos cejar en esa lucha. Millones de vidas humanas han quedado en el camino, lo que nos genera dolor, angustia e impotencia.

Como mencionábamos, la gravísima calamidad que transitamos no puede ser afrontada de espaldas a los principios democráticos ni a las normas constitucionales y convencionales, salvo con más y mejor democracia, y siempre pensando en los más débiles.

2 Víctor Bazán, “Pandemia, derechos humanos y economía”, en *Ciclo Latinoamericano: Lecciones aprendidas para el Estado de Derecho post COVID-19*, Bogotá, Programa Estado de Derecho para Latinoamérica (KAS), 2020. <https://dialogoderechoshumanos.com/blog/36-ciclo-grupo-constitucional/725-pandemia-derechos-humanos-y-economia>

3 Para aclarar el modo de nombrar a el/la covid-19, encontramos que para la Real Academia Española, la “Organización Mundial de la Salud (OMS) ha propuesto la abreviación covid-19 (a partir de COronaVirus + Disease ‘enfermedad’ + [20]19). El acrónimo covid-19 que nombra la enfermedad causada por el SARS-CoV-2 se usa normalmente en masculino (el covid-19) por influjo del género de coronavirus y de otras enfermedades víricas (el zika, el ébola), que toman por metonimia el nombre del virus que las causa. Aunque el uso en femenino (la covid-19) está justificado por ser enfermedad (*disease* en inglés) el núcleo del acrónimo (COronaVirus Disease), el uso mayoritario en masculino, por las razones expuestas, se considera plenamente válido” (“Crisis del covid-19: sobre la escritura de ‘coronavirus’”, 19 de marzo de 2020). <https://www.rae.es/noticia/tesis-del-covid-19-sobre-la-escritura-de-coronavirus>

Debe comprenderse que el *gasto público en protección social* constituye una *inversión* trascendental cuyos efectos se proyectarán hacia los años por venir.

Existe un nexo muy intenso entre los Desca (también los derechos civiles y políticos), sus contenidos esenciales y la dignidad inherente a las personas y los colectivos humanos, fundamentalmente los excluidos y vulnerables, por lo que resulta perentorio adoptar medidas y políticas públicas articuladas, consistentes e inclusivas de acción positiva en su favor.

Categorías sospechosas (de discriminación) y otros temas

A partir de un repaso elemental del carácter universal de los derechos humanos, se comprueba que este conduce justamente a la *igualdad*, cuyo corolario –como es bien sabido– es la *no discriminación*⁴ por razones de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social (art. 1.1 *in fine*, CADH); enumeración no taxativa y, por tanto, de textura abierta.

En materia de *categorías sospechosas*, doctrina utilizada por la CSJN inspirándose en la Suprema Corte de Justicia de Estados Unidos, el Alto Tribunal argentino instituye una presunción de inconstitucionalidad de todo trato diferenciado sobre la base de alguno de los criterios citados en el párrafo anterior u otras pautas con impronta discriminatoria. En semejantes supuestos, la CSJN, v. gr., en algunos casos referidos al criterio de la nacionalidad, impone un análisis más riguroso e invierte la carga de la prueba, o sea, emplea un *escrutinio estricto*. Ello implica que el Estado debe probar que converge un interés estatal urgente en sostener la diferenciación y que el medio utilizado es el que mejor se ajusta a sus fines.⁵

En un cuadro relacional entre *democracia y derechos humanos básicos en el sistema federal*, aportaría utilidad concreta la visión de Comanducci, quien explica que en la versión de democracia de Bobbio (la democracia no solo como método, sino también como ideal igualitario), de Ferrajoli y otros autores,

... la democracia más allá de ser un procedimiento de toma de decisiones colectivas, es *isonomía*, es decir, igualdad en la distribución a todos de los derechos fundamentales [...]: lo que no se puede decidir son violaciones de los derechos fundamentales; lo que se debe decidir es la implementación de los

4 Mónica Pinto, *Temas de derechos humanos*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 1997, p. 13.

5 Entre otros autores, véase Demian Zayat, “Comentario Art. 75, inc. 23”, en Roberto Gargarella y Sebastián Guidi (dirs.), *Constitución de la Nación Argentina Comentada*, t. II, Buenos Aires, La Ley, 2019, pp. 476 y ss.

derechos fundamentales. La igualdad de todos en los derechos es [...] también un presupuesto de esta versión de la democracia.⁶

Precisamente, la protección y realización de los derechos básicos en nuestro sistema federal debería asegurar aquel piso isonómico. El Congreso –como anunciábamos– cuenta con competencias suficientes para dictar las aludidas acciones positivas que tiendan a lograr la igualdad real de oportunidades para el ejercicio de los derechos, reduzcan las desventajas estructurales, brinden cobertura tuitiva a los grupos más vulnerables, cancelen deudas pendientes de la democracia y permitan una adecuada participación ciudadana en la toma de decisiones relevantes.

Nuestro modelo federal no debería ser un obstáculo, sino más bien un facilitador para el disfrute de los derechos fundamentales consagrados o implícitos en el bloque de constitucionalidad, ya que en los discursos preconstituyentes resonaba la imperiosa necesidad de *fortalecer el federalismo para alcanzar una sociedad más abierta y participativa* y, añadimos por nuestra parte, *más igualitaria*.⁷

El principio de igualdad es una fructífera herramienta contra la mediatización y la exclusión de grupos sociales. En otras palabras, deviene útil para combatir una suerte de estatus de *ciudadanía incompleta*.

Al respecto, se ha precisado que para una familia de juristas compuesta por Fiss, Post, Mackinnon, Thomson y Young (e incluso Mariano Moreno),

... la igualdad constitucional no es solo un antídoto a la discriminación (tratos desiguales irrazonables), sino a la exclusión, la marginalización estructural y la erradicación de grupos (no siempre minoritarios) del proceso de toma de decisiones democráticas por vías directas (como la prohibición del voto) o indirectas (como la destrucción de la autoestima).

Extrapolando tal perspectiva doctrinal a las modificaciones introducidas por la reforma constitucional de 1994, particularmente el nuevo artículo 75, inciso 23 considera que “*la visión de la igualdad como contraria al sometimiento de grupos ha sido expresamente incorporada a la Constitución*”, pudiendo tal relectura de ella constituirse (a bastante más de un siglo y medio desde su sanción originaria) “en una posible respuesta a situaciones de exclusión y marginalización

6 Paolo Comanducci, “Democracia y derechos fundamentales”, en *Hacia una teoría analítica del Derecho. Ensayos escogidos*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2010, p. 40.

7 Al respecto, véase Víctor Bazán, “Cláusula federal y protección de derechos humanos”, Buenos Aires, La Ley, 2018-E.

de grupos que emergieron con mayor evidencia a partir de la crisis social que enfrentó nuestro país a comienzos del siglo XXI y que dejó secuelas que tardarán mucho en desaparecer”⁸ (énfasis añadido).

Para cerrar este punto, vale recordar que la Corte IDH, en su relevante Opinión Consultiva OC-18/03, ha sostenido claramente que el principio de igualdad ante la ley, igual protección ante esta y no discriminación pertenece al *ius cogens*, “permea todo ordenamiento jurídico” (párr. 101) e “impregna toda actuación del poder del Estado” (párr. 100).⁹ Todo lo cual importa un refuerzo cualitativamente apreciable para apuntalar los cimientos del principio de igualdad.

BREVE REFERENCIA AL ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA Y LA TRANSPARENCIA

En su momento –y ante la, por entonces, ausencia de normativa general y expresa para el acceso a la información pública–,¹⁰ la CSJN produjo fallos importantes que permitieron instrumentar la operatividad de ese derecho (catalogado como “fundamental” por la Corte IDH¹¹) en diversos casos, y otorgar transparencia a la información pública.

Algunos de ellos son: “R.P., R.D. c/ Estado Nacional - Secretaría de Inteligencia del Estado y otro s/ Ley 25.326”,¹² de 19 de abril de 2011; “Asociación Derechos Civiles c/ E.N. - PAMI - Dto. 1.172/03 s/ Amparo Ley 16.986”,¹³ de 4 de diciembre de 2012; “CIPPEC c/ E.N. - Ministerio de Desarrollo Social - Dto. 1.172/03 s/

8 Roberto P. Saba, “Igualdad, clases y clasificaciones: ¿Qué es lo sospechoso de las categorías sospechosas?”, en Roberto Gargarella (coord.), *Teoría y crítica del derecho constitucional*, t. II, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2008, p. 741.

9 Corte IDH, Opinión Consultiva OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003, “Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados”, Serie A, núm. 18 (solicitada por México).

10 Véase Marcela Basterra, *El derecho fundamental de acceso a la información pública*, Buenos Aires, Lexis Nexis, 2006.

11 Corte IDH, Caso Claude Reyes y otros vs. Chile, Sentencia de 19 de septiembre de 2006, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, núm. 151, párr. 77.

12 CSJN, *Fallos*, 334:445. Votaron coincidentemente todos los ministros: Lorenzetti, Highton de Nolasco, Fayt, Petracchi, Maqueda, Zaffaroni y Argibay. Más allá de algunas breves consideraciones adicionales, los citados jueces adhirieron al dictamen del procurador general de la Nación.

13 CSJN, *Fallos*, 335:2393. Se pronunciaron coincidentemente los ministros Lorenzetti, Highton de Nolasco, Fayt, Maqueda, Zaffaroni y Argibay; mientras que en voto concurrente lo hizo el juez Petracchi.

Amparo Ley 16.986”,¹⁴ de 26 de marzo de 2014; “Giustiniani, Rubén Héctor c/ Y.P.F. S.A. s/ Amparo por mora”,¹⁵ de 10 de noviembre de 2015; y “Garrido, Carlos Manuel c/ E.N. - AFIP s/ Amparo Ley 16.986”,¹⁶ de 21 de junio de 2016.¹⁷

Aunque el proceso invirtió aproximadamente una década y media, finalmente se sancionó la aludida Ley Nacional 27.275,¹⁸ que vino a cubrir un vacío importante. La aprobación de la ley fue un hecho muy auspicioso, ya que dio vida a una herramienta clave para promover la participación ciudadana en la *transparencia* y el *control* de la gestión pública. De hecho, así lo determina la normativa en cuestión en la parte inicial de su artículo 1, para luego establecer un conjunto de principios en los que se basa, uno de los cuales es el de *transparencia y máxima divulgación*, que dispone que “toda la información en poder, custodia o bajo control del sujeto obligado debe ser accesible para todas las personas”, salvo las excepciones previstas en el artículo 8.

Al menos desde el plano normológico, la presencia de la ley es muy significativa en la medida en que supone la viabilización de la *transparencia*, que es un valor fundamental para la democracia. Se ha sostenido que

... el concepto de transparencia funciona en realidad como un mecanismo que debe ser el resultado de una forma de gobernar, de administrar y de gestionar del Estado, permitiendo el control y la participación de la ciudadanía en las cuestiones públicas. En la práctica, esto debe abarcar los pedidos de acceso a la información pública (en sentido estricto), la obligación del Estado de generar información y ponerla al alcance de los ciudadanos en las modalidades que permitan un amplio acceso (transparencia “proactiva”), y el empoderamiento de los ciudadanos para exigir el cumplimiento de las obligaciones asumidas por el Estado.¹⁹

14 CSJN, *Fallos*, 337:256. Se expidieron convergentemente los ministros Lorenzetti, Fayt y Maqueda; mientras que en votos concurrentes conjuntos se expidieron los jueces Argibay y Petracchi, y en voto individual la ministra Highton de Nolasco.

15 CSJN, *Fallos*, 338:1258. La mayoría estuvo compuesta por los ministros Lorenzetti, Fayt y Maqueda; en disidencia se pronunció la ministra Highton de Nolasco.

16 CSJN, *Fallos*, 339:827. Votaron coincidentemente los jueces Lorenzetti, Highton de Nolasco y Maqueda.

17 Para una síntesis de lo resuelto en cada uno de dichos casos, véase Víctor Bazán, “Justicia y transparencia: panorama y cuestiones conflictivas en el orden federal”, en AA.VV., *Justicia y transparencia. Justicia y división de poderes. Justicia y federalismo. Justicia y desarrollo humano*, Chaco, XXIII Encuentro de Profesores de Derecho Constitucional, Asociación Argentina de Derecho Constitucional, ConTexto, 2017, pp. 19-63.

18 B.O. de 29 de septiembre de 2016. Entró en vigencia el 29 de septiembre de 2017.

19 Cfr. Documento denominado: *Acceso a la información y transparencia en el Poder Judicial. Guía de buenas prácticas en América Latina*, Asociación por los Derechos Civiles, Buenos

El corrimiento del velo de opacidad bajo el cual tradicionalmente ha discurredo la actividad jurisdiccional, sumado a un mayor interés social por el funcionamiento del sistema de justicia, trae un doble efecto positivo: i) una mayor transparencia y el aumento del flujo de información pueden disminuir los márgenes para la discrecionalidad, la corrupción y la arbitrariedad en el comportamiento judicial y de los grupos de interés; y ii) la formación de un conjunto de ciudadanos interesados por el funcionamiento de la justicia, quienes respaldan la labor de esta con su intervención (*constituency*).²⁰

El nivel de desarrollo del Estado constitucional y convencional lleva a concluir que *existe un derecho humano a la transparencia* y, correlativamente, un *deber de las autoridades públicas de garantizarlo responsable y suficientemente*. Es que la transparencia tiene un vínculo estrecho con la rendición de cuentas. Así, y con ser relevante contar en abstracto con el derecho de acceso a la información pública, es imprescindible ejercerlo pragmáticamente para tonificar los canales de participación pública y la *accountability*.

IMPACTO DE LA REFORMA CONSTITUCIONAL EN ASPECTOS ECONÓMICOS, FINANCIEROS, SOCIALES Y POLÍTICOS²¹

Preliminar

Ya con anterioridad a la modificación operada en 1994, el texto constitucional contenía disposiciones con impronta axiológica referidas al orden socioeconómico. Por citar algunos ejemplos, el tramo preambular alude como propósito el *afianzar la justicia, promover el bienestar general y asegurar los beneficios de la libertad*. Asimismo, el artículo 4 se refiere al *tesoro nacional*, con cuyos fondos el Gobierno federal provee a los gastos de la Nación. Y, entre otras referencias que podrían realizarse, el importante (aunque en algunos casos lamentablemente solo programático) artículo 14 bis, en sus tres párrafos, se refiere respectivamente al *derecho del trabajo individual y colectivo y a la seguridad social*.

Aires, p. 18. En la publicación se aclara que los contenidos fueron elaborados por Álvaro Herrero y Gaspar López, mientras que la edición corrió por cuenta de Virginia Feinmann y Mariana Enghelp.

²⁰ *Ibid.*, pp. 18-19.

²¹ Véase para ampliar Víctor Bazán, “Constitución, economía y derechos fundamentales. El caso argentino”, en Víctor Bazán y Marie-Christine Fuchs (eds.), *Constitución y Economía*, Bogotá, Programa Estado de Derecho para Latinoamérica de la Fundación Konrad Adenauer, 2019, pp. 1-48.

ACTUALIDAD DE ALGUNAS PREVISIONES CONSTITUCIONALES RELEVANTES Y OTROS TEMAS

i) Introito

La innovación constitucional generó ciertas variaciones ligadas a aspectos económicos, financieros, sociales, políticos, etc., que exigen puesta en marcha e impulsan a las autoridades competentes a abastecer tales mandatos constitucionales.

Ello, para que las disposiciones introducidas al texto constitucional o remozadas por vía de aquella reforma reciban, más allá de lo normativo, anclaje en la dimensión fáctica. Es que no se puede ignorar que la Constitución posee *vocación de operatividad*. En esa dirección, y sin ánimo de exhaustividad, enunciativamente puede aludirse a los siguientes factores, cuestiones e insumos analíticos.

ii) Sobre el artículo 41 y cuestiones conexas en torno a la temática medioambiental

El artículo 41 se refiere al derecho de todos los habitantes a un ambiente sano, equilibrado, apto para el desarrollo humano y para que las actividades productivas satisfagan las necesidades presentes sin comprometer las de las generaciones futuras. Concretamente, la norma dispone que “las autoridades proveerán a la protección de este derecho, a la utilización racional de los recursos naturales, a la preservación del patrimonio natural y cultural y de la diversidad biológica, y a la información y educación ambientales”, para pasar a señalar que corresponde a la Nación dictar las normas que contengan los presupuestos mínimos de protección,²² y a las provincias, las necesarias para complementarlas, sin que aquellas alteren las jurisdicciones locales.

La muy importante Opinión Consultiva OC-23/17 de la Corte IDH, de 5 de noviembre de 2017 y que retomaremos, rezuma importancia porque es la primera vez que el Tribunal *desarrolla el contenido del derecho al medio ambiente sano*, remarcando –*inter alia*– la innegable relación entre la protección medioambiental y la efectivización de otros derechos humanos.

Acerca del concepto de desarrollo humano, tanto respecto del artículo 41 como de las demás normas a las que aquí se aludirá, vale traer a colación que

22 Por medio de la Ley Nac. 25.675 (B.O. de 28 de noviembre de 2002), conocida como Ley General del Ambiente, se han establecido los presupuestos mínimos para el logro de una gestión sustentable y adecuada del ambiente, la preservación y protección de la diversidad biológica y la implementación del desarrollo sustentable.

conforme al Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD) debe entenderse como un proceso de expansión de las capacidades de las personas y de las libertades efectivas en sus trayectorias de vida. Ello supone ubicar el bienestar de las personas en el centro de la reflexión y concebir el enriquecimiento de las posibilidades humanas como el objetivo clave del desarrollo.

A los efectos de colaborar con el desarrollo humano sostenible y el desarrollo de capacidades en un contexto institucional democrático, en Argentina el PNUD manifiesta enfocar su labor en cuatro áreas: *desarrollo inclusivo* (que comprende empleo, previsión social, servicios sociales básicos, educación, temáticas de juventud); *ambiente y desarrollo sostenible* (apoyando la protección de los ecosistemas y la gestión de recursos naturales, la generación y utilización de energías renovables, la asistencia en desastres y la prevención y mitigación de los efectos del cambio climático, la promoción de la biodiversidad); *governabilidad democrática y promoción de la igualdad de géneros*, transversalizando su enfoque en toda la cartera de proyectos y trabajando por la equidad y la eliminación de las desigualdades.²³

Asimismo, coordina sus actividades con agencias y organismos especializados del sistema de la Organización de las Naciones Unidas (ONU), suministrando asistencia relacionada con las prioridades nacionales para cumplir las metas fijadas en las diferentes cumbres mundiales y, más recientemente, en seguimiento de la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible y los Objetivos de Desarrollo Sostenible, compromiso suscrito en septiembre de 2015.²⁴

Es importante destacar que, en función de aquella Agenda 2030, los Estados miembros de la ONU dirigieron sus esfuerzos a maximizar valores y derechos fundamentales como la dignidad, la prosperidad y la sostenibilidad para los seres humanos y el planeta.

En esa línea de sentido, se ha dicho que:

Los países de América Latina y el Caribe han desempeñado un papel relevante en el desarrollo de esa visión, a través de iniciativas multilaterales que se han traducido en la adopción del *único acuerdo jurídicamente vinculante derivado de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Desarrollo Sostenible (Río+20), el primer tratado sobre asuntos ambientales de la región y el primero en el mundo que incluye disposiciones sobre los defensores de los derechos humanos en*

23 Véase *El PNUD en Argentina*. [https://www.ar.undp.org/content/argentina/es/home/about-us.html#:~:text=Para%20contribuir%20al%20Desarrollo%20Humano,de%20juventud\)%3B%20ambiente%20y](https://www.ar.undp.org/content/argentina/es/home/about-us.html#:~:text=Para%20contribuir%20al%20Desarrollo%20Humano,de%20juventud)%3B%20ambiente%20y)

24 *Idem*.

asuntos ambientales. El Acuerdo Regional sobre el Acceso a la Información, la Participación Pública y el Acceso a la Justicia en Asuntos Ambientales en América Latina y el Caribe, adoptado en Escazú (Costa Rica) el 4 de marzo de 2018 y negociado por los Estados con la participación significativa de la sociedad civil y del público en general, confirma el valor de la dimensión regional del multilateralismo para el desarrollo sostenible. Al vincular los marcos mundiales y nacionales, el Acuerdo establece estándares regionales, promueve la creación de capacidades [en particular, a través de la cooperación Sur-Sur], sienta las bases de una estructura institucional de apoyo y ofrece herramientas para mejorar la formulación de políticas y la toma de decisiones.²⁵ (Énfasis agregado)

El Acuerdo de Escazú, que entró en vigor el 22 de abril de 2021, “Día Internacional de la Madre Tierra”, concentra una potencialidad importante al ser, entre otras cosas: i) el primer acuerdo multilateral en el plano ambiental prohiado por los países de América Latina y el Caribe; ii) un instrumento significativo al colocarse en la línea de exigencia de acercar, articulándolos, el derecho internacional ambiental y los derechos humanos; iii) el primero en el nivel mundial en instituir garantías claras para la protección de defensores y defensoras de los derechos humanos en temas ambientales.

El Acuerdo de Escazú demuestra *cómo y por qué debemos adecuarnos a una visión global y ecosistémica*, que obliga a abandonar preconceptos y estructuras jurídicas vetustas. El Acuerdo en cuestión refleja el compromiso de América Latina y el Caribe con un *desarrollo más justo, sostenible e igualitario*.

Vale recordar que la Comisión Económica para América Latina (Cepal) fue establecida por la Resolución 106 (VI) del Consejo Económico y Social, del 25 de febrero de 1948, y comenzó a funcionar ese mismo año.²⁶

El multicitado Acuerdo de Escazú contiene un importante conjunto de principios: a) Principio de igualdad y principio de no discriminación; b) Principio de transparencia y principio de rendición de cuentas; c) Principio de no regresión y principio de progresividad; d) Principio de buena fe; e) Principio preventivo; f) Principio precautorio; g) Principio de equidad intergeneracional; h) Principio de máxima publicidad; i) Principio de soberanía permanente de los Estados

25 Cfr. António Gutiérrez, “Prólogo”, al Acuerdo Regional sobre el Acceso a la Información, la Participación Pública y el Acceso a la Justicia en Asuntos Ambientales en América Latina y el Caribe, adoptado en Escazú (Costa Rica), el 4 de marzo de 2018, pp. 5-6.

26 En su Resolución 1984/67 del 27 de julio de 1984, el Consejo decidió que la Comisión pasara a llamarse Comisión Económica para América Latina y el Caribe. Para ampliar, véase: <https://www.cepal.org/es/acerca>

sobre sus recursos naturales; j) Principio de igualdad soberana de los Estados; y k) Principio *pro persona*.

Sería injusto no incluir en esta breve reseña el Convenio de Aarhus, sobre *el acceso a la información, la participación del público en la toma de decisiones y el acceso a la justicia en materia de medio ambiente*, que fuera firmado en Aarhus (Dinamarca) el 25 de junio de 1998, y que entró en vigor el 30 de octubre de 2001. El Convenio, que cuenta con 47 Estados parte, fue elaborado en el marco de la United Nations Economic Commission for Europe (Unece) (Comisión Económica de las Naciones Unidas para Europa).²⁷

Dicho Convenio se asienta en tres pilares:

1. *Libre acceso a la información ambiental de los ciudadanos*, lo que comprende el *acceso activo* (v. gr., las administraciones públicas están obligadas a difundir los datos e informaciones ambientales que posean); y el *acceso pasivo* (los ciudadanos también tienen la obligación de proporcionar a las administraciones públicas la información ambiental que les sea solicitada en el plazo de un mes desde su requerimiento).
2. *Participación ciudadana en la toma de decisiones en materia medioambiental*, lo que supone la realización de actividades concretas vinculadas al medio ambiente; el desarrollo de programas y planes de acción para la preservación de aquel, y la elaboración de reglamentos y normativas en materia medioambiental.
3. *Acceso a la justicia medioambiental*, aspecto que no está taxativamente regulado, lo cual puede traducirse como la existencia de un mayor margen de libertad de actuación de los Estados firmantes, tratando de brindar una base jurídica para actuar en casos de violaciones sufridas por los ciudadanos respecto de cualquiera de los dos derechos anteriores. En tal contexto, cada Estado cuenta con la potestad de añadir requisitos y aspectos adicionales de acuerdo con su propia legislación.

Para concluir este punto en particular, debe quedar claro que en la medida en que converja *voluntad política de los Estados y demás actores del sistema*, el Acuerdo de Escazú puede resultar un relevante punto de partida y una herramienta útil en la lucha contra la desigualdad y la discriminación, y para garantizar los derechos de las personas a un medio ambiente sano y al desarrollo sostenible; abrir la puerta a la participación pública en los procesos de toma de decisiones ambientales; acceder a la justicia en cuestiones ambientales, sin

²⁷ A su tiempo, la Unión Europea ha ratificado el Convenio de Aarhus, el 17 de febrero de 2005, luego de emitir las directivas 2003/4/CE y 2003/35/CE, para el acceso a la información ambiental y la participación pública en asuntos medioambientales.

olvidar la importante participación de los defensores y defensoras de los derechos humanos en dichos asuntos.

iii) Acerca del artículo 42

El artículo 42 comprende varios aspectos. Por una parte, los derechos de consumidores y usuarios de bienes y servicios, respecto al consumo, a la protección de su salud, seguridad e intereses económicos; a una información adecuada y veraz; a la libertad de elección, y a condiciones de trato equitativo y digno.

Asimismo, la obligación de las autoridades en punto a proveer la protección de aquellos derechos, la educación para el consumo, la defensa de la competencia contra toda forma de distorsión de los mercados, el control de los monopolios naturales y legales, la calidad y eficiencia de los servicios públicos, y la constitución de asociaciones de consumidores y de usuarios.

A modo de digresión, y específicamente sobre la *competencia respecto de cualquier modo distorsivo en los mercados*, en 2018 se produjo una innovación normativa importante por medio de la sanción de la Ley Nacional 27.442²⁸ (Ley de Defensa de la Competencia), que en su artículo 8o deroga las leyes nacionales 22.262²⁹ y 25.156³⁰ y los artículos 65 a 69 del Título IV de la Ley Nacional 26.993.³¹ Por conducto de la relativamente novel normativa, se diseñó un nuevo modelo regulatorio para la defensa de la competencia, *reglamentando el principio rector de la política económica establecido en el artículo 42 de la CN*.

Para retornar de la visita digresiva, se observa en el segmento final del artículo 42, que el Congreso debe establecer procedimientos eficaces para la prevención y solución de conflictos, y los marcos regulatorios de los servicios públicos de competencia nacional, previendo la necesaria participación de las asociaciones de consumidores y usuarios, y de las provincias interesadas, en los organismos de control.

Este último punto de la citada norma tiende un puente con lo estatuido en el artículo 43, párr. 2º, CN, lo que habilita la interposición del amparo colectivo contra cualquier forma de discriminación y en lo relativo a los derechos que protegen el ambiente, la competencia, al usuario y al consumidor, así como a los derechos de incidencia colectiva en general, el afectado, el defensor del pueblo y las asociaciones que propendan a esos fines, registradas conforme a la ley.

28 B.O. de 15 de mayo de 2018.

29 B.O. de 6 de agosto de 1980.

30 B.O. de 20 de septiembre de 1999.

31 B.O. de 19 de septiembre de 2014.

Es evidente la impronta que la reforma procuró introducir a la CN, con relación a una intensa protección de los derechos de incidencia colectiva, *aunque aún no se logran los consensos necesarios para el dictado de una ley de procesos colectivos*, sin perjuicio de lo cual la CSJN, por vía de las Acordadas 32/2014 y 12/2016, ha creado respectivamente el Registro de Procesos Colectivos y dictado el reglamento de dicha tipología de procesos. Es un principio de avance que debe ser complementado con una ley del Congreso en la materia.

iv) En torno al artículo 75 en su inciso 8°

El artículo 75, inciso 8°, enfoca un tema de gran relieve: la competencia del Congreso para fijar anualmente, conforme a las pautas establecidas en el inciso 2°, párr. 3°, del artículo 75, el presupuesto general de gastos y el cálculo de recursos de la administración nacional, con base en el programa general de gobierno, así como el plan de inversiones públicas y aprobar o desechar la cuenta de inversión.

En esa línea, Garat propone que lo que se denomina *programa constitucional para el desarrollo federal de la Nación Argentina* supone que gobernar es poblar, creando empleo, con arraigo de la población, crecimiento regional en equilibrio y equidad, igualdad de oportunidades en todo el territorio nacional para el desarrollo humano y el progreso económico con justicia social³² y ambientalmente sustentable para las futuras generaciones.³³

En suma, se trata del desarrollo federal que, a juicio del autor citado en el primer párrafo de este apartado, es el *verdadero programa de la CN en materia socioeconómica y cultural*.³⁴

32 La justicia social apunta a la exigencia de generar condiciones de vida mediante las cuales a la persona humana le sea posible desarrollarse de manera digna, para mitigar la postergación y la desigualdad. Aquella se encumbra como uno de los pilares cardinales del derecho internacional de los derechos humanos y es también la base jurídica y axiológica de principios, valores y derechos fundamentales, como subyace en el texto de la CN cuando en el apuntado artículo 75, inciso 19, exhorta al Congreso a proveer lo conducente al desarrollo humano y al progreso económico con justicia social (véase, in extenso, Víctor Bazán, “La protección del derecho a la seguridad social en el Estado Constitucional y Convencional argentino”, *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, Año XXIII, Bogotá, Fundación Konrad Adenauer, 2017, pp. 197-242).

33 Pablo M. Garat, “Aportes desde el derecho constitucional al debate sobre la relación fiscal federal”, en Miguel A. Asensio, Luciano Di Gresia y Pablo M. Garat, *Aportes al debate sobre la relación fiscal federal*, Buenos Aires, Fundación Civildad, 2016, pp. 11 y ss.

34 Pablo M. Garat, “Coparticipación, presupuesto y desarrollo federal”, p. 3.

v) *Un tema sensible*

Por su parte, el artículo 75, inciso 17, se refiere a los derechos de los pueblos indígenas argentinos, cuya preexistencia étnica y cultural ha sido expresamente reconocida en dicha norma.³⁵

Se garantiza, también, el respeto a su identidad y el derecho a una educación bilingüe e intercultural; se reconoce la personería jurídica de sus comunidades, y la posesión y propiedad comunitarias de las tierras que tradicionalmente ocupan, regulándose la entrega de otras aptas y suficientes para el desarrollo humano, determinando que ninguna de ellas será enajenable, transmisible ni susceptible de gravámenes o embargos.

Paralelamente, se asegura su participación en la gestión referida a sus recursos naturales y a los demás intereses que los afecten. Por último, puntualiza que las provincias pueden ejercer concurrentemente las atribuciones contenidas en la disposición constitucional en comentario. Ojalá que tales contenidos constitucionales sean, en algún momento, algo más que solo palabras.

vi) *Respecto del artículo 75, inciso 19*

El artículo 75, inciso 19, puede ser interpretado como continente de una abarcadora cláusula de “desarrollo humano” o “nueva cláusula del progreso” que complementa la no menos generosa “cláusula del progreso” original, cobijada ahora en el inciso 18 de tal norma constitucional.

En un marco de gran amplitud, aquel inciso impone al Congreso “proveer lo conducente al desarrollo humano, al progreso económico con justicia social, a la productividad de la economía nacional”; y “proveer al crecimiento armónico de la Nación [...]; [y] promover políticas diferenciadas que tiendan a equilibrar el desigual desarrollo relativo de provincias y regiones”.

Acerca del desarrollo humano, y más allá del resto de las disposiciones ya mencionadas: artículos 41 y 75, incisos 17 y 19, la normativa implementada por la innovación constitucional efectúa relevantes alusiones al artículo 75, inciso 2º, en materia de *coparticipación federal*, con referencia al desarrollo (sin adjetivaciones); al desarrollo económico y social en el artículo 124; y al desarrollo humano y el progreso económico en el artículo 125, 2º párr.

35 Entre otros trabajos de Víctor Bazán pueden verse: “El reconocimiento del derecho de los pueblos indígenas en la Argentina”, en Sabrina Lanni (coord.), *I Diritti dei Popoli Indigeni in America Latina*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2011, pp. 121-168; y “Los derechos de los pueblos indígenas en clave de derecho interno e internacional”, *Estudios Constitucionales. Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, Año 2, núm. 1, 2004, pp. 37-98.

vii) En punto al artículo 75, inciso 22

El artículo 75, inciso 22, puede ser considerado como la *principal clave de bóveda para comprender la lógica, el espíritu y la dinámica de la renovación constitucional de 1994*.

Procurando sintetizar al máximo la cuestión, se establece la competencia del Congreso para aprobar o desechar tratados concluidos con las demás naciones y con las organizaciones internacionales y los concordatos con la Santa Sede, disponiendo que los tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes, esto es, que ostentan valor suprallegal pero infraconstitucional.

Asimismo, se ha adjudicado jerarquía constitucional *originaria* (o sea, directamente por la convención constituyente) a once instrumentos internacionales en materia de derechos humanos (art. 75, inc. 22, párr. 2º), que hacen que la antigua figura de la “pirámide”, en la que su vértice superior era ocupado en solitario por la Constitución, haya devenido en una especie de “trapezio”, en cuyo plano más elevado comparten espacios, en constante interacción, la ley fundamental y los documentos internacionales sobre derechos humanos con idéntica valía.

A los instrumentos internacionales con magnitud constitucional *originaria* se han añadido con idéntica alcurnia, aunque *derivada* (o sea, discernida por el Congreso de la Nación posteriormente a la reforma constitucional, en función de la habilitación dispensada en el artículo 75, inciso 22, párr. 3º), tres instrumentos más.

En suma, actualmente existe un bloque de 14 documentos internacionales sobre la indicada materia que ostentan rango constitucional en las condiciones de su vigencia, valen tanto como la CN, no derogan artículo alguno de la primera parte del texto constitucional y deben entenderse complementarios de los derechos y las garantías por ella reconocidos.

Vale señalar que los instrumentos internacionales beneficiarios de *jerarquía constitucional originaria* son: la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (DADDH); la Declaración Universal de Derechos Humanos (DUDH); la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH); el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Pidesc); el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) y su Protocolo Facultativo; la Convención sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio; la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (Cedaw); la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, y la Convención sobre los Derechos del Niño.

A esa nómina primigenia de documentos internacionales con jerarquía constitucional *originaria* se han añadido con idéntica alcurnia, aunque *derivada*, la

Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, a la que se ha deparado tal calidad por medio de la Ley Nacional 24.820, publicada el 29 de mayo de 1997; la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad, a la que se ha conferido esa valía mediante la Ley Nacional 25.778, publicada el 3 de septiembre de 2003; y, más recientemente, la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (CDPD), a la que se ha otorgado semejante reconocimiento constitucional por la Ley Nacional 27.044, publicada el 22 de diciembre de 2014.

viii) Relevancia del artículo 75, inciso 23

El artículo 75, inciso 23, como vimos y siempre desde el plano normológico, es una disposición muy importante y potencialmente útil.

En su párrafo inicial insta al Congreso a legislar y promover *medidas de acción positiva* que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato, y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por la Constitución y los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos. En particular, *diagrama una nítida y más densa capa protectora en favor de niños (y niñas), mujeres, ancianos y personas con discapacidad*. Obviamente, en punto a los individuos con capacidades diferentes ese plus tuitivo ha quedado más reforzado todavía con la citada jerarquización constitucional de la CDPD.

A su vez, el párr. 2° de la disposición que reseñamos compele a aquel cuerpo legislativo a dictar un régimen de seguridad social especial e integral en protección del niño en situación de desamparo, desde el embarazo hasta la finalización del periodo de enseñanza elemental, y de la madre durante el embarazo y el tiempo de lactancia.

Si bien en ciertos puntos se ha avanzado, la *performance* congresional para generar medidas de acción positiva y políticas públicas debidamente moduladas y sistematizadas que garanticen un trato isonómico, dista de ser el ideal.

ix) Acerca del artículo 75, inciso 24

Por último, no cabría soslayar el artículo 75, inciso 24, en cuyo párr. 1° se autoriza al Congreso a *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*, estableciendo además que las normas dictadas en su consecuencia tienen jerarquía superior a las leyes.

La disposición en cuestión habilita a que dichos tratados puedan ser suscritos con Estados de Latinoamérica, lo que requerirá la mayoría absoluta de la

totalidad de los miembros de cada Cámara del Congreso; y con otros Estados, para lo cual, 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 120 días del acto declarativo.³⁶

La suscripción de tales instrumentos internacionales en materia de integración puede –al menos en teoría– provocar repercusiones tanto en materia de *Desca*, como en los principios y directrices de la política económica, sin olvidar su impacto en la estructura federal del Estado. Si bien por el momento (primer cuatrimestre de 2021) no ha existido una fuerte y articulada corriente integracionista, salvo algún espasmódico movimiento de desarrollo en determinados aspectos del Mercosur, creado por medio del Tratado de Asunción³⁷ y compuesto actualmente por Argentina, Brasil, Uruguay y Paraguay,³⁸ el esquema mercosureño se encuentra estancado por diversas razones.

Entre ellas, y principalmente, la ausencia de voluntad política para darle definitivamente un sólido impulso; las fuertes asimetrías entre los países que lo integran y, entre otros motivos, los cambios políticos, institucionales e ideológicos que han experimentado los gobiernos de los aludidos cuatro países que lo conforman.

De momento, el Mercosur está en una situación muy difícil desde las dimensiones política, jurídica, económica, sanitaria y un amplio etcétera; naturalmente al igual que los respectivos países que lo conforman.

Un imprescindible paréntesis. No podemos omitir o disimular un dato inculcable, porque lo contrario implicaría ser un *fugitivo de la realidad*. Es que estamos padeciendo las nefastas consecuencias que la pandemia de covid-19 ha producido y continúa generando actualmente, provocando incertidumbre, angustia y dolor. Por eso, las breves palabras que pronunciamos en este segmento del trabajo deben visualizarse en ese contexto: *una suerte de realidad virtual*. Es que en estos momentos el Mercosur es una entelequia. Habrá que aguardar qué

36 Para la denuncia de los tratados referidos en dicho inciso 24 del artículo 75, se exige la previa aprobación de la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cada Cámara.

37 Firmado el 26 de marzo de 1991 por los cuatro países citados en el texto.

38 Debe hacerse notar que, si bien la República Bolivariana de Venezuela también es Estado parte del Mercosur, está *suspendida* en todos los derechos y obligaciones inherentes a tal condición, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 5, párr. 2°, del Protocolo de Ushuaia sobre Compromiso Democrático en el Mercosur. A su turno, el Estado Plurinacional de Bolivia se encuentra en proceso de adhesión. Por su parte, Chile, Colombia, Ecuador, Guyana, Perú y Surinam son Estados asociados.

nos depara el futuro. Fundamentalmente a las personas y los colectivos humanos más vulnerables y marginalizados.

Retomando el hilo de estas consideraciones, se observa que los mensajes discursivos oficiales como los que pontifican que el progreso económico debe alcanzarse con justicia social, que es preciso avanzar en la construcción de una democracia inclusiva, o que deben combatirse flagelos como el trabajo infantil, la trata de personas, la desigualdad, la marginalidad y la precarización laboral, *no pasarán del umbral de las palabras si el Estado no actúa vigorosamente y con el acompañamiento activo de la sociedad civil*, que –empoderamiento mediante– puede aportar una mayor dosis de *representatividad democrática y, por ende, una más fuerte legitimidad a los intentos por satisfacer aquellos propósitos*.

Es del caso recordar que la cohesión social es un elemento clave para la generación y el desarrollo de mecanismos para atenuar las desigualdades estructurales. Es que, como se ha afirmado, los pilares económico, estatal y social, “complementados con políticas públicas destinadas a generar empleo con modelos de producción sostenibles, formarían una buena base para conseguir un proyecto de integración dinamizador del desarrollo en el Cono Sur”.³⁹

Ya la cronológicamente lejana, pero vigente, Declaración Sociolaboral del Mercosur,⁴⁰ firmada en Brasilia el 10 de diciembre de 1998 por los entonces presidentes de los países componentes de tal entidad, prefiguró algunos insumos argumentales útiles como pautas interpretativas y premisas de orientación en el diseño de la normativa y las políticas sociales de dichos Estados parte y del propio modelo de integración.⁴¹

Basta recordar, por ejemplo, la consideración en torno a que estos últimos reconocieron, en los términos del Tratado de Asunción, “que la ampliación de las

39 Nuria Díaz Sacristán y Cristina Fernández Tesoro, *La construcción del Mercosur Social: estructura y ámbitos de actuación*, Madrid, Dykinson, 2011, p. 14.

40 La Declaración Sociolaboral del Mercosur ha sido citada por la CSJN (en criterios mayoritarios o en votos particulares), por ejemplo, *in re*: “Rossi, Adriana María c/ Estado Nacional - Armada Argentina s/ Sumarísimo”, *Fallos*: 332:2715, de 9 de diciembre de 2009; “Pérez Aníbal Raúl c/ Disco S.A. s/ Despido”, *Fallos*: 332:2043, de 1 de septiembre de 2009; “Torrillo Atilio Amadeo y otro c/ Gulf Oil Argentina S.A. y otro s/ Daños y Perjuicios”, *Fallos*: 332:709, de 31 de marzo de 2009; “Aerolíneas Argentinas S.A. c/ Ministerio de Trabajo s/ Otros reclamos”, *Fallos*: 332:170, de 24 de febrero de 2009; y “Silva Facundo Jesús c/ Unilever de Argentina S.A. y otro s/ Enfermedad Accidente”, *Fallos*: 330:5435, de 18 de diciembre de 2007.

41 Véase Víctor Bazán, “Mercosur y derechos humanos: panorama, problemas y desafíos”, en Armin von Bogdandy, Flavia Piovesan y Mariela Morales Antoniazzi (eds.), *Direitos humanos, Democracia e Integração Jurídica: avançando no diálogo constitucional e regional*, Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht, Pontificia Universidade Católica de São Paulo, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2011, pp. 473-529.

actuales dimensiones de sus mercados nacionales, por medio de la integración, *constituyó condición fundamental para acelerar los procesos de desarrollo económico con justicia social*” (énfasis agregado). Además, en ese entonces ya se verificaba como una realidad la necesidad de instituir mecanismos de seguimiento y evaluación de los componentes sociales de la mundialización de la economía, a fin de asegurar la armonía entre progreso económico y bienestar social, al tiempo de considerar que la integración involucra aspectos y efectos sociales cuyo reconocimiento implica la necesidad de prever, analizar y solucionar los diferentes problemas generados, en este ámbito, por esa misma integración.

No es un dato menor que ya en aquel momento se subrayara la importancia de que los Estados parte, además de miembros de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), hubieran ratificado *las principales convenciones que garantizan los derechos esenciales de los trabajadores*, y adoptaran en larga medida las recomendaciones orientadas a la promoción del empleo calificado, las condiciones saludables del trabajo, el diálogo social y el bienestar de los trabajadores.

Se tuvo también en cuenta que los Estados parte estaban comprometidos –o al menos así lo verbalizaron– con las declaraciones, los pactos, los protocolos y otros tratados que integran el patrimonio jurídico universal y regional, entre ellos, la DADDH (1948), la DUDH (1948), la CADH (1969), el Pidesc (1966), el PIDCP (1966), la Carta Interamericana de Garantías Sociales (1948) y la Carta de la Organización de los Estados Americanos (OEA) (1948) y, ¿por qué no?, la Carta Democrática Interamericana, aprobada en la 1ª sesión plenaria, en fecha 11 de septiembre de 2001.

De su lado, no les era desconocido que la integración regional *no puede circunscribirse a la esfera comercial, financiera y económica, sino abarcar también la problemática social*, tanto en lo que respecta a la adecuación de los marcos regulatorios laborales a las nuevas realidades configuradas por esa misma integración y por el proceso de globalización de la economía, como en lo referente al reconocimiento de una plataforma mínima de derechos de los trabajadores en el ámbito del Mercosur, correspondiente a las convenciones fundamentales de la OIT.

Y si a ello se suma la evolución de la jurisprudencia de la Corte IDH en materia de Desca, como se verá a continuación, los estándares normativos de protección y aseguramiento de tales derechos en el seno de los Estados parte del Mercosur,⁴² y en el de la propia estructura de integración, ofrecen un elevado

42 Además, los Estados parte del Mercosur también han ratificado el Protocolo de San Salvador Adicional a la CADH en materia de DESC. Así, en orden cronológico, Uruguay lo hizo el 2 de abril de 1996, Brasil el 21 de agosto de 1996, Paraguay el 3 de junio de 1997 y Argentina el 23 de octubre de 2003.

nivel de exigencia que se satisfaría con acciones y políticas concertadas que van mucho más allá de las palabras y que reclaman conductas consistentes, *además de decisión política*, pues la *dignidad del ser humano*, en tanto que *fin último de los procesos de integración*, está en juego.

UNA RELATIVAMENTE RECIENTE E IMPORTANTE LÍNEA JURISPRUDENCIAL APERTURISTA DE LA CORTE IDH EN MATERIA DE DESCA QUE IMPACTA EN EL ÁMBITO INTERNO

Opinión Consultiva OC-23/17

A propósito de los Desca, y particularmente en referencia a los derechos ambientales, la Corte IDH ha emitido la Opinión Consultiva OC-23/17, de 5 de noviembre de 2017, solicitada por Colombia y titulada “Medio Ambiente y Derechos Humanos”.⁴³ Entre otros puntos sobresalientes, acentuamos algunas consideraciones interesantes del Tribunal Interamericano sobre el particular y la importancia del citado pronunciamiento consultivo:

- Destacó “la relación innegable entre la protección del medio ambiente y la realización de otros derechos humanos”.
- *Por primera vez la Corte IDH desarrolló el contenido del derecho al medio ambiente sano*, que en el ámbito interamericano se encuentra regulado, tanto por lo dispuesto en el artículo 11 del Protocolo de San Salvador, como en el artículo 26 de la CADH, que *contiene los derechos económicos, sociales y culturales*, debido a que bajo dicha norma se encuentran protegidos aquellos derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura contenidas en la Carta de la OEA, en la DADDH (en la medida en que esta última “contiene y define aquellos derechos humanos esenciales a los que la Carta se refiere”) y los que se deriven de una interpretación de la Convención acorde con los criterios establecidos en el artículo 29 de la misma;
- Remarcó la *relación de interdependencia e indivisibilidad que existe entre los derechos humanos, el medio ambiente y el desarrollo sostenible*; reiteró la interdependencia e indivisibilidad existente entre los derechos civiles y políticos, y los económicos, sociales y culturales, puesto que deben ser

43 Corte IDH, Opinión Consultiva OC-23/17, 15 de noviembre de 2017, “Medio ambiente y derechos humanos (obligaciones estatales en relación con el medio ambiente en el marco de la protección y garantía de los derechos a la vida y a la integridad personal - Interpretación y alcance de los arts. 4.1 y 5.1, en relación con los arts. 1.1 y 2 de la CADH)”, Serie A, núm. 23 (solicitada por Colombia).

entendidos integralmente y de forma global como derechos humanos, sin jerarquía entre sí y exigibles en todos los casos ante aquellas autoridades que resulten competentes para ello.

- *Determinó las obligaciones estatales para la protección del medio ambiente.* Enfatizó, *inter alia*, que los Estados están obligados a *respetar y garantizar* los derechos humanos de todas las personas y que esto puede incluir, según el caso en concreto y de manera excepcional, *situaciones que van más allá de sus límites territoriales*. Puntualizó también que los Estados tienen la *obligación de evitar los daños transfronterizos*.
- Estableció las *obligaciones derivadas de respetar y garantizar los derechos a la vida e integridad personal en el contexto de la protección al medio ambiente*. En particular, expresó que los Estados deben: i) *prevenir los daños ambientales significativos*, dentro o fuera de su territorio, lo cual implica que deban regular, supervisar y fiscalizar las actividades bajo su jurisdicción, realizar estudios de impacto ambiental, establecer planes de contingencia y mitigar los daños ocurridos; ii) *actuar conforme al principio de precaución* frente a posibles daños graves o irreversibles al medio ambiente, que afecten los derechos a la vida y a la integridad personal, aun en ausencia de certeza científica; iii) *cooperar* con otros Estados de buena fe para la protección contra daños ambientales significativos; iv) *garantizar el acceso a la información* sobre posibles afectaciones al medio ambiente; v) *garantizar el derecho a la participación pública de las personas*, en la toma de decisiones y políticas que pueden afectar el medio ambiente, y vi) *garantizar el acceso a la justicia*, en relación con las obligaciones estatales para la protección del medio ambiente.

Una noticia alentadora: la justiciabilidad directa de los Desca por conducto del artículo 26 de la CADH

Un importante avance de la Corte IDH en materia de Desca es la justiciabilidad directa de tales derechos por vía del artículo 26 de la CADH,⁴⁴ tema respecto del cual venimos bregando desde hace muchos años, ya que normalmente en sus sentencias en materia de derechos sociales el tribunal interamericano optaba – mayoritariamente – por aplicar el argumento por conexidad y condenar al Estado

44 Para un repaso del tema de la justiciabilidad directa de los Desca en el ámbito del sistema interamericano y otras temáticas convergentes, véase Víctor Bazán, *Derechos económicos, sociales y culturales*, Buenos Aires, Astrea, 2014, pp. 1-182. La segunda parte de la obra fue escrita por Luis Jimena Quesada, pp. 183-237.

en cuestión, v. gr., por violación al artículo 5 de la CADH y no directamente por medio del artículo 26, que –en puridad– es el que corresponde activar y aplicar.

Fundamentalmente a partir del Caso Lagos del Campo vs. Perú⁴⁵ se abre una brecha que ya estaba contenida en votos razonados minoritarios de algunos magistrados que disientían de esa conexidad aplicativa y sostenían que lo correcto era activar derechamente el artículo 26 de la CADH. Lo que en un momento fue minoritario en el seno de la Corte IDH hoy ha pasado a ser mayoritario, al menos de momento.

El caso en cuestión es singularmente importante al liberar el paso hacia la justiciabilidad directa y plena de los Desca, en distintos aspectos: i) con referencia a la violación del derecho a la libertad de expresión desde el plano de las relaciones entre particulares en ámbitos laborales; ii) declarándose por vez primera la vulneración del artículo 26 de la CADH en relación con el artículo 1.1, por la vulneración de la estabilidad laboral del actor; y iii) al aplicar la protección del artículo 16 en conexión con el artículo 26, por la transgresión del derecho de asociación en contextos laborales.

Al Caso Lagos del Campo vs. Perú, en *materia laboral*, le siguieron otros como:

- El Caso Trabajadores Cesados de Petroperú y otros vs. Perú,⁴⁶ sobre la *misma temática*.
- El Caso San Miguel Sosa y otras vs. Venezuela,⁴⁷ que también supone una contribución relevante para la construcción de la jurisprudencia interamericana en torno a los Desca, particularmente acerca de la protección de las personas en ámbitos laborales.
- El Caso Poblete Vilches y otros vs. Chile,⁴⁸ de gran magnitud, puesto que por primera vez se aborda el *derecho a la salud como derecho autónomo y justiciable* por medio del artículo 26 de la CADH.
- El Caso Cuscul Pivaral y otros vs. Guatemala,⁴⁹ que refrenda la puntualización de la Corte IDH en cuanto a la consideración del *derecho a la salud como un derecho autónomo y justiciable*.

⁴⁵ Corte IDH, “Caso Lagos del Campo vs. Perú”, Sentencia de 31 de agosto de 2017, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, núm. 340.

⁴⁶ Corte IDH, Caso Trabajadores Cesados de Petroperú y otros vs. Perú, Sentencia de 23 de noviembre de 2017, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, núm. 344.

⁴⁷ Corte IDH, Caso San Miguel Sosa y otras vs. Venezuela, Sentencia de 8 de febrero de 2018, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, núm. 348.

⁴⁸ Corte IDH, Caso Poblete Vilches y otros vs. Chile, Sentencia de 8 de marzo de 2018, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, núm. 349.

⁴⁹ Corte IDH, Caso Cuscul Pivaral y otros vs. Guatemala, Sentencia de 23 de agosto de 2018, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, núm. 359.

- El Caso Muelle Flores vs. Perú,⁵⁰ de gran significación porque, por un lado, ratifica la competencia de la Corte IDH para examinar violaciones del artículo 26 de la CADH y, paralelamente, afronta de modo directo el *derecho a la seguridad social* como autónomo y justiciable precisamente por medio de aquel multicitado artículo de la Convención, declarando su violación y estableciendo estándares relevantes, dado que la víctima es *un individuo en situación de especial protección por ser una persona mayor con discapacidad*. Por lo demás, la naturaleza y el alcance de las obligaciones que derivan de la protección de la seguridad social incluyen aspectos que tienen una *exigibilidad inmediata* y otros que ostentan un *carácter progresivo*. Respecto de las primeras (*obligaciones de exigibilidad inmediata*), los Estados deberán adoptar medidas eficaces a fin de garantizar el acceso sin discriminación a las prestaciones reconocidas para el derecho a la seguridad social y asegurar la igualdad de derechos entre hombres y mujeres, entre otros. En torno a las segundas (*obligaciones de carácter progresivo*), la realización gradual significa que los Estados parte tienen la obligación concreta y constante de avanzar lo más expedita y eficazmente posible hacia la plena efectividad de dicho derecho, en la medida de sus recursos disponibles, por vía legislativa u otros medios apropiados. Del mismo modo, se impone la obligación de *no regresividad* frente a la realización de los derechos comprendidos. En suma, las obligaciones convencionales de respeto y garantía, así como de adopción de medidas de derecho interno (arts. 1.1 y 2 de la CADH), resultan fundamentales para alcanzar su efectividad.⁵¹

Un reciente caso que bucea en temas de gran relevancia

En un asunto emblemático y relativamente cercano en el tiempo, el Estado argentino fue nuevamente condenado por la Corte IDH. Se trata del Caso Comunidades Indígenas Miembros de la Asociación Lhaka Honhat (Nuestra Tierra) vs. Argentina.⁵²

¿Por qué es tan relevante? Entre otras cosas, porque la Corte IDH por primera vez en ejercicio de su competencia contenciosa, y con mayor o menor solidez y

50 Corte IDH, Caso Muelle Flores vs. Perú, Sentencia de 6 de marzo de 2019, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, núm. 375.

51 La parte final del párrafo pertenece al voto razonado del juez Eduardo Ferrer Mac-Gregor al citado Caso Muelle Flores vs. Perú.

52 Corte IDH, Caso Comunidades Indígenas Miembros de la Asociación Lhaka Honhat (Nuestra Tierra) vs. Argentina, Sentencia de 6 de febrero de 2020, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, núm. 400.

ortodoxia argumental, analizó los hechos partiendo de los *derechos al ambiente sano*, además de los *derechos a la alimentación adecuada, al agua y a la identidad cultural*, todos los cuales fueron catalogados como “autónomos y justiciables” en el contexto del artículo 26 de la CADH.

Un muy importante logro que, ojalá, no sea víctima de una interpretación regresiva que derrumbe o desnaturalice los adelantos que el caso en cuestión trajo consigo en el ámbito temático que abordamos.

Indudablemente, aunque con bemoles, es un avance en el desarrollo jurisprudencial de los Desca, un refuerzo en cuanto al reconocimiento de su justiciabilidad y efectividad, y una contribución tuitiva a derechos que antes eran mediatizados y hoy pasaron a ser directamente exigibles en la ruta jurisdiccional del sistema interamericano.

Es un justo logro, pues tales derechos son fundamentales, varios de ellos son precondiciones para el goce de importantes derechos civiles y políticos y, en definitiva, enaltecen la dignidad de la persona, sobre todo de los individuos y grupos desaventajados y marginados, como de hecho lo son, por ejemplo, las comunidades indígenas.

Es preciso señalar que nuestros jueces y demás autoridades públicas deberán seguir muy de cerca y, sobre todo, aplicar el *control de convencionalidad mediante* los adelantos que en materia de protección en el área de los Desca vienen gestándose de modo pretoriano en el seno del tribunal interamericano.

Así como también, en la dimensión medioambiental, las consideraciones contenidas en la aludida OC-23/17, complementadas con los postulados que en la materia existen en el derecho interno, para procurar asegurar siempre la mejor solución posible desde la vertiente operativa del *principio de humanidad* y la encumbrada premisa *pro persona*.

De esta manera, la Corte IDH

... no solo declaró la violación autónoma, dotando de contenido, a los *derechos a participar en la vida cultural (en lo atinente a la identidad cultural)*, al *medio ambiente sano*, a la *alimentación adecuada y al agua*, sino que además abordó [...], la verdadera magnitud de las violaciones que sufren los miembros pertenecientes a estos pueblos y comunidades, al considerar a estos como sujetos colectivos de derechos cuando no pueden disponer y usar de manera plena tanto la tierra como los elementos inmersos en el territorio (recursos naturales) que, en conjunto, *constituye una visión holística a la protección de sus derechos*.⁵³ (Énfasis agregado)

53 Eduardo Ferrer Mac-Gregor, “Lhaka Honhat y los derechos sociales de los pueblos indígenas”, *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, REEI, núm. 39, 2020. DOI: 10.17103/reei.39.01.

Antes de pasar a las valoraciones que cerrarán este trabajo, debemos consignar que el caso en cuestión se entroniza como un notable antecedente para el sistema interamericano de derechos humanos, con aportaciones de relieve en el marco del derecho internacional de los derechos humanos (DIDH), lo que constituye una

... respuesta a los injustos procesos de desposesión que los pueblos indígenas y tribales han sufrido de manera sistemática en diversas latitudes del continente americano. No solo se trata de *justicia social* –lo cual resulta vital en la región que se perpetúa como la más desigual del mundo–, sino de reivindicación de todos y cada uno de los derechos involucrados, atendiendo a la propia cosmovisión y a la simbiosis espiritual que dichos pueblos y comunidades mantienen con su territorio.⁵⁴ (Énfasis agregado)

LA CSJN Y UNA SENTENCIA ALECCIONADORA PARA PRESERVAR LAS AUTONOMÍAS MUNICIPALES

En la causa “Recurso de hecho deducido por la Municipalidad de La Rioja en la causa Intendente Municipal Capital s/ Amparo”,⁵⁵ resuelta el 11 de noviembre de 2014, la CSJN admitió el recurso de hecho planteado por el intendente de la ciudad de La Rioja en orden a que el Superior Tribunal de Justicia provincial se pronunciara sobre la *omisión* de esa provincia en dictar una ley de coparticipación municipal.

Como sustento de la decisión, y entre otras consideraciones, el Alto Tribunal sostuvo que:

- La reforma de la CN en 1994 introdujo el mandato de autonomía municipal en el artículo 123, según el cual *cada provincia debe diseñar su modelo de coparticipación con los municipios*.
- Al momento de dictar el fallo, solo criterios discrecionales gobernaban la distribución de fondos a los municipios por parte de la provincia, y la Municipalidad de la Capital había sido particularmente discriminada en el reparto. En ese sentido puntualizó que, a la luz del principio constitucional de autonomía municipal en los órdenes institucional, político, administrativo, económico y financiero, no podía haber real autonomía municipal si se privaba a los municipios del sustento económico-financiero

⁵⁴ *Idem*.

⁵⁵ CSJN, *Fallos*, 337:1263. Votaron concordantemente los ministros Lorenzetti, Highton, Fayt y Maqueda.

indispensable para que prestaran aquellos servicios públicos inherentes a su autonomía institucional.

- Aunque la Constitución provincial ya desde 1998 establecía en 2 artículos (168 y 173) las características del modelo de coparticipación municipal que debía implementarse en la provincia, el Poder Legislativo *nunca dictó la ley necesaria para precisar su contenido*.
- La CSJN desestimó en particular el argumento del Superior Tribunal provincial según el cual la omisión del Poder Legislativo de La Rioja no podía ser objeto de una acción judicial por constituir una “cuestión política no justiciable”; y que a más de 16 años de la vigencia de la Constitución provincial –por ese entonces–, no resultaba posible sostener que el dictado de la ley de coparticipación municipal –es decir, *el acatamiento de la Constitución*– quedara condicionado a la concreción de acuerdos políticos entre provincia y municipios que en todo ese tiempo no habían sido logrados. Tales mandatos no podían quedar subordinados a la posibilidad o no de obtener aquellos acuerdos sin considerar la irrazonable demora en alcanzarlos, siendo que, por voluntad popular ya consensuada por el pueblo de La Rioja en su Constitución, *la provincia debía sancionar una ley de coparticipación municipal*.
- El Gobernador y la Legislatura debían realizar todos los esfuerzos necesarios para *asegurar el cumplimiento de la Constitución*, proveyendo los recursos financieros a sus municipios de acuerdo con parámetros preestablecidos.
- La Corte Suprema subrayó la gravedad que ostentaba la ausencia de esta ley, al recordar que durante la Convención Constituyente Nacional de 1994 se señaló que correspondía la intervención federal de la Provincia “si no se asegura el régimen cualificado de la autonomía municipal en las provincias”.

En definitiva, el Máximo Tribunal hizo lugar a la queja, declaró procedente el recurso extraordinario interpuesto, dejó sin efecto la sentencia apelada, y ordenó que los autos volvieran al tribunal de origen a sus efectos. Se trata de una causa muy relevante para nuestro alicaído federalismo, fundamentalmente porque reivindica las autonomías municipales.

Finalmente, y ante el impulso inicial de la Corte Nacional en el citado fallo, y logrados los consensos pertinentes en el ámbito local, se aprobó la Ley Provincial 9.782 que regula el Régimen de Coparticipación de Impuestos entre la provincia de La Rioja y sus municipalidades. Fue sancionada por la Cámara de Diputados el 19 de noviembre de 2015 y entró en vigor el 1 de enero de 2016.

La ley en cuestión es producto de una lucha federal para fortalecer las autonomías de los municipios. Ya el buen funcionamiento de aquella dependerá de otros factores, primordialmente de la *voluntad política* de las autoridades pertinentes.

Por lo demás, insistimos que en la columna del debe no puede obviarse que, según la disposición transitoria sexta de la Constitución, la ley convenio a la que hace referencia el artículo 75, inciso 2°, párr. 2°, en materia de coparticipación federal y la reglamentación del organismo fiscal federal, deberían haber sido establecidos *antes de la finalización del año 1996*. Tal mandato constitucional no se ha cumplido, e incluso al presente (primer semestre de 2021) la ley convenio no ha sido aún sancionada y nada hace presagiar que pudiera serlo en un futuro próximo.⁵⁶ Concorre aquí una *clara omisión inconstitucional*.⁵⁷

EPÍLOGO

1. A más de un cuarto de siglo de la reforma constitucional de 1994 se observan avances en materia de derechos humanos, pero también omisiones como la relativa a la falta de dictado de la ley convenio en materia de coparticipación federal y la reglamentación del organismo fiscal federal de acuerdo con lo ordenado en el artículo 75, inciso 2°, párr. 2°, CN. Otro tanto ocurre con algunas de las promesas contenidas en el artículo 14 bis, varias de ellas incumplidas.
2. En materia de *igualdad*, la idea-fuerza de los constituyentes pareciera haber consistido en generar una visualización *estructural* de la misma, esto

56 Continúa rigiendo en la materia la Ley Nacional 23.548, publicada el 26 de enero de 1988, que establecía a partir del 1 de enero de 1988 el “Régimen *Transitorio* de Distribución de Recursos Fiscales entre la nación y las provincias” (énfasis agregado). Por la fecha de su sanción, no incluyó en su texto primigenio a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (CABA) ni a la Provincia de Tierra del Fuego, Antártida e Islas del Atlántico Sur (último territorio nacional en ser provincializado). De hecho, el artículo 8 de la ley se refiere a “la Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires y al Territorio nacional de Tierra del Fuego”. Ya por medio del artículo 1 del Decreto Nacional 705/2003 (B.O. de 27 de marzo de 2003), se establece desde el 1 de enero de 2003, la participación correspondiente a la CABA en el monto total recaudado. Por su parte, el artículo 1 del Decreto Nacional 2.456/90 (B.O. de 29 de noviembre de 1990), texto según el artículo 2 del Decreto Nacional 702/99 (B.O. de 7 de julio de 1999), fija la participación que le corresponde a la Provincia de Tierra del Fuego, Antártida e Islas del Atlántico Sur en el monto total de la masa de fondos por distribuir.

57 Sobre el tema puede verse el libro de Víctor Bazán, *Control de las omisiones inconstitucionales e inconvencionales. Recorrido por el derecho y la jurisprudencia americanos y europeos*, México, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación y Programa Estado de Derecho para Latinoamérica de la Fundación Konrad Adenauer, 2017, *passim*.

- es, que se juzgue como relevante la situación de la persona considerada de modo individual, pero, sobre todo, como parte de un grupo históricamente postergado. Se dio paso, así, a un nuevo modelo de igualdad que surge de la complementación de la igualdad formal con la igualdad material, debiendo adoptarse medidas de acción positiva para una consistente igualdad real de oportunidades y trato en todos los aspectos.
3. Es preciso resguardar y asegurar el derecho fundamental de acceso a la información pública y el derecho –también básico– a la transparencia. La contribución de la ética a la democracia es fundamental para el abordaje de asuntos como el accionar diáfano, la rendición de cuentas, el papel de los órganos de control y la impartición de justicia.⁵⁸ Por lo demás, satisfacer la demanda ciudadana para que se destierren conductas corruptas y prácticas de opacidad, al tiempo de elevar la calidad institucional, son igualmente asignaturas pendientes que deben ser atendidas de manera perentoria.
 4. El artículo 75, inciso 23, párr. 1º, CN, en su segmento final, normatiza expresamente un plus de protección a favor de *niños (y niñas), mujeres, ancianos y personas con discapacidad*, aunque no se trata de un *numerus clausus*, sino que comprende a otros beneficiarios como, por ejemplo, los pueblos indígenas y las familias en “situación de calle”.
 5. Resulta muy importante el avance jurisprudencial de la Corte IDH en materia de justiciabilidad directa de los Desca por conducto del artículo 26 de la CADH, lo que –control de convencionalidad mediante– repercute en el ámbito interno respecto de zonas temáticas sensibles como el plano laboral, el derecho a la salud y el relativo a la seguridad social, nómina que no contiene un *numerus clausus* sino que, por vía de la doctrina judicial, generará de modo paulatino senderos para incidir en pro de la mayor y mejor protección de derechos fundamentales que reclaman atención y realización.
 6. La OC-23/17 de la Corte IDH es trascendente porque enfatiza la innegable conexión entre la protección del ambiente y la efectivización de otros derechos humanos; asimismo, en cuanto a que, por vez primera, este tribunal ha desarrollado el contenido del derecho al *medio ambiente sano*, deparando una serie de pautas y consideraciones que deberán ser tomadas en cuenta por jueces y demás autoridades públicas en el ámbito interno.

⁵⁸ Ricardo Uvalle Berrones, “La importancia de la ética en la formación de valor público”, *Estudios Políticos*, 9ª época, núm. 32, 2014, p. 63.

7. Es ostensible la ausencia de un sólido sistema de políticas públicas articuladas y sistematizadas para dar cumplimiento a los derechos esenciales establecidos expresamente en la Constitución, y otros que, aunque implícitos, reclaman y merecen ser realizados.

Como se ha puntualizado, ninguna sentencia judicial aislada (ni siquiera de la CSJN), ninguna ley por sí sola va a solucionar los problemas de la eficacia de los derechos, a lo cual se añade que

... se necesitan políticas públicas coordinadas. Lo que hacen las sentencias de la Corte es decir cuáles son los derechos que tienen estas personas, y estos derechos han sido incorporados en estas sentencias judiciales. Por lo tanto son efectivos, tienen que implementarse, son obligatorios, son normas jurídicas cuyo incumplimiento genera responsabilidad. *Pero de nada sirve si no tenemos [...] políticas sociales que implementen los demás poderes del Estado.* Esto lleva a la *excesiva judicialización de los problemas de derechos humanos, el cual no es el mejor escenario.*⁵⁹ (Énfasis agregado)

8. La creciente *interrelación de derechos y políticas sociales* es indisputable. Con ser apreciable la labor de *defensa* de los derechos humanos, actualmente ella por sí sola se revela exigua (y en consecuencia ineficaz) si no se la acompaña de una *tarea proactiva de fiscalización de las políticas públicas* para enfocar los inconvenientes estructurales que subyacen a las violaciones concretas de aquellos derechos.
9. Es preciso incidir en la formación o la corrección de tales políticas, focalizadas en valores como la equidad y la justicia sociales, la isonomía, la solidaridad y la dignidad individual y social, eje alrededor del cual gira todo modelo protector serio de derechos, libertades y garantías.
10. Finalmente, vemos que la letal pandemia que afrontamos se reinventa constantemente creando nuevas cepas del virus. Ello nos impone un reto descomunal de magnitud sistémica que, como tal, requiere y reclama esfuerzos plurales. Nadie se salvará solo. La humanidad está en vilo.

BIBLIOGRAFÍA

BASTERRA, Marcela, *El derecho fundamental de acceso a la información pública*, Buenos Aires, Lexis Nexis, 2006.

59 Ricardo Lorenzetti, “Salud mental, legislación y derechos humanos en Argentina”, en Hugo Cohen (comp.), *Salud mental y derechos humanos: vigencia de los estándares internacionales*, núm. 65, Buenos Aires, Organización Panamericana de la Salud, 2009, p. 22.

- BAZÁN, Víctor, “Constitución, economía y derechos fundamentales. El caso argentino”, en Víctor BAZÁN y Marie-Christine FUCHS (eds.), *Constitución y Economía*, Bogotá, Programa Estado de Derecho para Latinoamérica de la Fundación Konrad Adenauer, 2019.
- BAZÁN, Víctor, “Cláusula federal y protección de derechos humanos”, Buenos Aires, La Ley, 2018-E.
- BAZÁN, Víctor, “La protección del derecho a la seguridad social en el Estado Constitucional y Convencional argentino”, *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, Año XXIII, Bogotá, Fundación Konrad Adenauer, 2017.
- BAZÁN, Víctor, “Justicia y transparencia: panorama y cuestiones conflictivas en el orden federal”, en AA.VV., *Justicia y transparencia. Justicia y división de poderes. Justicia y federalismo. Justicia y desarrollo humano*, XXIII Encuentro de Profesores de Derecho Constitucional, Asociación Argentina de Derecho Constitucional, Chaco, ConTexto, 2017.
- BAZÁN, Víctor, “Mercosur y derechos humanos: panorama, problemas y desafíos”, en Armin VON BOGDANDY, Flavia PIOVESAN y Mariela MORALES ANTONIAZZI (eds.), *Direitos humanos, Democracia e Integração Jurídica: avançando no diálogo constitucional e regional*, Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2011.
- BAZÁN, Víctor, “El reconocimiento del derecho de los pueblos indígenas en la Argentina”, en Sabrina LANNI (coord.), *I Diritti dei Popoli Indigeni in America Latina*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2011.
- BAZÁN, Víctor, “Los derechos de los pueblos indígenas en clave de derecho interno e internacional”, *Estudios Constitucionales. Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, Año 2, núm. 1, Santiago de Chile, Universidad de Talca, 2004.
- BAZÁN, Víctor, *Control de las omisiones inconstitucionales e inconventionales. Recorrido por el derecho y la jurisprudencia americanos y europeos*, 2ª ed. ampl. y actualiz., México, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación y Programa Estado de Derecho para Latinoamérica de la Fundación Konrad Adenauer, 2017.
- BAZÁN, Víctor (dir.), *Vulneraciones a los derechos humanos. Reparaciones por responsabilidad internacional de los Estados*, Buenos Aires, Astrea, 2020.
- BAZÁN, Víctor y Luis JIMENA QUESADA, *Derechos económicos, sociales y culturales*, Buenos Aires, Astrea, 2014.
- COMANDUCCI, Paolo, “Democracia y derechos fundamentales”, *Hacia una teoría analítica del Derecho. Ensayos escogidos*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2010.
- DÍAZ SACRISTÁN, Nuria y Cristina FERNÁNDEZ TESORO, *La construcción del Mercosur Social: estructura y ámbitos de actuación*, Madrid, Dykinson, 2011.

- FEINMANN, Virginia y Mariana ENGHELP, *Acceso a la información y transparencia en el Poder Judicial. Guía de buenas prácticas en América Latina*, Buenos Aires, Asociación por los Derechos Civiles. <http://siteresources.worldbank.org/PSGLP/Resources/accesoalainformacionytransparencia.pdf>
- FERRER MAC-GREGOR, Eduardo, “Lhaka Honhat y los derechos sociales de los pueblos indígenas”, *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, junio 2020, REEI, núm. 39. DOI: 10.17103/reei.39.01.
- GARAT, Pablo M., “Aportes desde el derecho constitucional al debate sobre la relación fiscal federal”, en Miguel A. ASENSIO, Luciano DI GRESIA y Pablo M. GARAT, *Aportes al debate sobre la relación fiscal federal*, Buenos Aires, Fundación Civildad, 2016.
- GUTERRES, António, “Prólogo”, *Acuerdo Regional sobre el Acceso a la Información, la Participación Pública y el Acceso a la Justicia en Asuntos Ambientales en América Latina y el Caribe*, adoptado en Escazú, Costa Rica, el 4 de marzo de 2018.
- LORENZETTI, Ricardo, “Salud mental, legislación y derechos humanos en Argentina”, en Hugo COHEN (comp.), *Salud mental y derechos humanos: vigencia de los estándares internacionales*, 65, Buenos Aires, Organización Panamericana de la Salud, 2009.
- PINTO, Mónica, *Temas de derechos humanos*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 1997.
- PROGRAMA DE LAS NACIONES UNIDAS PARA EL DESARROLLO (PNUD), *El PNUD en Argentina*. [https://www.ar.undp.org/content/argentina/es/home/about-us.html#:~:text=Para%20contribuir%20al%20Desarrollo%20Humano,de%20juventud\)%3B%20ambiente%20y](https://www.ar.undp.org/content/argentina/es/home/about-us.html#:~:text=Para%20contribuir%20al%20Desarrollo%20Humano,de%20juventud)%3B%20ambiente%20y)
- ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS (OEA), Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales: “Protocolo de San Salvador”, suscrito en San Salvador, El Salvador, el 17 de noviembre de 1988, en el décimo octavo periodo ordinario de sesiones de la Asamblea General de OEA.
- REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, “Crisis del COVID-19: sobre la escritura de ‘coronavirus’”, 19 de marzo de 2020. <https://www.rae.es/noticia/crisis-del-covid-19-sobre-la-escritura-de-coronavirus>
- SABA, Roberto P., “Igualdad, clases y clasificaciones: ¿Qué es lo sospechoso de las categorías sospechosas?”, en Roberto GARGARELLA (coord.), *Teoría y crítica del derecho constitucional*, t. II, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2008.
- UVALLE BERRONES, Ricardo, “La importancia de la ética en la formación de valor público”, *Estudios Políticos*, 9ª época, núm. 32, 2014.
- ZAYAT, Demian, “Comentario art. 75, inc. 23”, en Roberto GARGARELLA y Sebastián GUIDI (dirs.), *Constitución de la Nación Argentina Comentada*, t. II, Buenos Aires, La Ley, 2019.

Jurisprudencia

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN (CSJN), “Q. C., S. Y. c/ Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/ Amparo”, 24 de abril de 2012, *Fallos*, 335:452.

CSJN, *Fallos*, 334:445.

CSJN, *Fallos*, 335:2393.

CSJN, *Fallos*, 337:256.

CSJN, *Fallos*, 337:1263.

CSJN, *Fallos*, 338:1258.

CSJN, *Fallos*, 339:827.

Fallos y Opiniones Consultivas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (CORTE IDH), Caso Muelle Flores vs. Perú, Sentencia de 6 de marzo de 2019, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, núm. 375.

CORTE IDH, Caso Cuscul Pivaral y otros vs. Guatemala, Sentencia de 23 de agosto de 2018, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, núm. 359.

CORTE IDH, Caso Poblete Vilches y otros vs. Chile, Sentencia de 8 de marzo de 2018, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, núm. 349.

CORTE IDH, Caso San Miguel Sosa y otras vs. Venezuela, Sentencia de 8 de febrero de 2018, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, núm. 348.

CORTE IDH, Caso Trabajadores Cesados de Petroperú y otros vs. Perú, Sentencia de 23 de noviembre de 2017, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, núm. 344.

CORTE IDH, Caso Lagos del Campo vs. Perú, Sentencia de 31 de agosto de 2017, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, núm. 340.

CORTE IDH, Caso Claude Reyes y otros vs. Chile, Sentencia de 19 de septiembre de 2006, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, núm. 151.

CORTE IDH, Opinión Consultiva OC-23/17, 15 de noviembre de 2017, Medio ambiente y derechos humanos (obligaciones estatales en relación con el medio ambiente en el marco de la protección y garantía de los derechos a la vida y a la integridad personal - interpretación y alcance de los arts. 4.1 y 5.1, en relación con los arts. 1.1 y 2 de la CADH), Serie A, núm. 23 (solicitada por Colombia).

CORTE IDH, Opinión Consultiva OC-18/03, 17 de septiembre de 2003, Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados, Serie A, núm. 18 (solicitada por México).

EL ROL DEL JUEZ CONSTITUCIONAL EN BRASIL: ENTRE EL ACTIVISMO Y EL LEGALISMO

Mônia Clarissa Hennig Leal*

INTRODUCCIÓN

En el presente estudio se analizarán, a partir de algunos fallos del Supremo Tribunal Federal (STF) respecto al derecho a la salud en Brasil, cómo el juez constitucional viene cumpliendo con su rol de garantía de los derechos fundamentales –entre activismo y legalismo– en los últimos diez años. Para ello, primero se traza un panorama del proceso de conformación de la jurisdicción constitucional en el país y sus características, que han dado como resultado un Tribunal “protagonista” y mediático, con fuerte presencia e inserción en la vida social. Segundo, se habla sobre la perspectiva democrática de la Constitución de 1988 y su preocupación por la garantía de los derechos fundamentales, que componen un amplio bloque de constitucionalidad. Finalmente, se discutirá sobre las sentencias seleccionadas, para hacer una crítica acerca de la actuación de la Corte, con especial enfoque en su relación con los demás poderes y la legitimidad de sus decisiones.

ORÍGENES DE LA JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL BRASILEÑA: INSTITUCIONALIDAD NORTEAMERICANA

Brasil adopta, de forma bastante compleja, un modelo mixto de control de constitucionalidad, resultado de una evolución histórica que se remonta a la instauración de la República (1889), con la adopción del modelo difuso de inspiración

* Posdoctorado en la Ruprecht-Karls Universität, Heidelberg (Alemania); doctorado en Derecho, Universidade do Vale do Rio dos Sinos (Unisinos). Profesora del Programa de Posgrado en Derecho, maestría y doctorado de la Universidade de Santa Cruz do Sul (Unisc). profa.moniam@gmail.com

estadounidense, asociado a una progresiva incorporación de nuevos elementos a lo largo del tiempo, identificados con una lógica de control concentrado, especialmente a partir de la Constitución de 1967 (período del régimen militar).¹

En la Constitución de 1824, otorgada por el emperador don Pedro I poco después de la independencia de Portugal (1822), no constaba, naturalmente, alguna referencia a la posibilidad de fiscalización de la constitucionalidad de las leyes por parte del Poder Judicial, ya que, en la línea del pensamiento revolucionario francés, la tarea de guardián de la Constitución se concibió como una actividad de carácter eminentemente político,² a cargo del poder moderador ejercido por el propio emperador, en la condición de representante de la nación.

Con la proclamación de la República (1889), a su vez, fueron introducidos en el país conceptos como federación, tripartición de poderes y presidencialismo, de inspiración estadounidense, incluida la figura de la *judicial review*, de manera que, a partir de la Constitución de 1891, se adoptó un control de constitucionalidad difuso. La Carta confería al Supremo Tribunal Federal (cuya creación fue directamente inspirada en la *Supreme Court*) competencia para juzgar, en grado de recurso extraordinario,³ sentencias de las jurisdicciones de los Estados miembros en que hubiera contestación respecto de la validez de leyes o de actos de gobierno en contra de la Constitución (art. 59, III, § 1º, b). Así, dado que en Estados Unidos el control de constitucionalidad de los actos legislativos y ejecutivos es el resultado de una construcción jurisprudencial de la Suprema Corte, nacida del voto “exponencial” de Marshall en el caso *Marbury vs. Madison* (1803), en Brasil ha sido instituido por expresa previsión constitucional,⁴ aunque no exenta de algunos problemas operacionales, relacionados con los efectos meramente *inter partes* de la decisión.⁵

1 Paulo Napoleão Nogueira da Silva, *A evolução do controle da constitucionalidade e a competência do Senado Federal*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1992, p. 30.

2 Lênio Luiz Streck, *Jurisdição Constitucional e hermenêutica*, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2002, p. 331. Es interesante destacar la información dada por el autor en el sentido de que, en los casi setenta años que transcurrieron hasta la promulgación de la Constitución de la República (1891), ese control fue llevado a cabo en solo dos ocasiones.

3 Según Bonavides, la aplicación de la vía de excepción únicamente por medio del recurso extraordinario identifica la concepción liberal de las instituciones patrias, enfocadas preponderantemente, desde la Constitución de 1891, en la defensa y salvaguardia de los derechos individuales (Paulo Bonavides, *Curso de Direito Constitucional*, São Paulo, Malheiros, 1996, p. 293).

4 Oswaldo Aranha Bandeira de Mello, *A teoria das Constituições rígidas*, São Paulo, José Bushatsky, 1980, p. 157.

5 “Como se isso não bastasse, com o advento da República, importamos o sistema de controle difuso jurisdicional vigente nos Estados Unidos. Lamentavelmente, os republicanos

Para salvar esa dificultad, en la Constitución de 1934 se introdujo la posibilidad de suspensión, por parte del Senado,⁶ de la norma considerada inconstitucional, como estrategia para atribuir eficacia *erga omnes* a las decisiones y, así, suprimir la falta del *stare decisis*⁷ en un sistema jurídico de tradición romano-germánica. Además, se han introducido otras dos innovaciones: a) la acción directa de inconstitucionalidad “interventiva”⁸ (art. 7º, inc. I, lit. a y b), justificada por un contexto histórico de búsqueda de superación de la fragmentación política de la vieja República, con vistas a la consolidación de la unidad nacional; b) la necesidad de mayoría absoluta de votos de los miembros de los tribunales para la declaración de inconstitucionalidad del acto o ley del Poder Público (art. 179), disposiciones estas que se incorporaron definitivamente a los textos constitucionales siguientes, permaneciendo hasta la actualidad.⁹

Ya la Carta de 1937, producto del autoritarismo del Nuevo Estado, es tenida como un retroceso en lo que concierne al control de constitucionalidad, una vez

brasileiros não se deram conta da relevante circunstância de que os Estados Unidos dispunham de uma fórmula apta a conceder efeito *erga omnes* (advinda da tradição inglesa – o *stare decisis* – próprio do sistema jurídico da *common law*) às decisões da *Supreme Court*. Por incrível que possa parecer, em plena República, durante quarenta e três anos ficamos sob os auspícios de um sistema de controle jurisdicional difuso que não dispunha de mecanismo capaz de estender os efeitos das decisões do Supremo Tribunal Federal. Ou seja, cada decisão proferida pelo STF, no exercício do controle difuso de constitucionalidade, continha apenas efeito *inter-partes*” (Lênio Luiz Streck, “A hermenêutica, a lei e a justiça: a discussão dos obstáculos ao acontecer da Constituição”, en *Demandas sociais e políticas públicas*, Santa Cruz do Sul, Edunisc, 2001, p. 2).

- 6 Esta previsión de suspensión de la ley por el Senado ha permanecido en los textos constitucionales posteriores, estando presente también en el artículo 52, X, de la Constitución de 1988. Destaca Polletti, con todo, al trazar una interesante reflexión sobre el tema, que se trata de una *suspensión*, y no de una revocación de la ley (Ronaldo Polletti, *Controle da constitucionalidade das leis*, Rio de Janeiro, Forense, 1985, pp. 142-143).
- 7 Más recientemente, esa deficiencia fue suprimida por medio de la Súmula Vinculante, introducida por la Enmienda Constitucional 45/2004, en la que se reconoce al Supremo Tribunal Federal la posibilidad de editar Súmula con efecto vinculante para todos los órganos jurisdiccionales y administrativos (excluido el Poder Legislativo, en observancia de su autonomía legislativa).
- 8 Esta intervención se tiene como un gran avance rumbo al control concentrado, directo, de constitucionalidad, al prever que el examen de la constitucionalidad ya no se daría solo incidentalmente, sino por medio de una “provocación” (sic) cuyo objeto era la declaración misma de constitucionalidad de la ley que decretaba la intervención federal (Bonavides, *Curso de Direito*, op. cit., p. 297).
- 9 José Afonso da Silva, *Curso de Direito Constitucional Positivo*, São Paulo, Malheiros, 1997, p. 54.

que lo ha sometido a un reexamen por parte del Parlamento,¹⁰ disposición casada por la Constitución democrática de 1946. La gran innovación del periodo se dio, con todo, por medio de la expedición de dos leyes ordinarias que instituyeron un nuevo instrumento procesal: la acción directa declaratoria de inconstitucionalidad, de efectos *erga omnes*, que tenía por objeto la defensa del bien común, lo que cumplía con la propuesta del procurador general de la República.¹¹

Pero las posibilidades de apreciación de la constitucionalidad por esta vía eran limitadas, ya que su previsión legal contenía solamente los actos vinculados a los casos de intervención federal, situación que fue modificada por medio de la Enmienda Constitucional 16, del 26 de noviembre de 1965 (periodo marcado por la dictadura militar, iniciada en marzo de 1964), que ha ampliado el ámbito de control atribuyendo al Supremo Tribunal Federal competencia para juzgar, originariamente, una ley o un acto de naturaleza normativa, federal o estadual, propuesta por el procurador general de la República (art. 2º, lit. k), de modo que cualquier ley podría ser objeto de un juicio de constitucionalidad por medio de una acción directa y específica (de inspiración europea, basada en Kelsen), destinada exclusivamente al examen de compatibilidad con el texto constitucional vigente.

Esas disposiciones se mantuvieron durante el Régimen Militar, regido por la Constitución de 1967 y por la Enmienda Constitucional 1, de 1969, sin haber, por consiguiente, una evolución significativa respecto del tema en el periodo que ha servido para la consolidación del modelo concentrado de control.

Con la redemocratización del país, con todo, la jurisdicción constitucional ha tenido nuevo impulso, ya que la Constitución de 1988 ha mantenido las figuras existentes en los modelos anteriores, potencializándolas e instituyendo, además, la inconstitucionalidad por omisión (art. 102, párr. 2º) que vino a ampliar¹² el rol de legitimador para la proposición de acciones en el ámbito concentrado ante el Supremo Tribunal Federal, razón por la cual se puede afirmar que los avances

10 Su artículo 96 señalaba que, incluso declarada la inconstitucionalidad de una ley por el Supremo Tribunal Federal, el jefe del Ejecutivo podría someter tal ley a la consideración del Congreso Nacional, con lo que la decisión del Supremo Tribunal Federal quedaba sin efecto, incluso si la ley fuese confirmada por dos tercios de los votos de cada una de las casas legislativas.

11 Bonavides, *Curso de Direito*, op. cit., p. 279.

12 Antes, la legitimación era solo del procurador general de la República; con la Constitución de 1988, ella fue extendida al presidente de la República, a las mesas directoras del Senado Federal, de la Cámara de los Diputados y de las Asambleas Legislativas de los Estados, al gobernador del Estado, al Consejo Federal de la Orden de Abogados de Brasil, a los partidos políticos con representación en el Congreso Nacional y a los sindicatos o entidades de clase de ámbito nacional (art. 103).

más significativos se dan en el sentido de intensificación y de refuerzo de la jurisdicción concentrada, aun cuando no se haya abandonado el control difuso.¹³

La Constitución brasileña vigente conforma, por tanto, una conjugación de los modelos estadounidense (difuso) y europeo (concentrado) de justicia constitucional,¹⁴ ya que en ambos tiene competencia el Supremo Tribunal Federal¹⁵ para desplegar la función de guardián de la Constitución, sea por la vía recursiva (recurso extraordinario), en cuanto órgano de cúpula del Poder Judicial, o bien por la vía directa¹⁶ (competencia del *Plenum*), siendo posible afirmar que actúa, al mismo tiempo, como Suprema Corte y como Tribunal Constitucional.

LA JURISDICCION CONSTITUCIONAL BRASILEÑA Y SU TAREA DE GUARDIÁN DE LA CONSTITUCIÓN (SOCIAL Y DEMOCRÁTICA) DE 1988. LA CONFORMACIÓN DEL BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD

Si de un lado las instituciones de la República brasileña retratan, en su origen y conformación, una innegable influencia estadounidense, no se puede decir lo mismo de la Constitución y de sus contenidos, históricamente identificados con las tendencias del constitucionalismo europeo continental. Especialmente en lo que concierne a la Constitución de 1988, es evidente la aproximación a la noción de constitución social y democrática, típica de la segunda posguerra, basada en el respeto a la dignidad humana y en la protección de los derechos fundamentales.

13 Silva, *Curso de Direito*, op. cit., p. 54.

14 Para una visión más amplia sobre la estructuración del complejo sistema de control de constitucionalidad adoptado por Brasil, véase Mônia Clarissa Hennig Leal, “Die brasilianische Verfassungsgerichtsbarkeit zwischen US-amerikanischer Institutionalisierung und deutschen Rechtsdenken“, en Uwe Kischel (org.), *Der Einfluss des deutschen Verfassungsdenkens in der Welt: Bedeutung, Grenzen, Zukunftsperspektiven*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2014, pp. 27-48.

15 Es la posición de Tucci, cuando asevera que “pode ser afirmado, sem receio de equívoco, que continuam vigorando, concomitantemente, em nosso ordenamento jurídico, os sistemas de controle *concentrado* e de controle *difuso* de constitucionalidade de lei ou de outro ato normativo do Poder Público” (Rogério Lauria Tucci y José Rogério Cruz e Tucci, *Constituição de 1988 e processo*, São Paulo, Saraiva, 1989, pp. 104-105).

16 En el ámbito del control difuso, esta actuación se da por la vía del recurso extraordinario, en el cual el Supremo Tribunal Federal actúa como verdadera instancia recursiva, analizando la constitucionalidad de determinados dispositivos legales en casos concretos, en los moldes de lo que hace la Suprema Corte norteamericana; ya en el control concentrado, la competencia para el juzgamiento de las acciones directas, de naturaleza abstracta, es del Pleno, semejante a la de los tribunales constitucionales europeos.

Así, si en términos estructurales ya se había evidenciado, a lo largo del tiempo, un proceso de aproximación con el sistema europeo de control de constitucionalidad (dimensión procedimental), por medio del refuerzo de las acciones de naturaleza concentrada y directa ante el Supremo Tribunal Federal, también en términos de contenido (dimensión material), esta vinculación se ha reforzado.¹⁷

Promulgada en un contexto de redemocratización, pasados largos veinte años de dictadura, aun cuando no sea el resultado de una asamblea constituyente democráticamente elegida, la Constitución de 1988 es consecuencia de un significativo movimiento popular (conocido como “Diretas Já”) y posee amplio carácter democrático, teniendo como elemento central la dignidad humana¹⁸ asociada a una extensa gama de derechos fundamentales e instrumentos de garantía, además de abrir espacio institucional para la participación política de los ciudadanos, no solo por medio del voto, sino también con mecanismos diversos (tales como la acción popular, los consejos, los comités, el referendo y el plebiscito, entre otros).¹⁹

La centralidad de los derechos fundamentales viene evidenciada ya por su localización en el texto; contrariamente a las cartas anteriores que los relacionaban solo al final, como contenidos últimos (y condicionados, por tanto, en cierta medida, a los aspectos organizacionales del Estado y sus instituciones), aquí ellos aparecen en el inicio (art. 5º y ss.), asociados a los principios fundamentales de la República –tales como la forma federativa del Estado, la separación de poderes, el régimen democrático, la dignidad humana y la formación de una sociedad libre, justa y solidaria (arts. 1º al 4º)– de manera que ahora son ellos los que sirven como fundamento para la comprensión de todos los demás elementos tratados en la secuencia (incluso los poderes y la sociedad).

La dignidad humana aparece como el *telos* último, la *ratio essendi* del ordenamiento jurídico, y todos los contenidos constitucionales se encuentran comprometidos con su realización, que se da por medio del respeto de los derechos fundamentales que, al tiempo de atribuirles sentido, son también conformados por ella.²⁰

17 Mônia Clarissa Hennig Leal, “Transcendência dos motivos determinantes da decisão: comentário ao AgRg na Rcl 11.477/CE do Supremo Tribunal Federal”, *Revista dos Tribunais*, núm. 929, 2013.

18 Ingo Wolfgang Sarlet, *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição de 1988*, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2015.

19 Rogério Gesta Leal, *Teoria do Estado: cidadania e poder político na modernidade*, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2004, p. 47.

20 Sarlet, *Dignidade da pessoa*, op. cit., p. 84.

En este sentido, el rol de los derechos es extenso y amplio,²¹ por lo que resulta evidente la preocupación por su efectividad, al ser dotados de eficacia inmediata (art. 5º, párr. 1º) y amparados por un amplio espectro de acciones y de *writs* constitucionales destinados a su tutela, conforme se desprende de la tabla 1.

Tabla 1. Acciones y *writs* constitucionales

Control concentrado (STF - Pleno)	Objeto	Parámetro
Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADIn)	■ Normas abstractas ■ Federales o estaduais ■ Solo normas posteriores a la CF/88	■ Cualquier norma de la Constitución
Ação Declaratória de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO)	■ Omisión del legislador frente a una obligación constitucional expresa de reglamentar determinada materia	■ Solo normas constitucionales que deben ser reglamentadas
Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC)	■ Normas abstractas ■ Solo normas federales → exigencia de controversia interpretativa ■ Solo normas posteriores a la CF/88	■ Cualquier norma de la Constitución
Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF)	■ Normas abstractas + actos concretos del Poder Público ■ Federales, estaduais o municipales ■ Anteriores o posteriores a la CF/88 ■ OBS: acción de naturaleza subsidiaria	■ “Precepto fundamental” de la Constitución ■ OBS: interpretación de lo que sea “precepto fundamental” a cargo del Supremo Tribunal Federal

21 Sirve como indicativo el hecho de que la Constitución de 1988 ha incorporado los derechos humanos previstos en la Declaración de la ONU, de 1948, positivados como derechos fundamentales; así, los derechos y las garantías individuales están previstos en el artículo 5º (en un total de casi ochenta incisos, pasando por el derecho a la vida, a la igualdad, a la libertad de reunión y de manifestación, libertad religiosa y de creencia, acceso a la justicia, debido proceso, prohibición de la pena de muerte, etc.), en cuanto los derechos sociales están instituidos, principalmente, en el artículo 6º (derechos sociales en sentido amplio, como educación, habitación, alimentación adecuada, cultura, entre otros) y en el artículo 7º (derechos de los trabajadores, vacaciones remuneradas, 13º salario, licencia por maternidad, adicionales de insalubridad y de peligro, jornada de trabajo, etc.).

<i>Writs</i> constitucionales	Objeto	Competencia
<i>Habeas Corpus</i>	▪ Libertad de locomoción	▪ Difusa (conforme la autoridad)
<i>Habeas Data</i>	▪ Obtención de informaciones personales en bancos de datos → derecho de naturaleza personalísima	▪ Difusa (conforme el sujeto pasivo)
Mandado de Segurança (individual e coletivo)	▪ Derecho “líquido y cierto”	▪ Difusa (conforme a la autoridad coactora)
Mandado de Injunção	▪ Derecho constitucional no reglamentado	▪ Difusa (conforme al responsable de la omisión legislativa)
Ação Popular	▪ Acto lesivo al patrimonio público	▪ Difusa (juicio común ordinario – incluso contra el presidente de la República)
Ação Civil Pública	▪ Derechos difusos y colectivos	▪ Difusa

Fuente: elaboración propia.

A eso se suma la incorporación de algunos elementos operativos de protección desarrollados por la teoría y por la jurisprudencia constitucionales, como la noción de “mínimo existencial” (*Existenzminimum*) y de dimensión objetiva de los derechos fundamentales, de la cual resultan conceptos como el “deber de protección estatal” (*Schutzpflicht*) y la “prohibición de protección deficiente” (*Untermassverbot*), bien como el fenómeno de constitucionalización del derecho (*Ausstrahlungswirkung*) y la vinculación de los particulares o eficacia horizontal de los derechos fundamentales (*Drittwirkung*).²²

Este aspecto se refuerza con la inserción en el texto de valores y de objetivos reconocidos como fundamentales, siendo la Constitución comprendida como “orden jurídico fundamental de la colectividad”, orientado por determinados principios de sentido que, a partir del reconocimiento de una pluralidad de concepciones de vida y del carácter conflictivo de la realidad social (que deben ser considerados en ocasión de su interpretación y aplicación), instituyen los valores políticos,

22 Es importante destacar que la producción teórica brasileña sobre el tema es significativa, visibilizada sobre todo a nivel de posgrado (maestrías y doctorados en Derecho), en su mayoría, por las discusiones relativas al derecho constitucional y a los derechos fundamentales. Actualmente hay 105 Programas en el área del Derecho autorizados por la Capes (órgano de fiscalización del gobierno federal) en Brasil. Para más información sobre la incorporación de estos conceptos, véase Mônia Clarissa Hennig Leal, *Jurisdição Consitucional aberta: reflexões sobre os limites e a legitimidade da jurisdição constitucional na ordem democrática*, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2007.

culturales y sociales de esta misma colectividad.²³ Tales elementos acaban por atribuirle un fuerte carácter de principios, de naturaleza abierta, carente de concreción, lo que pone en evidencia y demanda una actividad hermenéutica e interpretativa que defina los contornos y la extensión de cada uno de esos derechos.

El reconocimiento de la complejidad asociada a la aplicación de la Constitución conduce, a su vez, a la necesidad de ampliación de los mecanismos de conocimiento y de acceso a esta realidad por parte de los magistrados, lo que ha llevado a la incorporación de algunos instrumentos destinados a una apertura de los procedimientos constitucionales (como es el caso del *amicus curiae*²⁴ y de las audiencias públicas²⁵) que, sumadas a las iniciativas del Supremo Tribunal Federal en el sentido de ampliar su contacto con la sociedad,²⁶ buscan “democratizar” la jurisdicción.

Tanto la Ley 9.868/99²⁷ (que regula la Ação Direta de Inconstitucionalidade – ADIn) como la Ley 9.882/99 (referente a la Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF), ambas acciones del control concentrado, prevén

23 Konrad Hesse, *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, Heidelberg, C. F. Müller, 1999.

24 Sobre la figura del *amicus curiae* en el Supremo Tribunal Federal, véase Mônia Clarissa Hennig Leal y Rosana Helena Maas, *O ‘amicus curiae’ e o Supremo Tribunal Federal: fundamentos teóricos e análise crítica*, Curitiba, Multideia, 2014.

25 Fueron realizadas, de 2007 hasta el inicio de 2020, treinta audiencias públicas por el Supremo Tribunal Federal, en acciones relacionadas con los más variados temas, tales como la interrupción del embarazo de anencéfalos (ADPF 54), la posibilidad de investigaciones con embriones (ADIn 3.510/DF), las cuotas raciales para ingreso a universidades públicas (ADPF 186 e ADC 41), la entrega de medicamentos de alto costo por el Estado (STA 175), el nuevo marco civil de internet (RE 1.037.396), la ley seca (ADI 4.103), biografías no autorizadas (ADI 4.815), la importación de neumáticos usados (ADPF 101), entre otras. www.stf.jus.br/audienciaspublicas

26 Es posible citar como ejemplos las iniciativas pioneras de transmisión en vivo de los juzgamientos por la TV Justicia, así como la implementación del “Portal del Ciudadano” en el sitio electrónico del Supremo Tribunal Federal, además de la inclusión de la Corte en el ambiente virtual, por medio de YouTube, donde puede acceder a los videos con los juzgamientos más importantes, así como formular preguntas a los ministros –el ministro Gilmar Ferreira Mendes, por ejemplo, en la condición de presidente del STF, respondía semanalmente a las cuestiones más frecuentes de los internautas–. Para más detalles véase Supremo Tribunal Federal, *Dispõe sobre questões organizacionais, notícias relevantes e conteúdo de julgamentos*. www.stf.jus.br

27 Artículo 7º, § 2º da Lei 9.868/99: o relator, considerando a relevância da matéria e a representatividade dos postulantes, poderá, por despacho irrecorrível, admitir, observado o prazo fixado no parágrafo anterior, a manifestação de outros órgãos ou entidades.

la posibilidad de intervención del *amicus curiae*,²⁸ que se caracteriza por servir como fuente de información sobre aspectos importantes, poco conocidos o controvertidos sobre la materia objeto de apreciación por el Tribunal, profundizando su discusión y, consecuentemente, propiciando una “mejor” decisión. Para su habilitación en el proceso (sujeta a un juicio discrecional del Relator), además de la representación por abogado, se hace necesaria la observancia de dos requisitos: la representatividad de los postulantes y la relevancia del tema; además, está habilitado para presentar memoriales y sustentarlos oralmente.²⁹

Habiendo abordado lo anterior, se discurrirá brevemente acerca de un aspecto que se podría considerar como una marca distintiva de la jurisdicción constitucional brasileña en esta última década: su mediatización.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL Y MEDIATIZACIÓN

El Supremo Tribunal Federal está integrado por once ministros, nominados por el presidente de la República,³⁰ y su aprobación está condicionada por el Senado Federal.³¹

28 El instituto del *amicus curiae* (amigo de la Corte) es originario del derecho norteamericano, donde fue institucionalizado en los inicios del siglo XX y ha adquirido relieve en cuanto instrumento que posibilita que terceros ajenos al caso (que no son partes en el proceso), pero que, por algún motivo, tienen interés o aportan alguna contribución sobre la materia en discusión, elaboran y presentan al juez un informe (*brief*) compuesto por precedentes no examinados o no invocados por las partes, además de cuestiones de derecho útiles y relevantes para la solución del caso. Esa manifestación es, a su vez, neutral, y no tiene carácter de defensa o toma de posición con relación a los litigantes. Al respecto véase J. F. Spriggs y P. J. Wahlbeck, “Amicus curiae and the role of information at the Supreme Court”, *Political Research Quarterly*, vol. 50, núm. 2, 1997, pp. 365-386; también Paul M. Collins Jr., “Friends of the Court: examining the influence of *amicus curiae* participation in U.S. Supreme Court litigation”, *Law and Society Review*, vol. 38, núm. 4, 2004, pp. 807-832.

29 Artículo 131 del Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal.

30 Artículo 101 da CF/88: O Supremo Tribunal Federal compõe-se de onze Ministros, escolhidos dentre cidadãos com mais de trinta e cinco e menos de sessenta e cinco anos de idade, de notável saber jurídico e reputação ilibada. Parágrafo único. Os Ministros do Supremo Tribunal Federal serão nomeados pelo Presidente da República, depois de aprovada a escolha pela maioria absoluta do Senado Federal.

31 Cabe mencionar que, a lo largo de los más de cien años de historia de la República, solo dos nominados al cargo de ministro del STF han sido reprobados por el Senado; esto ocurrió incluso en la primera República, y no ha tenido efectividad práctica en los tiempos recientes (STF, <http://portal.stf.jus.br/textos/verTexto.asp?servico=sobreStfAcervoArquivo>).

Especialmente desde la redemocratización del país, temas altamente relevantes y controvertidos han sido sometidos al Tribunal, lo que ha despertado el interés mediático por la institución y por su forma de actuación. Además, en el contexto de la “sociedad de la información”, se faculta a cada ciudadano para acompañar, en tiempo real –no solamente por la prensa oficial, sino también por las redes sociales³²– la argumentación de cada uno de los magistrados y las decisiones tomadas por la Corte.

Esa interacción ha ganado aún más fuerza con la transmisión en vivo, para todo el país, de las Sesiones Plenarias, por medio de un canal de televisión propio, conocido como TV Justicia, creado en 2002, por medio de la Ley 10.461/2002.

Esa característica de deliberación pública es, conforme Barroso,³³ una peculiaridad del sistema brasileño:

No caso do Supremo Tribunal Federal, em particular, a primeira característica distintiva relevante é que o tribunal delibera em sessão pública. Na maior parte dos países, sem embargo da existência de uma audiência pública, de um *hearing*, com a intervenção dos advogados, o processo de discussão e decisão é interno, em conferência reservada, na qual participam apenas os ministros ou juízes. A deliberação pública é uma singularidade brasileira. A transmissão ao vivo dos julgamentos, por uma televisão oficial, constitui traço distintivo ainda mais original, talvez sem outro precedente pelo mundo afora.

En la visión del Ministro Ricardo Lewandowski,³⁴ “a transmissão televisiva, a presença do público leigo, inclusive, não só dos operadores, dá certa legitimação, até porque o Supremo motiva não só oralmente, como também por escrito, as suas decisões”.

32 En octubre de 2009, el Supremo Tribunal Federal creó su canal oficial en la comunidad de videos más popular de internet, el YouTube, y ha sido la primera Corte Suprema del mundo en hacerlo. Publica videos de juicios, también presenta programas producidos por la TV Justicia, y, en octubre de 2012, ya registraba un total de 17.085.022 accesos. Actualmente, el canal posee 323 mil inscritos.

33 Luís Roberto Barroso, “No mundo ideal, Direito é imune à política; no real, não”, Consultor Jurídico, 16 de fevereiro de 2010. <https://www.conjur.com.br/2010-fev-16/mundo-ideal-direito-imune-politica-real-nao-bem-assim?pagina=2>

34 Ricardo Enrique Lewandowski, “O protagonismo do Poder Judiciário na era dos direitos”, *Revista de Direito Administrativo*, vol. 251, 2013, pp. 77-85, 84. <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/7529/6043>

Otro aspecto que favorece la interacción entre el Supremo Tribunal Federal y la sociedad está dada por la impronta de los juzgamientos,³⁵ que traen cada vez más asuntos de profunda repercusión política y social, los cuales despiertan el interés de la población y hacen que el Poder Judicial –y en especial el Supremo Tribunal Federal– sean incorporados a la cotidianidad de las personas (incluso de aquellas que no tienen conocimiento técnico y no son operadores jurídicos). Las decisiones adquieren realce en los periódicos y son compartidas en las redes sociales, lo que genera comentarios y debate público.

Es innegable que esa apertura produce impactos positivos en la sociedad y contribuye a la republicanización –en el sentido de *res publica*– de la más alta Corte del país. Pero la mediatización tampoco puede transformar el juicio en un espectáculo, donde la actuación de los magistrados se convierta en verdadera *performance* para el público y la toma de decisiones se encuentre marcada por el clamor social.

Esas medidas –tales como la disponibilidad y transmisión de las sesiones del Órgano Pleno por YouTube y por un canal de televisión– revelan una búsqueda de mayor interacción con la población, la cual se torna aún más necesaria y relevante en un escenario de judicialización y de protagonismo del Poder Judicial:

No constitucionalismo democrático, o exercício do poder envolve a interação entre as cortes judiciais e o sentimento social, manifestado por via da opinião pública ou das instâncias representativas. A participação e o engajamento popular influenciam e legitimam as decisões judiciais, e é bom que seja assim. Dentro de limites, naturalmente.³⁶

Y uno de los temas en que la judicialización se torna más evidente en el contexto brasileño es, precisamente, el derecho a la salud, respecto al cual se ha dado una fuerte actuación judicial en el sentido de su concreción, lo que ha generado

35 En los últimos años fueron objeto de apreciación por el Supremo Tribunal Federal temas como la posibilidad de realización de investigaciones con embriones (ADIn 3.510); interrupción del embarazo de anencéfalos (ADPF 54); cuotas raciales para ingreso en Universidades y en concursos públicos (ADPF 186 e ADC 41); constitucionalidad de las uniones homoafectivas (ADPF 132 e ADI 4.277/DF); prestación de medicamentos de alto costo por el Sistema Único de Salud (STA 175); garantías del proceso de *impeachment* (ADPF 378); juzgamiento del “Mensalão” (Ação Penal 470); constitucionalidad del *homeschooling* (RE 888.815), entre otros.

36 Luís Roberto Barroso, “Constituição, Democracia e Supremacia Judicial: Direito e Política no Brasil contemporâneo”, *RFD- Revista da Faculdade de Direito - UERJ*, vol. 2, núm. 21, 2012, p. 40.

un fenómeno que se ha convenido en llamar de “judicialización de la salud”,³⁷ que será objeto de análisis en el siguiente apartado.

El Supremo Tribunal Federal y el derecho a la salud (judicialización de la salud)

Aun cuando el texto constitucional califique el modelo de Estado adoptado por Brasil como democrático de derecho,³⁸ y no propiamente como un Estado social, no quedan dudas de que estos aspectos ocupan un rol destacado en el orden constitucional, aspecto que se manifiesta en los objetivos fundamentales enumerados en su artículo 3º,³⁹ y también en la incorporación de un amplio espectro de derechos sociales: “Art. 6º - Son derechos sociales: la educación, la salud, la alimentación, el trabajo, la vivienda, el transporte, la recreación, la seguridad, la previsión social, la protección a la maternidad y la infancia, la asistencia a las personas desamparadas, de conformidad con esta Constitución”.

La Constitución se encarga, por tanto, de ir delineando las esferas de protección destinadas a cada uno de esos contenidos, por medio de su organización y estructuración en títulos específicos. En el caso del derecho a la salud,⁴⁰ por ejemplo, estas disposiciones están contenidas en una sección propia, incluida en el Título VII - “Del Orden Social”, que, entre otros aspectos, dispone que:

Art. 196: La salud es un derecho de todos y un deber del Estado que ha de ser garantizado mediante la estructuración de políticas sociales y económicas destinadas a reducir el riesgo de padecer enfermedades y otras contingencias, así como

37 Para más informaciones respecto al tema, consultar el reporte anual del Consejo Nacional de Justicia (CNJ), que traza un mapa de la judicialización de la salud en Brasil (Conselho Nacional De Justiça, *Judicialização da Saúde no Brasil: perfil das demandas, causas e propostas de solução*, Brasília, DF, Insper, 2019. <https://static.poder360.com.br/2019/03/relatorio-judicializacao-saude-Insper-CNJ.pdf>

38 Artículo 1º: La República Federativa de Brasil, formada por la unión indisoluble de la Unión, de los Estados, de los Municipios y del Distrito Federal, se constituye en un Estado Democrático de Derecho y tiene como fundamentos.

39 Artículo 3º: Constituyen objetivos fundamentales de la República Federativa de Brasil: I- construir una sociedad libre, justa y solidaria; II- garantizar el desarrollo nacional; III- erradicar la pobreza y la marginalización y reducir las desigualdades sociales y regionales; IV- promover el bien de todos, sin preconceptos de origen, raza, sexo, color, edad o cualesquiera formas de discriminación.

40 Mariana Filchitiner Figueiredo y Ingo Wolfgang Sarlet, *Algumas considerações sobre o direito fundamental à proteção e promoção da saúde nos 20 anos da Constituição Federal de 1988*, Brasília, Supremo Tribunal Federal, 2009. <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo.pdf>

el acceso universal e igualitario a las acciones y servicios para su promoción, protección y recuperación.

La prestación del derecho a la salud se opera por medio del llamado Sistema Único de Salud (SUS), gestionado de forma compartida por las tres esferas federativas –Unión, Estados-miembros y municipios– que tienen fijados por el propio dispositivo constitucional los porcentajes mínimos y recursos financieros que deben obligatoriamente ser aplicados (art. 200).

El acceso al SUS es universal e integral (aun cuando sea posible la asistencia privada⁴¹), de manera que se propone atender a todos, indistintamente, y no solamente a los necesitados,⁴² incorporando igualmente acciones de prevención y asistenciales, conforme se lee en las directrices que lo rigen:

Art. 198: Las acciones y los servicios públicos de salud integran una red regionalizada y jerarquizada y constituyen un sistema único, organizado de acuerdo con las siguientes directrices: I- la descentralización, cuenta con una única dirección en cada esfera de gobierno; II- la atención integral, con prioridad para actividades preventivas, sin perjuicio de los servicios asistenciales; III- la participación de la comunidad.

Párrafo Único: El Sistema Único de Salud será financiado, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 195, con recursos del presupuesto de la seguridad social, de la Unión, de los estados, del Distrito Federal y de los municipios, además de otras fuentes.

Se trata, por tanto, de un derecho de naturaleza eminentemente prestacional⁴³ y objeto de reiteradas demandas judiciales,⁴⁴ que incluyen desde el pago de

41 Artículo 199: La asistencia a la salud es libre a la iniciativa privada.

42 En ese sentido, la Constitución democrática de 1988 ha avanzado significativamente en comparación con el modelo anterior, incorporado por la Constitución brasileña de 1967, que proporcionaba asistencia de salud solamente para los “necesitados”.

43 El constitucionalista portugués Canotilho identifica tres especies de derechos a prestaciones: a) protección por el Estado (p. ej., protección del Estado frente a otros ciudadanos, por medio de las normas penales); b) participación en procedimientos (p. ej., que el Estado garantice a los ciudadanos la participación en los procedimientos administrativos, etc.); c) prestaciones fácticas (prestaciones en sentido estricto). Según el autor, solamente la tercera de ellas es típica del Estado social, de modo que los derechos prestacionales son anteriores a ello (José Joaquim Gomes Canotilho, *Estudos sobre direitos fundamentais*, Coimbra, Coimbra Editora, 2004, p. 50).

44 Según datos del reporte “Justicia en números”, del Consejo Nacional de Justicia (CNJ), en 2011 tramitaban 240.980 demandas judiciales relativas al derecho a la salud; en 2014, eran

medicamentos y tratamientos de alto costo (incluso en el exterior), pasando por el suministro de pañales desechables y de prótesis, hasta la determinación de creación⁴⁵ y reserva de vacantes en hospitales o en unidades de cuidados intensivos, fenómeno conocido como “judicialización de la salud”.⁴⁶

Estas decisiones tienden, en su mayoría, a reconocer el deber prestacional del Estado,⁴⁷ habida cuenta de una relación solidaria entre los distintos entes federados, siendo irrelevante contra quiénes de ellos se interponen las acciones o a quién compete, funcionalmente, la prestación demandada.⁴⁸

392.921 acciones; en 2015, este número había subido a 854.506 procesos; en diciembre de 2016, las acciones ya sumaban 1.346.931; y, en diciembre de 2017, eran 1.778.269 procesos sobre la materia. Estos números son aún más significativos si se toma en cuenta que, durante todo el año de 2017, fueron tramitados un total de 59.234 procesos por el Supremo Tribunal Federal (Arnaldo Hossepian Salles Lima Jr. y Clenio Jair Schulze, “Os números do CNJ sobre a Judicialização da Saúde em 2018”, *Revista Consultor Jurídico*, 2018. <https://www.conjur.com.br/2018-nov-10/opinia0-numeros-judicializacao-saude-2018>

45 Estas sentencias, que interfieren directamente en la prestación del servicio, podrían ser encuadradas en la clasificación hecha por Tushnet en el concepto de “control fuerte”, esto es, aquel en que los tribunales imponen obligaciones concretas al Poder Público en el sentido de la realización de los derechos fundamentales sociales, restringiendo, así, su esfera de discrecionalidad (Mark Tushnet, *Weak Courts, Strong Rights: Judicial Review and social welfare rights in comparative constitutional law*, New Jersey, Princeton University Press, 2008, p. 247).

46 La “judicialización de la salud” puede ser comprendida como un fenómeno caracterizado por diferentes aspectos, entre los cuales se pueden destacar los siguientes: a) gran cantidad de demandas judiciales que versan sobre prestaciones relacionadas con el derecho a la salud; b) fuerte actuación del Poder Judicial en la determinación de prestación de medicamentos y de tratamientos de alto costo a los Poderes Públicos que repercuten, en cierta medida, en sus disposiciones presupuestarias; c) tendencia de utilización del Poder Judicial como “primera opción” en términos de satisfacción del derecho, en detrimento de las vías administrativas convencionales, y no como *ultima ratio* (Mônia Clarissa Hennig Leal, “La jurisdicción constitucional entre judicialización y activismo judicial: existe realmente ‘un’ o ‘el’ activismo?”, *Estudios Constitucionales*, vol. 10, núm. 2, 2012, pp. 429-454. <https://scielo.conicyt.cl/pdf/estconst/v10n2/art11.pdf>).

47 Luís Roberto Barroso, “Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial”, *Revista Jurídica UNIJUS/Universidade de Uberaba, Ministério Público do Estado de Minas Gerais*, vol. 11, núm. 15, 2008. http://www.uniube.br/publicacoes/unijus/arquivos/unijus_15.pdf

48 Eso significa que una demanda para garantía del derecho a la salud puede tener en el polo pasivo tanto la Unión cuanto los Estados miembros o los municipios, siendo irrelevante, en este caso, la discusión acerca de a quién incumbe el deber constitucional de prestarlo, o sea, la repartición de competencias legislativas no puede ser utilizada como estrategia de defensa o para el no juzgamiento de la acción.

El “fallo de la salud” (2010)⁴⁹

Emblemática sobre el tema resultó la sentencia del pleno del Supremo Tribunal Federal –conocida como “fallo de la salud”⁵⁰– del 17 de marzo de 2010, en que se concluye, por unanimidad de votos, que la salud constituye un derecho público subjetivo⁵¹ el cual, de ser necesario, cabe exigir al Poder Público, para efectos de costear medicamentos y tratamientos de alto costo a portadores de molestias graves, debiendo la justicia actuar cuando aquel deja de formular políticas públicas o deja de cumplirlas,⁵² especialmente cuando emanan directamente de la Constitución.⁵³

El precedente para esta manifestación ya había sido establecido con ocasión de la Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental⁵⁴ (ADPF 45/2004),

49 Supremo Tribunal Federal, Suspensões de Tutela Antecipada 175, 211 e 278, Suspensões de Segurança 3724, 2944, 2361, 3345 e 3355, Suspensão de Liminar 47, Relator Ministro Gilmar Ferreira Mendes, Brasília, DF, 16 de março de 2010. www.stf.jus.br

50 Resulta interesante destacar que la “decisión de la salud” ha contado con la realización de una audiencia pública, de la cual han participado más de cincuenta expertos y especialistas en el tema, teniendo por objetivo prestar a los ministros del Supremo Tribunal Federal, informaciones y aclaraciones respecto al funcionamiento del Sistema Único de Salud (SUS) y sobre las listas de medicamentos y la sistemática de su dispensación por el Estado. Para más informaciones sobre la figura de la referida audiencia pública, véase Mônia Clarissa Hennig Leal, “As audiências públicas no âmbito do Supremo Tribunal Federal brasileiro: uma nova forma de participação?”, *Novos Estudos Jurídicos*, vol. 19, 2014, pp. 327-347. <https://siaiwebo6.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/6010/3286>

51 Mônia Clarissa Hennig Leal y Rosana Helena Maas, “Modalidades de judicialização da saúde: análise na jurisprudência do STF”, *A&C. Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, vol. 17, 2017, pp. 149-167.

52 Mônia Clarissa Hennig Leal y Maria Valentina de Moraes, “O Supremo Tribunal Federal e o discurso da implementação de Políticas Públicas na jurisprudência brasileira: a atuação justificada na omissão”, *Barbaroi*, vol. 47, 2016, pp. 289-302. <https://online.unisc.br/seer/index.php/barbaroi/article/view/957>

53 El mismo ministro Celso de Mello ya se había manifestado, en momento anterior, con ocasión del discurso del ministro Gilmar Ferreira Mendes en la Presidencia del Supremo Tribunal Federal, en el sentido de que compete a la Corte la salvaguardia de la Constitución, aun cuando ello implique un activismo judicial en respuesta a las omisiones administrativas y legislativas practicadas. Este posicionamiento puede, a su vez, ser claramente identificado también en sus juzgados, entre ellos: RE 393.175/RS, que versa sobre la responsabilidad del Estado en el tratamiento de pacientes con esquizofrenia, y RE 410.715/SP, sobre derecho a educación.

54 “Acción de Descumplimiento de Precepto Fundamental”, integrante del sistema de control concentrado de constitucionalidad, de competencia del Supremo Tribunal Federal. Tiene por objeto la declaración de inconstitucionalidad de leyes o actos normativos, así como de

donde el Supremo Tribunal Federal fijó el carácter político de la Jurisdicción Constitucional, manifestándose favorable al control jurisdiccional de políticas públicas.⁵⁵

De otro lado, se ha acordado que la realización de ese derecho público debe darse, en principio, por medio de la implementación de políticas públicas, esto es, que él se traduce en la existencia de un derecho público subjetivo a políticas públicas y no a prestaciones estatales aisladas.⁵⁶

Con este argumento, el Supremo Tribunal Federal ha intentado evitar una postura intervencionista, preservando la discrecionalidad de los demás poderes, pero cumpliendo con su rol de guardián de la Constitución y de los derechos fundamentales. En la práctica, el Tribunal ha decidido que el alto costo de un medicamento no constituye argumento suficiente para impedir su suministro por el Poder Público.⁵⁷

Queda implícita, aún, la indicación de un requisito limitador, asociado a la concepción de que la garantía judicial del derecho a la salud no puede comprometer el funcionamiento del Sistema Único de Salud, debiendo caso por caso ser demostrada la real necesidad, lo que excluiría el riesgo de un efecto multiplicador de esas decisiones de forma indiscriminada.⁵⁸

En ese sentido, es posible percibir un esfuerzo del Relator por fijar unos criterios o parámetros que deben observar los tribunales al enfrentar causas que envuelvan la prestación de ese derecho, así:

- a. El primero de ellos tiene relación con la existencia o inexistencia de una política pública estatal que incluya la prestación de salud requerida por la parte.⁵⁹ Este aspecto resulta determinante para verificar si el Tribunal está o no creando una política pública. Aquí el problema reside en la interpretación dada a este criterio, esto es, si el reconocimiento de la existencia de

actos concretos del Poder Público, contrarios a algún precepto fundamental contenido en el texto constitucional.

55 Supremo Tribunal Federal, Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 45, Relator: Ministro Celso de Mello, Brasília, DF, 29 de abril de 2004. <http://www.stf.jus.br>

56 “No obstante, ese derecho subjetivo público es asegurado por medio de políticas públicas sociales y económicas, o sea, no hay un derecho absoluto a todo y cualquier procedimiento necesario para la protección, promoción y recuperación de la salud. Hay un derecho público subjetivo a políticas públicas que promuevan, protejan y recuperen la salud” (Supremo Tribunal Federal, Suspensões de Tutela Antecipada 175, 211 e 278; Suspensões de Segurança 3724, 2944, 2361, 3345 e 3355; Suspensão de Liminar 47, Relator: ministro Gilmar Ferreira Mendes, Brasília, DF, 16 de março de 2010, p. 31. www.stf.jus.br).

57 *Ibid.*, p. 30.

58 *Ibid.*, p. 14.

59 *Ibid.*, p. 20.

política pública está asociado al reconocimiento del problema/molestia o al respectivo tratamiento, elemento respecto al cual el voto no hace ninguna mención. Esto porque, si se comprende que la existencia de la política pública está vinculada al problema/molestia, entonces es posible decir que hubo una omisión relevante en la formulación de la política pública, caso en que el Tribunal tendría que intervenir, determinando la inclusión de nuevos procedimientos en los protocolos adoptados. En lo que concierne al tratamiento, la inexistencia de determinada modalidad no implica, necesaria o directamente, omisión legislativa; antes bien, se caracteriza como un acto discrecional o como una simple desactualización, situación en que la intervención judicial sería menor y, consecuentemente, menor el grado de “activismo” de la decisión que reconoce el derecho.

En los casos en que la prestación no está incluida en los protocolos del SUS, según el juzgado, es necesario hacer una distinción entre tres hipótesis: si la no prestación es resultante i) de omisión administrativa o legislativa, ii) de una decisión administrativa o iii) de una prohibición legal, como pasa cuando el suministro de determinado medicamento, con fundamento en la garantía de la salud pública, es vedado por la Agencia Nacional de Vigilancia Sanitaria (Anvisa), situación en la cual la no concesión se impone. Las tres hipótesis poseen, por consiguiente, consecuencias jurídicas distintas que afectan directamente la naturaleza y los límites de la prestación jurisdiccional.

- b. Ya el segundo requisito se refiere a la motivación para el no suministro de determinado medicamento o tratamiento como, por ejemplo, la inexistencia de evidencias científicas que autoricen su inclusión en los protocolos del SUS. En ese contexto, se presentan dos situaciones: i) o el SUS presta tratamiento alternativo no adecuado al paciente; o ii) no posee tratamiento específico para determinada patología.⁶⁰

En el primer caso debe, como regla, ser privilegiado el tratamiento previsto por el Estado, en detrimento de la opción diversa demandada por el paciente. A pesar de la aparente obviedad de la conclusión presentada, el problema reside en las posibles excepciones que se presentan, pues, como afirma el propio Relator, esa conclusión no aleja la posibilidad del Poder Judicial (o de la propia Administración Pública) de decidir que una medida distinta deba ser ofrecida a determinada persona que, por razones específicas de su organismo, pruebe que el tratamiento previsto no es eficaz.⁶¹

60 *Ibid.*, p. 22.

61 *Ibid.*, p. 23.

Así, es evidente que el fundamento para la adopción de medidas excepcionales presupone una instrucción probatoria eficiente lo que, infelizmente, en gran parte de los casos no ha sido verificado en estos tipos de demanda, donde se producen peticiones llenas de argumentos genéricos y retóricos, pero carentes de elementos concretos, especialmente por parte del Estado.⁶² De otro lado, la referida constatación implica el reconocimiento de la necesidad de permanente revisión y actualización de los protocolos (documentos de carácter administrativo que regulan los aspectos operativos del SUS) que, a su vez, no son incuestionables, por lo que es posible su discusión y revisión judicial.⁶³

- c. Finalmente, el último requisito analizado se relaciona con la alegación de inexistencia de tratamiento, situación en la cual se hace necesario distinguir entre tratamientos experimentales (comprendidos como aquellos respecto a los cuales no hay comprobación científica de su eficacia) y tratamientos simplemente no adoptados por el sistema público, pero que ya están disponibles en el sector privado.

En cuanto a la primera situación, el Supremo Tribunal Federal se manifiesta contrariamente, entendiendo que el Estado no puede ser condenado a suministrar este tipo de medicamento; en el segundo caso, comprende que la inexistencia de protocolo no puede significar violación del principio de integralidad del Sistema, ni tampoco justificar tratamiento distinto entre el sistema público y el privado,⁶⁴ de manera que el hecho de que un medicamento no se encuentre incorporado por el SUS no significa que su prestación no sea posible de ser determinada judicialmente.

Decisión de la fosfoetanolamina (2015)⁶⁵

Otro fallo del Supremo Tribunal Federal respecto al derecho a la salud que ha tenido gran repercusión fue el de la “fosfoetanolamina”, sustancia que auxiliaría en el tratamiento del cáncer. Con la divulgación de la existencia de la llamada “píldora del cáncer”, provista inicialmente de forma gratuita por la Universidad de São Paulo (USP), no tardaron las demandas judiciales con vistas a la obtención de medidas

62 Eso queda evidenciado en la propia decisión en comentario, donde se hacen expresas las referencias al hecho de que el Estado no ha logrado probar sus alegaciones (*ibid.*, p. 26).

63 *Ibid.*, p. 23.

64 *Ibid.*, p. 24.

65 Supremo Tribunal Federal, Petição 5828, Decisão Monocrática de 06/10/2015. <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=308695000&ext>

liminares para la determinación de su suministro,⁶⁶ mismo sin registro o aprobación por parte de la Agencia Nacional de Vigilancia Sanitaria (Anvisa).

Al apreciar la materia, el ministro Luiz Edson Fachin, del Supremo Tribunal Federal, con base en el *fumus boni iuris* y en el *periculum in mora*, ha proferido decisión liminar en la acción PET 5828 de octubre de 2015, posicionándose en el sentido de que “a ausência de registro não implica, necessariamente, lesão à ordem pública, especialmente se considerando que o tema pende de análise por este Supremo Tribunal Federal”.⁶⁷

Es interesante observar que la liminar ha contrariado el entendimiento firmado por el propio Supremo en la STA 175/2010 (ver *supra*), en la cual se ha asentado la comprensión de que es posible que el Poder Judicial intervenga en materia de políticas públicas de salud,⁶⁸ pero con algunas limitaciones, entre las cuales constaba expresamente, como óbice a la determinación judicial de prestación por el Estado, la falta de registro del fármaco por la Anvisa: “não raro, busca-se, no Poder Judiciário, a condenação do Estado ao fornecimento de prestação de saúde não registrada na Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa). Como ficou claro nos depoimentos prestados na Audiência Pública, é vedado à Administração Pública fornecer fármaco que não possua registro na Anvisa”.⁶⁹

66 Bucci relata que, en solo nueve meses, entre junio de 2015 y febrero de 2016, la Universidad de San Pablo (USP) ha recibido nada menos que 13.000 cautelares determinando el suministro de la sustancia “fosfoetanolamina sintética” para personas con cáncer (Maria Paula Dallari Bucci, “Contribuição para a redução da Judicialização da Saúde. Uma estratégia jurídico-institucional baseada na abordagem de Direito e Políticas Públicas”, en Maria Paula Dallari Bucci y Clarice Seixas Duarte (orgs.), *Judicialização da Saúde: a visão do Executivo*, São Paulo, Saraiva, 2017, p. 31.

67 *Ibid.*, p. 32.

68 Mônia Clarissa Hennig Leal y Maria Valentina de Moraes, “O princípio da separação de Poderes e a ponderação de competências: uma análise crítica a partir da decisão sobre a fosfoetanolamina”, *Revista do Direito*, vol. 3, 2016, pp. 34-52. <https://online.unisc.br/seer/index.php/direito/article/view/8464/5585>

69 Interesante resaltar que, en su voto, el ministro Gilmar Ferreira Mendes refiere que la falta de registro por la Anvisa no obsta a la concesión del medicamento. Así, aunque el medicamento demandado no sea registrado, deben existir estudios o el reconocimiento del fármaco en otros países e incluso la comprobación de que no existe otro medicamento eficaz, proporcionado por el SUS o con registro en la Anvisa, para el caso. Finalmente, aduce que “a participação nesses tratamentos rege-se pelas normas que regulam a pesquisa médica e, portanto, o Estado não pode ser condenado a fornecê-los”, o sea, no cabe al Poder Judicial determinar que un medicamento experimental sea suministrado por el Estado, o, en el caso presente, por la Universidad de São Paulo (Supremo Tribunal Federal, Suspensões de Tutela Antecipada 175, 211 e 278; Suspensões de Segurança 3724, 2944, 2361, 3345 e 3355;

En virtud de las reiteradas condenas que ordenaban el suministro de la fosfoetanolamina, la USP divulgó un comunicado de prensa⁷⁰ en el que afirmó que el laboratorio de la Universidad no es una industria química o farmacéutica y que no estaba en condiciones de producir la sustancia a gran escala para atender a las centenas de liminares judiciales que había recibido en las últimas semanas. Asimismo, ingresó con medida judicial que dio origen a la STA 828,⁷¹ cuya controversia se fijó en la posibilidad de determinar, por vía judicial, la prestación de una sustancia no clasificada como medicamento. En decisión monocrática, el ministro Ricardo Lewandowski, en la condición de residente de la Corte, refiere que la USP ha alegado que la fosfoetanolamina sintética no es un medicamento y que no ha pasado por todas las etapas necesarias para testear los riesgos de su suministro para la salud de las personas, y aduce que

... a problemática do fornecimento da fosfoetanolamina sintética por parte da Universidade de São Paulo, enquanto objeto de pretensão jurisdicional, passa ao largo da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, que se tem dedicado a medicamentos às vezes caros demais para que o cidadão o alcance, às vezes não registrado na Anvisa mas registrado em instâncias internacionais, às vezes detentores de indicações clínicas alegadamente insuficientes para abarcar novas aplicações pretendidas por novos pacientes.⁷²

La decisión hace mención a distintos casos anteriores de la Corte,⁷³ en los que se refuerza el consentimiento firmado. Se trasluce en el voto la preocupación por valerse de argumentos técnicos,⁷⁴ refiriéndose a dictámenes y notas publicadas por investigadores como, por ejemplo, la nota emitida por la Fundación Oswaldo Cruz (Fiocruz) manifestando que “pesquisadores da Fundação Oswaldo Cruz (Fiocruz) esclarecem que o medicamento [...] ainda necessita de uma série de

Suspensão de Liminar 47, Relator: ministro Gilmar Ferreira Mendes, Brasília, DF, 16 de março de 2010, p. 21. www.stf.jus.br).

70 Comunicado emitido el 13 de octubre de 2015, en referencia a diversas decisiones judiciales que disponen el suministro de la sustancia fosfoetanolamina sintética. <http://www5.usp.br/99485/usp-divulga-comunicado-sobre-a-substancia-fosfoetanolamina>

71 Supremo Tribunal Federal, Suspensão de Tutela Antecipada 828, Relator: ministro Ricardo Lewandowski, Brasília, DF, 08 de novembro de 2016. <https://portal.stf.jus.br/processos>

72 *Ibid.*, p. 3.

73 Como precedentes se citan, entre otros, el Recurso Extraordinário 657.718; la Suspensión de Segurança 4.316/RO; la Suspensión de Liminar 815-AgR.

74 Adriana Timóteo dos Santos Zagurski y Danielle Anne Pamplona, “Judicialização da saúde e orçamento público”, *Revista do Direito*, vol. 1, núm. 48, 2016. <https://online.unisc.br/seer/index.php/direito/article/view/6498/4665>.doi:<http://dx>

estudos para ser considerado eficaz ou seguro para o uso clínico”. En la misma línea, se transcriben consideraciones formuladas por el Instituto Nacional del Cáncer (INCA), destacando que “somente ao término dos estudos pré-clínicos e clínicos desta substância poder-se-á elencar as possibilidades ou não de seu uso como medicação anticancerígena” y que “anterior a isto, será antecipada e precipitada qualquer decisão terapêutica relacionada à fosfoetanolamina”.

Con base en estos argumentos, la sentencia ha suspendido la ejecución de todas las decisiones judiciales proferidas en el ámbito nacional que determinaban la prestación de la sustancia por la USP, pero ha mantenido el suministro de la fosfoetanolamina sintética hasta que se hayan agotado todos sus inventarios.

Así, aun cuando haya sido compatible, en última *ratio*, con el criterio fijado por el Supremo Tribunal Federal en el “fallo de la salud”, la sucesión de medidas judiciales y la controversia generada dejan en evidencia que el propio Supremo Tribunal Federal no tiene claros los parámetros de sus precedentes y tampoco los observa y respeta, lo que abre espacios y refuerza las críticas respecto a su actuación en el contexto de la judicialización de la salud.

Recurso extraordinario 566.471 (2020)⁷⁵

En un nuevo juicio sobre la temática de la prestación del derecho a la salud, realizado en marzo de 2020, el Pleno del Supremo Tribunal Federal ha decidido que el Estado no está obligado a suministrar medicamentos de alto costo cuando estos no estén incluidos en la relación elaborada por el Programa de Dispensación de Medicamentos del SUS.

En este caso, el Estado de Rio Grande do Norte se negaba a suministrar el medicamento citrato de sildenafil para tratamiento de cardiomiopatía isquémica e hipertensión arterial pulmonar de una señora anciana y carenciada, teniendo por fundamento el alto costo y la ausencia de su previsión en el programa estatal de dispensación de medicamentos. La paciente demandó al Estado por la vía judicial; el juicio de primera instancia determinó que debía suministrarse la prestación, decisión que fue confirmada por el Tribunal de Justicia estadual.

En el Supremo Tribunal Federal, con todo, la mayoría de los ministros –ocho en total– no admitieron el recurso, teniendo como conductor el voto del Relator, ministro Marco Aurélio, proferido en septiembre de 2016.⁷⁶ La posición vencedora ha sido la de que, en los casos de medicinas de alto costo no disponibles

75 Supremo Tribunal Federal, Recurso Extraordinário 566.471, Relator: ministro Marco Aurélio, Brasília, DF, 11 de março de 2020. www.stf.jus.br

76 El tratamiento del recurso había sido interrumpido en 2016, en razón de un pedido de vista del entonces ministro Teori Zavascki (fallecido), habiendo sido retomado recién en 2020.

en el SUS, el Estado puede ser obligado a prestarlas si se comprueba la extrema necesidad del tratamiento y la incapacidad financiera de la paciente y de su familia para su adquisición. También se ha establecido que el Estado no puede ser obligado a proporcionar fármacos no registrados por la Agencia Nacional de Vigilancia Sanitaria (Anvisa).

El ministro Edson Fachin, por su parte, ha disentido, votando a favor del inmediato suministro del medicamento solicitado, teniendo en cuenta que durante la tramitación del proceso el mismo fue registrado e incluido en la política de asistencia a la salud.

En la misma sesión, el ministro Alexandre de Moraes siguió al Relator. En su percepción, el exceso de judicialización de la salud perjudica las políticas públicas, pues decisiones judiciales favorables a unas pocas personas, por más importantes que sean sus problemas, comprometen el presupuesto total destinado a millones de ciudadanos que dependen del SUS.

También han votado las ministras Rosa Weber y Cármen Lúcia, además de los ministros Ricardo Lewandowski, Gilmar Ferreira Mendes y Luiz Fux. Todos han acompañado al Relator en el sentido de no proveer el recurso, destacando, en sus votos, que excepcionalmente es posible conceder los medicamentos no registrados por la Anvisa, haciéndose necesaria la ponderación entre diversos argumentos, tales como las garantías constitucionales (entre las cuales figuran los derechos fundamentales, el derecho a la vida y la dignidad de la persona humana), el límite de lo financieramente posible a los entes de la Federación ante las restricciones presupuestarias, el respeto al colapso ya existente y el perjuicio a otros intereses idénticos.

Todos los ministros han apuntado, en sus respectivos votos, condicionantes en cuanto a las situaciones de excepcionalidad, que serán incorporadas a la tesis que se formulará posteriormente:

... DECISÃO: O Tribunal, por maioria, apreciando o tema 6 da Repercussão Geral, negou provimento ao Recurso Extraordinário, vencido parcialmente o Ministro Edson Fachin, que lhe dava parcial provimento. Em seguida, o Tribunal deliberou fixar a tese de Repercussão Geral em assentada posterior. Impedido o Ministro Dias Toffoli (Presidente). Ausente, por motivo de licença médica, o Ministro Celso de Mello. Presidiu o julgamento o Ministro Luiz Fux (Vice-Presidente). Plenário, 11.03.2020.

Es posible percibir, por tanto, una vez más, la presencia de un discurso de no intervención del Poder Judicial en la esfera de conformación de los demás

poderes,⁷⁷ cuya actuación se justifica en situaciones “excepcionales”, cuyos criterios y parámetros son fijados por la propia Corte.⁷⁸ Así, en la práctica, el Supremo Tribunal Federal, a pesar de adoptar un discurso aparente de autocontención, refuerza su posición de guardián de la Constitución y de los derechos fundamentales, basado en un criterio de “excepcionalidad” que tiende a convertirse en regla.

El Supremo Tribunal Federal y la observancia de los parámetros fijados en el “fallo de la salud” (STA-RE 175/2010)

A partir de un estudio sobre los juicios realizados por el Supremo Tribunal Federal relativos a la prestación del derecho a la salud,⁷⁹ tomando como marco inicial el “fallo de la salud” (ver *supra*), en el cual se han fijado los parámetros generales de actuación del Poder Judicial en el contexto de la judicialización de la salud, se ha buscado identificar si y cómo estos parámetros han sido utilizados en las sentencias posteriores. De ahí se han revelado algunos aspectos interesantes, que se pasan a resumir:

1. De las treinta decisiones analizadas, en solo once fue invocado, expresamente, el precedente de la STA 175/2010 (“fallo de la salud”), de manera que es posible concluir que el objetivo primero de la fijación de parámetros no se ha cumplido, tampoco en el ámbito del Supremo Tribunal Federal.
2. De las once decisiones en que hubo mención al precedente y a los criterios en él establecidos, en nueve la invocación fue hecha de manera superficial;

77 De cualquier manera, se hace evidente la falta de una articulación y diálogo entre los poderes respecto a la concreción de los derechos prestacionales en Brasil, como forma de superación de la “disputa” tradicional respecto a quién compete tal función, teniendo en el horizonte una dimensión más cooperativa (Rosalind Dixon, “Para fomentar el diálogo sobre los derechos socioeconómicos: una nueva mirada acerca de las diferencias entre revisiones judiciales fuertes y débiles”, en Roberto Gargarella (org.), *Por una justicia dialógica: el poder judicial como promotor de la deliberación democrática*, Buenos Aires, Siglo XXI Editores, 2014, pp. 51-94).

78 Aspecto que remite a la advertencia, hecha por Maus, en cuanto al argumento de “auto-referencia” comúnmente utilizado por los tribunales constitucionales para legitimar sus decisiones. Al respecto, véanse Ingeborg Maus, “O Judiciário como superego da sociedade – sobre o papel da atividade jurisprudencial na ‘sociedade órfã’”, en Martonio Mont’Alverne Barreto Lima e Paulo Menezes Albuquerque (trads.), en *Novos Estudos*, núm. 58, São Paulo, Cebrap, 2000, pp. 183-202; Erhard Denninger, *Der gebändigte Leviathan*, Baden-Baden, Nomos, 1990.

79 Mônia Clarissa Hennig Leal y Rosana Helena Maas, “A ‘decisão da saúde’ pelo Supremo Tribunal Federal: uma análise dos parâmetros para a judicialização da saúde”, *Revista Direito Público*, vol. 82, 2018, pp. 50-70. <https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/direitopublico/article/view/2782/pdf>

en solo dos sentencias los parámetros fueron utilizados como base para la fundamentación (Agravio Regimental no Agravo de Instrumento 734.487/PR, ministra Ellen Gracie; e Agravo de Instrumento 822.882/MG, ministro Roberto Barroso).

3. No es posible identificar una tendencia clara acerca de cuáles ministros toman sus decisiones con base en los parámetros fijados en el “fallo de la salud” y cuáles no: Ministro Roberto Barroso (3), Luiz Fux (2), Teori Zavascki (2), Dias Toffoli (1), Cármem Lúcia (2) e Ellen Gracie (1).

En suma, se verifica que los parámetros establecidos en el paradigmático “fallo de la salud”, en 2010, que deberían servir como directriz para los juicios posteriores de los tribunales y magistrados del país, en todas las instancias, tienden a no ser observados ni considerados, incluso por parte del propio Supremo Tribunal Federal.

CONCLUSIÓN

En lo que concierne a la intervención judicial para garantizar los derechos fundamentales sociales, el entendimiento consolidado por el Supremo Tribunal Federal va en el sentido de que esta actuación es posible, lo cual no se caracteriza como una intromisión indebida en la esfera de los demás poderes o en la vulneración del principio de separación de poderes. El argumento para defenderse de la crítica de activismo reside en que la inercia u omisión estatal en la concreción de esos derechos “autoriza” su intervención, teniendo por fundamento la no violación de derechos asegurados por la Constitución.

De otro lado, en las decisiones de la más alta Corte del país respecto al tema es constante la mención a que no le corresponde al Poder Judicial controlar o implementar políticas públicas, desde que estas son competencias de la Administración Pública y de sus órganos encargados, por lo que su intervención debe darse solamente en situaciones excepcionales (aunque el criterio de lo que se entienda por “excepcional” dependa de la interpretación y evaluación por parte del propio Tribunal y, en la práctica, no sea así tan “excepcional”).

Prevalece, por tanto, una perspectiva de garantía del derecho a la salud (y no de intervención en políticas públicas) desde un punto de vista individual (exigible, justiciable), cuyo reconocimiento por parte de los tribunales está directamente conectado al concepto de “mínimo existencial”,⁸⁰ en estrecha relación

80 En Alemania, el reconocimiento jurisprudencial del “mínimo existencial” ha cumplido con un importante papel en la garantía de los derechos sociales y ha servido como criterio para

con la noción de dignidad humana. En ese sentido, en la visión reiterada del Supremo Tribunal Federal,⁸¹ cuando lo que está en juego es la tutela del “mínimo existencial”, no cabe la aplicación del principio de la “reserva de lo posible”,⁸² por lo cual el derecho debe ser garantizado, independientemente de la disponibilidad financiera del Estado.⁸³

Así, es posible aseverar que los derechos sociales –y, particularmente, el derecho social a la salud–, aun cuando carezcan de significativa reglamentación o especificación en términos de prestación, han encontrado, en la jurisprudencia brasileña, terreno fértil para su concreción;⁸⁴ así, su protección por la vía judicial es un verdadero reto en lo que concierne a la sustentabilidad y al funcionamiento equilibrado del sistema. Dicho de otra manera, es extremadamente positivo que esos derechos encuentren su realización, pero ella no se puede dar de forma desconectada de la realidad, sin tomar en cuenta los impactos en otros ámbitos o la viabilidad de la garantía de otros derechos o de los derechos de otras personas (especialmente colectivos), igualmente importantes.

calibrar los deberes de prestación estatal y su justiciabilidad, ya que la Ley Fundamental de Bonn no los reconoce explícitamente como derechos (Christian Seiler, “Das Grundrecht auf ein menschenwürdiges Existenzminimum”, *Juristenzeitung*, 2010, s. 500).

81 Cumple advertir que la cláusula de “reserva de lo posible” –excluida la ocurrencia de justo motivo objetivamente verificable– no puede ser invocada por el Estado con la finalidad de omitir el cumplimiento de sus obligaciones constitucionales, especialmente cuando de esa conducta gubernamental negativa resulta la nulidad o incluso la aniquilación de derechos constitucionales impregnados de esencial fundamentalidad (Supremo Tribunal Federal, Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 45, Relator: ministro Celso de Mello, Brasília, DF, 29 de abril de 2004. <http://www.stf.jus.br>).

82 Es necesario señalar, en este punto, que la doctrina brasileña, al incorporar la noción de “reserva de lo posible”, acuñada por el Tribunal Constitucional alemán en la decisión conocida como “Numerus Clausus” (BVerfGE 33, 303), respecto a la obligación del Estado de ofrecer nuevas vacantes para el curso de Medicina, ante la gran demanda que se había presentado, ha tendido a desvirtuarla, identificándola con la disponibilidad/existencia de recursos financieros, cuando, en su sentido originario, está más asociada a la idea de razonabilidad de la pretensión (aquello que se puede esperar del Estado en términos de prestación, más allá de la mera cuestión presupuestaria) (cfr. Grimm *et al*, *Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts*. Studienauswahl - Band 1. 3. Auflage. Tübingen: Mohr Siebeck, 2007, pp. 282-297).

83 Ricardo Lobo Torres, “O mínimo existencial, os direitos sociais e os desafios de natureza orçamentária”, en Ingo Wolfgang Sarlet y Luciano Benetti Timm (orgs.), *Direitos fundamentais, orçamento e reserva do possível*, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2008, pp. 69-86.

84 Queda claro, por tanto, el reconocimiento por parte de la doctrina y de la jurisprudencia constitucional brasileña, de una dimensión objetiva y de justiciabilidad de los derechos sociales (Juan Carlos Gavara de Cara, *La dimensión objetiva de los derechos sociales*, Barcelona, JMB Bosch, 2010).

Paradójicamente, en Brasil es posible percibir que hay, incluso con el reconocimiento constitucional del derecho a la salud como un derecho fundamental, una tendencia, por parte del Poder Judicial, a acoger más demandas individuales, basadas en la protección del derecho a la vida, que demandas colectivas basadas directamente en la protección del derecho a la salud (p. ej., la determinación judicial va en el sentido de suministrar el medicamento “x” a determinado paciente que lo requiere, pero no en el de determinar su inclusión en los protocolos de SUS).

Así, la justiciabilidad del derecho a la salud se configura en dos dimensiones: a) por la vía *individual*, por medio de la Defensoría Pública y de los abogados privados, dado que sus demandas se refieren, generalmente, a medicamentos o insumos necesarios para la manutención o recuperación de la salud de los demandantes; b) por medio de la tutela de los *intereses colectivos*, en general defendidos por asociaciones de la sociedad civil y por el Ministerio Público.⁸⁵

Según apuntan los datos referentes a la solicitud de compra de medicamentos o pago de procedimientos médicos, las acciones individuales⁸⁶ son más exitosas, dado que los tribunales tienden a evitar decidir casos colectivos, posiblemente porque estas decisiones inciden directamente en la conformación de políticas públicas,⁸⁷ lo que conduce a conferir aún más relieve al fenómeno de la judicialización de la salud en Brasil.

En definitiva, lo que sucede es que, al final, la suma de acciones individuales acaba por ser potencialmente más dañina que un eventual reconocimiento del derecho en una perspectiva colectiva, al dificultar que se tenga una perspectiva más amplia y concreta de los impactos financieros y presupuestarios causados por las distintas decisiones judiciales, situación que podría ser calificada como

85 Felipe Rangel de Souza Machado, “A audiência pública da saúde: questões para a judicialização e para a gestão de saúde”, *Revista de Administração Pública*, vol. 46 núm. 4, 2012, pp. 1017-1036, 1021.

86 Conforme Souza, “o que mais impressiona nos dados daquilo que foi catalogado pelo CNJ é o extrato desses números por categoria. As ações envolvendo pedidos individuais de saúde, tratamento médico hospitalar e medicamentos somam 951.664 pedidos, enquanto as ações que tratam de estrutura e organização do Sistema, tais como ressarcimento ao SUS, reajuste de tabela de procedimentos e repasse de verbas para o SUS, terceirização de serviços, dentre outros, somam 25.825 ações. Isto significa dizer que as ações que buscam benefícios individuais são, em números absolutos, trinta e sete vezes mais que as ações que pretendem beneficiar a coletividade como um todo” (Mauro Luís Silva de Souza, *Participação social e controle social na conformação do direito à saúde: crítica à atuação judicial e inversão da lógica constitucional e propostas de harmonização para a gestão de saúde no Brasil*, Santa Cruz do Sul, Universidade de Santa Cruz do Sul [Tese de Doutorado], 2020, 266 fls.).

87 Rangel de Souza Machado, “A audiência pública da saúde”, *op. cit.*, p. 1021.

una “prevalencia de la satisfacción individual del derecho a la salud”.⁸⁸ Además, esta falta de consideración de la dimensión colectiva no permite una visualización del problema en todas sus dimensiones y en toda su complejidad, lo que resulta en medidas que, en vez de posibilitar una promoción de la justicia social, terminan prolongando indefinidamente la inmensa deuda social con relación a los segmentos más vulnerables de la población.⁸⁹

A su vez, esta concepción hace explícita, a pesar de los avances del texto constitucional y de la propia dogmática de los derechos fundamentales en Brasil, la manifestación de una noción aún conservadora respecto a los derechos sociales en cuanto derechos prestacionales, a los cuales la jurisprudencia insiste en no reconocer, específicamente, la fuerza jurídica necesaria para su concreción, sea en razón de los aspectos presupuestarios, sea para mostrar deferencia al principio de separación de poderes (según el cual no cabe al Poder Judicial intervenir en la actividad discrecional de los demás poderes de naturaleza política).

Dicho de otra manera, por más que la Constitución brasileña de 1998 traiga la previsión del derecho a la salud como un derecho social fundamental, las demandas judiciales aún tienen una fuerte dimensión individual, garantizándose el derecho, más por una vía indirecta, que por una vía de justiciabilidad propia de los derechos sociales.

El Poder Judicial en general, y el Supremo Tribunal Federal en particular, han cumplido un significativo rol en la concreción del derecho a la salud en Brasil, pese a que su actuación sea cuestionada y criticada en términos de intervención en la esfera de competencia de los demás poderes y por los amplios impactos presupuestarios de sus decisiones. Pero su posición, incluso en el discurso cauteloso respecto al activismo, se ha consolidado en este sentido a lo largo del tiempo, y se ha verificado una interpretación extensiva respecto a su contenido en cuanto al deber del Estado y también en punto al rol asumido por la Corte como guardiana de la Constitución y en la protección de los derechos fundamentales.

88 Pero se entiende que aunque esta conexión entre los derechos (o sea, que la conformación del derecho social a la salud se dé por medio de la garantía del derecho individual a la vida), no se constituya necesariamente en un problema, esto no puede significar que este último no deba, también, ser interpretado desde una perspectiva social, que tome en cuenta el bienestar colectivo.

89 Ana Luíza Chieffi, “Judicialização da Política Pública de assistência farmacêutica e equidade”, *Cadernos de Saúde Pública*, vol. 25, núm. 8, 2009, pp. 1839-1849, 1848.

BIBLIOGRAFÍA

- BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha, *A teoria das Constituições rígidas*, São Paulo, José Bushatsky, 1980.
- BARROSO, Luís Roberto, “Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial”, *Revista Jurídica UNIJUS/Universidade de Uberaba, Ministério Público do Estado de Minas Gerais*, vol. 11, núm. 15, 2008. http://www.uniube.br/publicacoes/unijus/arquivos/unijus_15.pdf
- BARROSO, Luís Roberto, “No mundo ideal, Direito é imune à política; no real, não”, *Consultor Jurídico*, 16 de fevereiro de 2010. <https://www.conjur.com.br/2010-fev-16/mundo-ideal-direito-imune-politica-real-nao-bem-assim?pagina=2>
- BARROSO, Luís Roberto, “Constituição, Democracia e Supremacia Judicial: Direito e Política no Brasil contemporâneo”, *RFD- Revista da Faculdade de Direito*, vol. 2, núm. 21, 2012.
- BONAVIDES, Paulo, *Curso de Direito Constitucional*, São Paulo, Malheiros, 1996.
- BUCCI, Maria Paula Dallari, “Contribuição para a redução da Judicialização da Saúde. Uma estratégia jurídico-institucional baseada na abordagem de Direito e Políticas Públicas”, en Maria Paula DALLARI BUCCI y Clarice SEIXAS DUARTE (org.), *Judicialização da Saúde: a visão do Executivo*, São Paulo, Saraiva, 2017.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes, *Estudos sobre direitos fundamentais*, Coimbra, Coimbra Editora, 2004.
- CARA GAVARA DE, Juan Carlos, *La dimensión objetiva de los derechos sociales*, Barcelona, JMB Bosch, 2010.
- CHIEFFI, Ana Luíza, “Judicialização da Política Pública de assistência farmacêutica e equidade”, *Cadernos de Saúde Pública*, vol. 25, núm. 8, 2009, pp. 1839-1849.
- COLLINS, Paul, “Friends of the Court: Examining the influence of *amicus curiae* participation in U.S. Supreme Court litigation”, *Law and Society Review*, vol. 38, núm. 4, 2004, pp. 807-832.
- CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, *Judicialização da Saúde no Brasil: perfil das demandas, causas e propostas de solução*, Brasília, DF, Insper, 2019. <https://static.poder360.com.br/2019/03/relatorio-judicializacao-saude-Insper-CNJ.pdf>
- DENNINGER, Erhard, *Der gebändigte Leviathan*, Baden-Baden, Nomos, 1990.
- DIXON, Rosalind, “Para fomentar el diálogo sobre los derechos socioeconómicos: una nueva mirada acerca de las diferencias entre revisiones judiciales fuertes y débiles”, en Roberto GARGARELLA, (comp.), *Por una justicia dialógica: el poder judicial como promotor de la deliberación democrática*, Buenos Aires, Siglo XXI, 2014.

- FIGUEIREDO, Mariana Filchtner e Ingo Wolfgang SARLET, *Algumas considerações sobre o direito fundamental à proteção e promoção da saúde nos 20 anos da Constituição Federal de 1988*, Brasília, Supremo Tribunal Federal, 2009. [http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/O direito a saude nos 20 anos da CF.pdf](http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/O_direito_a_saude_nos_20_anos_da_CF.pdf)
- HENNIG LEAL, Mônia Clarissa, *Jurisdição Constitucional aberta: reflexões sobre os limites e a legitimidade da jurisdição constitucional na ordem democrática*, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2007.
- HENNIG LEAL, Mônia Clarissa, “La jurisdicción constitucional entre judicialización y activismo judicial: existe realmente ‘un’ o ‘el’ activismo?”, *Estudios Constitucionales*, vol. 10, núm. 2, 2012, pp. 429-454. <https://scielo.conicyt.cl/pdf/estconst/v10n2/art11.pdf>
- HENNIG LEAL, Mônia Clarissa, “Transcendência dos motivos determinantes da decisão: comentário ao AgRg na Rcl 11.477/CE do Supremo Tribunal Federal”, *Revista dos Tribunais*, núm. 929, 2013.
- HENNIG LEAL, Mônia Clarissa, “As audiências públicas no âmbito do Supremo Tribunal Federal brasileiro: uma nova forma de participação?”, *Novos Estudos Jurídicos*, vol. 19, 2014, pp. 327-347. <https://siaiweb06.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/6010/3286>
- HENNIG LEAL, Mônia Clarissa, “Die brasilianische Verfassungsgerichtsbarkeit zwischen US-amerikanischer Institutionalisierung und deutschen Rechtsdenken”, en Uwe KISCHEL (org.), *Der Einfluss des deutschen Verfassungsdenkens in der Welt: Bedeutung, Grenzen, Zukunftsperspektiven*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2014, pp. 27-48.
- HENNIG LEAL, Mônia Clarissa y Maria Valentina DE MORAES, “O princípio da separação de poderes e a ponderação de competências: uma análise crítica a partir da decisão sobre a fosfoetanolamina”, *Revista do Direito*, vol. 3, 2016, pp. 34-52. <https://online.unisc.br/seer/index.php/direito/article/view/8464/5585>
- HENNIG LEAL, Mônia Clarissa y Maria Valentina DE MORAES, “O Supremo Tribunal Federal e o discurso da implementação de Políticas Públicas na jurisprudência brasileira: a atuação justificada na omissão”, *Barbaroi*, vol. 47, 2016, pp. 289-302. <https://online.unisc.br/seer/index.php/barbaroi/article/view/957>
- HENNIG LEAL, Mônia Clarissa y Rosana Helena MAAS, *O ‘amicus curiae’ e o Supremo Tribunal Federal: fundamentos teóricos e análise crítica*, Curitiba, Multideia, 2014.
- HENNIG LEAL, Mônia Clarissa y Rosana Helena MAAS, “Modalidades de judicialização da saúde: análise na jurisprudência do STF”, *A&C. Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, vol. 17, 2017, pp. 149-167.
- HENNIG LEAL, Mônia Clarissa y Rosana Helena MAAS, “A ‘decisão da saúde’ pelo Supremo Tribunal Federal: uma análise dos parâmetros para a judicialização da saúde”, *Revista Direito Público*, vol. 82, 2018, pp. 50-70. <https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/direitopublico/article/view/2782/pdf>

- HESSE, Konrad, *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, Heidelberg, C. F. Müller, 1999.
- LEAL, Rogério Gesta, *Teoria do Estado: cidadania e poder político na modernidade*, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2004.
- LEWANDOWSKI, Ricardo Enrique, “O protagonismo do Poder Judiciário na era dos direitos”, *Revista de Direito Administrativo*, vol. 251, 2013, pp. 77-85. <http://biblioteca-digital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/7529/6043>
- LIMA JR., Arnaldo Hossepian Salles y Clenio Jair SCHULZE, “Os números do CNJ sobre a Judicialização da Saúde em 2018”, *Revista Consultor Jurídico*, 2018. <https://www.conjur.com.br/2018-nov-10/opinioao-numeros-judicializacao-saude-2018>
- MAUS, Ingeborg, “O Judiciário como superego da sociedade – sobre o papel da atividade jurisprudencial na ‘sociedade órfã’”, en Martonio MONT’ALVERNE BARRETO LIMA y Paulo MENEZES ALBUQUERQUE (trad.), *Novos Estudos*, núm. 58, São Paulo, Cebrap, 2000, pp. 183-202.
- NOGUEIRA DA SILVA, Paulo Napoleão, *A evolução do controle da constitucionalidade e a competência do Senado Federal*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1992.
- POLLETTI, Ronaldo, *Controle da constitucionalidade das leis*, Rio de Janeiro, Forense, 1985.
- RANGEL DE SOUZA MACHADO, Felipe, “A audiência pública da saúde: questões para a judicialização e para a gestão de saúde”, *Revista de Administração Pública*, vol. 46, núm. 4, 2012, pp. 1017-1036.
- SARDETO, Patrícia Eliane da Rosa, “O protagonismo do Supremo Tribunal Federal na era digital”, *Revista Democracia Digital e Governo Eletrônico*, núm. 7, 2012, pp. 190-205.
- SARLET, Ingo Wolfgang, *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição de 1988*, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2015.
- SEILER, Christian, “Das Grundrecht auf ein menschenwürdiges Existenzminimum”, *Juristenzeitung* (JZ), octubre 2010.
- SILVA, José Afonso da, *Curso de Direito Constitucional Positivo*, São Paulo, Malheiros, 1997.
- SILVA DE SOUZA, Mauro Luís, *Participação social e controle social na conformação do direito à saúde: crítica à atuação judicial e inversão da lógica constitucional e propostas de harmonização para a gestão de saúde no Brasil*, Santa Cruz do Sul, Universidade de Santa Cruz do Sul (Tese de Doutorado), 2020.
- SPRIGGS, J. F. y P. J. Wahlbeck, “Amicus curiae and the role of information at the Supreme Court”, *Political Research Quarterly*, vol. 50, núm. 2, 1997, pp. 365-386.
- STRECK, Lênio Luiz, “A hermenêutica, a lei e a Justiça: a discussão dos obstáculos ao acontecer da Constituição”, en *Demandas sociais e Políticas Públicas*, Santa Cruz do Sul, Edunisc, 2001.

- STRECK, Lênio Luiz, *Jurisdição Constitucional e hermenêutica*, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2002.
- TORRES, Ricardo Lobo, “O mínimo existencial, os direitos sociais e os desafios de natureza orçamentária”, em Ingo Wolfgang SARLET y Luciano BENETTI TIMM (orgs.), *Direitos fundamentais, orçamento e reserva do possível*, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2008.
- TUCCI, Rogério Lauria y José Rogério CRUZ, *Constituição de 1988 e processo*, São Paulo, Saraiva, 1989.
- TUSHNET, Mark, *Weak Courts, strong rights: Judicial Review and social welfare rights in comparative constitutional law*, New Jersey, Princeton University Press, 2008.
- ZAGURSKI, Adriana Timóteo dos Santos y Danielle Anne PAMPLONA, “Judicialização da saúde e orçamento público”, *Revista do Direito*, vol. 1, núm. 48, 2016. <https://online.unisc.br/seer/index.php/direito/article/view/6498/4665>.doi:http://dx

Jurisprudencia

- SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, Agravo Regimental no Agravo de Instrumento 553712, Relator: ministro Ricardo Lewandowski, Brasília, DF, 19 de maio de 2002. www.stf.jus.br
- SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, Agravo Regimental no Agravo de Instrumento 553712, Relator: ministro Ellen Gracie, Brasília, DF, 03 de agosto de 2010. www.stf.jus.br
- SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, Agravo Regimental no Agravo de Instrumento 550530, Relator: ministro Joaquim Barbosa, Brasília, DF, 26 de junho de 2012. www.stf.jus.br
- SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, Agravo Regimental no Agravo de Instrumento 8228820, Relator: ministro Roberto Barroso, Brasília, DF, 10 de junho de 2014. www.stf.jus.br
- SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, Agravo Regimental no Agravo de Instrumento 810864, Relator: ministro Roberto Barroso, Brasília, DF, 18 de junho de 2014. www.stf.jus.br
- SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, Agravo Regimental no Recurso Extraordinário 516671, Relator: ministro Ricardo Lewandowski, Brasília, DF, 01 de junho de 2010. www.stf.jus.br
- SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, Agravo Regimental no Recurso Extraordinário 607381, Relator: ministro Luiz Fux, Brasília, DF, 31 de maio de 2011. www.stf.jus.br
- SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, Agravo Regimental no Recurso Extraordinário 626328, Relator: ministro Luiz Fux, Brasília, DF, 07 de junho de 2011. www.stf.jus.br
- SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, Agravo Regimental no Recurso Extraordinário 516671, Relator: ministra Cármen Lúcia, Brasília, DF, 20 de março de 2012. www.stf.jus.br
- SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, Agravo Regimental no Recurso Extraordinário 642536, Relator: ministro Luiz Fux, Brasília, DF, 24 de abril de 2012. www.stf.jus.br

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, Agravo Regimental no Recurso Extraordinário 716777, Relator: ministro Celso de Mello, Brasília, DF, 09 de abril de 2013. www.stf.jus.br

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, Agravo Regimental no Recurso Extraordinário 581353, Relator: ministro Celso de Mello, Brasília, DF, 29 de outubro de 2013. www.stf.jus.br

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, Agravo Regimental no Recurso Extraordinário 762242, Relator: ministro Dias Toffoli, Brasília, DF, 19 de novembro de 2013. www.stf.jus.br

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, Agravo Regimental no Recurso Extraordinário 740802, Relator: ministro Cármen Lúcia, Brasília, DF, 03 de dezembro de 2013. www.stf.jus.br

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, Agravo Regimental no Recurso Extraordinário 756149, Relator: ministro Dias Toffoli, Brasília, DF, 17 de dezembro de 2013. www.stf.jus.br

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, Agravo Regimental no Recurso Extraordinário 717290, Relator: ministro Luiz Fux, Brasília, DF, 18 de março de 2014. www.stf.jus.br

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, Agravo Regimental no Recurso Extraordinário 812748, Relator: ministro Celso de Mello, Brasília, DF, 24 de junho de 2014. www.stf.jus.br

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, Agravo Regimental no Recurso Extraordinário 814197, Relator: ministro Celso de Mello, Brasília, DF, 24 de junho de 2014. www.stf.jus.br

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, Agravo Regimental no Recurso Extraordinário 814541, Relator: ministro Celso de Mello, Brasília, DF, 24 de junho de 2014. www.stf.jus.br

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, Agravo Regimental no Recurso Extraordinário 820910, Relator: ministro Ricardo Lewandowski, Brasília, DF, 26 de agosto de 2014. www.stf.jus.br

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, Agravo Regimental no Recurso Extraordinário 818572, Relator: ministro Dias Toffoli, Brasília, DF, 02 de setembro de 2014. www.stf.jus.br

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo 803274, Relator: ministro Teori Zavascki, Brasília, DF, 13 de maio de 2014. www.stf.jus.br

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo 803281, Relator: ministro Teori Zavascki, Brasília, DF, 16 de setembro de 2014. www.stf.jus.br

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo 727764, Relator: ministro Celso de Mello, Brasília, DF, 04 de novembro de 2014. www.stf.jus.br

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo 801676, Relator: ministro Roberto Barroso, Brasília, DF, 19 de novembro de 2014. www.stf.jus.br

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 45, Relator: ministro Celso de Mello, Brasília, DF, 29 de abril de 2004. <http://www.stf.jus.br>

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, Audiência pública da judicialização do direito à saúde, Relator: ministro Gilmar Mendes. Brasília, DF, 27, 28 e 29 de abril e 4, 6 e 7 de maio de 2009. <http://www.stf.jus.br>

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, Embargos de Declaração no Recurso Extraordinário 800051, Relator: ministro Celso de Mello, Brasília, DF, 5 de agosto de 2014. www.stf.jus.br

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, Recurso Extraordinário 368.564, Relator: ministro Marco Aurélio, Brasília, DF, 13 de abril de 2011. www.stf.jus.br

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, Recurso Extraordinário 429903, Relator: ministro Ricardo Lewandowski, Brasília, DF, 25 de junho de 2014. www.stf.jus.br

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, Repercussão geral. www.stf.jus.br

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, Suspensões de Tutela Antecipada 175, 211 e 278, Suspensões de Segurança 3724, 2944, 2361, 3345 e 3355; Suspensão de Liminar 47, Relator: ministro Gilmar Ferreira Mendes, Brasília, DF, 16 de março de 2010. www.stf.jus.br

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, PET 5828, Decisão Monocrática de 06/10/2015. <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=308695000&ext>

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, Suspensão de Tutela Antecipada 828, Relator: ministro Ricardo Lewandowski, Brasília, DF, 08 de novembro de 2016. <https://portal.stf.jus.br/processos>

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, Recurso Extraordinário 566.471, Relator: ministro Marco Aurélio, Brasília, DF, 11 de março de 2020. www.stf.jus.br

ANEXO

Decisiones del Supremo Tribunal Federal acerca de la prestación del derecho fundamental a la salud (posteriores al “fallo de la salud”, 2010)

Ação	Ministro Relator	Natureza da decisão	Fundamentos da decisão
AI 553.712 - AgR/RS	Ricardo Lewandowski	Fornecimento de medicamentos a pessoas carentes	▪ Dever do Estado na prestação à saúde. ▪ Responsabilidade solidária dos entes. ▪ O STF não pode se mostrar indiferente ao problema da saúde da população sob pena de incidir em grave comportamento inconstitucional.
RE 516.671 AgR/RS	Ricardo Lewandowski	Complementação dos serviços prestados pelo SUS com aqueles da iniciativa privada	▪ O paciente pode livremente, por custos próprios, complementar o serviço prestado e arcado pelo SUS, o que não interfere no modo como a Administração deve distribuir os recursos públicos destinados à saúde. ▪ Acesso igualitário, art. 196/CF. ▪ Não houve ônus para a administração pública, foi dado um tratamento diferenciado ao caso diferenciado.
AI 734.487 - AgR/PR	Ellen Gracie	Implementação de políticas públicas – ampliação da unidade de terapia extensiva-adulta do Hospital Universitário	▪ Obrigação do Estado em criar condições objetivas que possibilitem o efetivo acesso de políticas públicas. ▪ Não há o que se falar de ingerência do Poder Judiciário em questão que envolve o poder discricionário do Poder Executivo, porquanto se revela possível ao Poder Judiciário determinar a implementação pelo Estado, quando inadimplente, de políticas públicas constitucionalmente previstas. ▪ A decisão agravada traz como precedente do STF a SL 47 AgR – utiliza trecho de análise do primeiro critério.
RE 368.564/DF	Marco Aurélio	Tratamento no exterior	▪ Saúde é direito do cidadão e dever do Estado. ▪ Impossibilidade de prevalecer sobre o cidadão aspectos econômicos e financeiros no que se refere ao seu direito à saúde e à vida. ▪ Não discutiu o caráter experimental do tratamento e a existência no Brasil de profissionais habilitados a implementá-lo.

Ação	Ministro Relator	Natureza da decisão	Fundamentos da decisão
RE 607.381 AgR/SC	Luiz Fux	Fornecimento de medicamentos	▪ Dever do Estado na implementação de políticas públicas. ▪ Solidariedade passiva entre os entes estatais. ▪ Recurso para efeitos protelatórios.
RE 626.328 AgR/RS	Luiz Fux	Fornecimento de fraldas	▪ Não houve prequestionamento da matéria.
RE 665.764 AgR/RS	Cármen Lúcia	Pagamento de parcelas referentes às despesas hospitalares com beneficiários do SUS	▪ O Poder Judiciário poderá determinar a implementação de políticas públicas nas questões relativas ao direito constitucional à saúde, desde que não haja inovação jurídica, para determinar que o Poder Executivo cumpra as políticas antes estabelecidas nos termos constitucionais. ▪ Responsabilidade solidária dos entes federados. ▪ A decisão agravada traz como precedente do STF a SL 47 AgR – ementa da decisão. ▪ A decisão traz como precedente do STF 3.355-AgR/RN – condizente à solidariedade dos entes.
RE 668.724 AgR/RS	Luiz Fux	Fornecimento de fraldas	▪ Não houve prequestionamento sobre a matéria.
AI 550.530 AgR/ PR	Joaquim Barbosa	Tratamento cirúrgico	▪ Direito à saúde e dever do Estado. ▪ Obrigação solidária. ▪ Caráter programático. ▪ Questão de prequestionamento.
RE 642.536 AgR/AM	Luiz Fux	Determinação de adoção de medidas para a melhoria do sistema	▪ Princípio da Separação de Poderes. ▪ Análise da reserva do possível frente ao mínimo existencial. ▪ Escassez de recursos. ▪ As escolhas trágicas. ▪ A decisão agravada traz como precedente do STF a SL 47 AgR – referente à controvérsia do Poder Judiciário poder determinar ao Poder Executivo a adoção de providências administrativas.
RE 716.777 AgR/RS	Celso Mello	Tratamento médico – oncológico	▪ Pessoa destituída de recursos financeiros. ▪ Dever constitucional do Estado. ▪ Inviolabilidade do direito à vida. ▪ Ao Poder Público cabe formular e implementar políticas sociais e econômicas que visem garantir ao cidadão o acesso universal e igualitário à assistência médico-hospitalar.

			▪ Caráter programático do art. 196/CF. ▪ Implementação de prestações positivas. ▪ Responsabilidade solidária. ▪ Dever de fornecimento gratuito de tratamento médico e medicações indispensáveis a pessoas carentes.
AI 824.946 ED/ RS	Dias Toffoli	Fármaco que não consta dos registros da ANVISA, mas que foi receitado ao paciente; Inclusão na lista de medicamentos excepcionais que devem ser fornecidos pelo Estado do Rio Grande do Sul.	▪ O implemento do direito à saúde impõe ao Estado o fornecimento dos meios necessários ao tratamento médico dos necessitados. ▪ Matéria ainda não discutida em sede de STF.
RE 581.352 AgR/RS	Celso de Mello	Ampliação e melhoria no atendimento de gestantes em maternidades estaduais.	▪ Dever do Estado de assistência materno-infantil. ▪ Obrigação jurídico-constitucional que se impõe ao Poder Público, inclusive aos Estados-Membros. ▪ Omissão inconstitucional imputável ao Estado-Membro. ▪ Desrespeito à Constituição provocado por inércia estatal. ▪ Reserva do possível versus mínimo existencial. ▪ O papel do Poder Judiciário na implementação de políticas públicas instituídas pela Constituição e não efetivadas pelo Poder Público. ▪ Teoria dos “limites dos limites”. ▪ Questão das “escolhas trágicas”. ▪ Controle jurisprudencial da legitimidade da omissão do Estado. ▪ Implementação de políticas públicas. ▪ Legitimidade ativa do Ministério Público na Ação Civil Pública.
RE 762.242 AgR/RJ	Dias Toffoli	Fornecimento de medicamento não constante na lista do SUS	▪ Direito à saúde. ▪ Dever do Estado. ▪ Não violação do princípio da Separação dos Poderes.

Ação	Ministro Relator	Natureza da decisão	Fundamentos da decisão
RE 740.800 AgR/RS	Cármem Lúcia	Aumento de leitos em unidade de terapia intensiva – UTI	- Intervenção judicial que não se configura substitutiva de prerrogativa do Poder Executivo. - Determinação de implementação de políticas públicas existentes. - A decisão agravada traz como precedente do STF a SL 47 AgR – referente à controvérsia do Poder Judiciário poder determinar ao Poder Executivo a adoção de providências administrativas. Também, referente às conclusões retiradas da Audiência Pública da Saúde.
RE 756.148 AgR/RS	Dias Toffoli	Fornecimento de medicamento que não conste na lista do SUS	- Direito à saúde. - Dever do Estado. - Solidariedade entre os entes federativos.
RE 717.290 AgR/RS	Luiz Fux	Fornecimento de medicamentos e tratamento	- Direito à saúde. - Dever do Estado. - Solidariedade entre os entes federativos. - A decisão traz como precedente do STF 3.355-AgR/RN – ementa da decisão.
RE 803.274 AgR/MG	Teori Zavaski	Medicamento de alto custo	- Direito à saúde. - Dever do Estado. - Solidariedade entre os entes federativos. - A decisão agravada traz como precedente do STF a SL 47 AgR e a STA 175 AgR – ementa da decisão.
AI 822.882 AgR/ MG	Roberto Barroso	Medicamento de baixo custo	- Direito à saúde. - Fornecimento pelo Poder Público. - Solidariedade entre os entes federativos. - A decisão agravada traz como precedente do STF a SL 47 AgR – ementa da decisão e a STA 175 AgR – citação do segundo critério.
RE 814.197 AgR/PE	Celso de Mello	Tratamento médico	- Pessoa destituída de recursos financeiros. - Dever constitucional do Estado. - Inviolabilidade do direito à vida. - Ao Poder Público cabe formular e implementar políticas sociais e econômicas que visem garantir ao cidadão o acesso universal e igualitário à assistência médico-hospitalar. - Caráter programático do art. 196/CF. - Implementação de prestações positivas.

			▪ Responsabilidade solidária. ▪ Dever de fornecimento gratuito de tratamento médico e medicações indispensáveis a pessoas carentes.
RE 812.748 AgR/AL	Celso de Mello	Fornecimento de Medicamentos	▪ Pessoa destituída de recursos financeiros. ▪ Dever constitucional do Estado. ▪ Inviolabilidade do direito à vida. ▪ Ao Poder Público cabe formular e implementar políticas sociais e econômicas que visem garantir ao cidadão o acesso universal e igualitário à assistência médico-hospitalar. ▪ Caráter programático do art. 196/CF. ▪ Implementação de prestações positivas. ▪ Responsabilidade solidária. ▪ Dever de fornecimento gratuito de tratamento médico e medicações indispensáveis a pessoas carentes.
Ag. Reg. no RE 814.541/PI	Celso de Mello	Fornecimento de Medicamentos	▪ Pessoa destituída de recursos financeiros. ▪ Dever constitucional do Estado. ▪ Inviolabilidade do direito à vida. ▪ Ao Poder Público cabe formular e implementar políticas sociais e econômicas que visem garantir ao cidadão o acesso universal e igualitário à assistência médico-hospitalar. ▪ Caráter programático do art. 196/CF. ▪ Implementação de prestações positivas. ▪ Responsabilidade solidária. ▪ Dever de fornecimento gratuito de tratamento médico e medicações indispensáveis a pessoas carentes.
RE 429.903/RJ	Ricardo Lewandowski	Fornecimento de medicamentos e manutenção de estoque	▪ O Estado não se opõe a fornecer o medicamento de alto custo a portadores da doença de Gaucher, buscando apenas eximir-se da obrigação, imposta por força de decisão judicial, de manter o remédio em estoque pelo prazo de dois meses. ▪ Omissão estatal. ▪ Princípio da Separação de Poderes. ▪ O Estado age de forma ilegítima e viola o direito à saúde dos pacientes. ▪ Falha do Estado em executar uma ação de saúde pública que ele mesmo se propôs a realizar.

Ação	Ministro Relator	Natureza da decisão	Fundamentos da decisão
RE 818.572 AgR/CE	Dias Toffoli	Fornecimento de medicamento de alto custo	▪ Direito à saúde. ▪ Dever do Estado. ▪ Solidariedade entre os entes federados. ▪ Repercussão geral reconhecida. ▪ A decisão agravada traz como precedente do STF a SL 47 AgR e a STA 175 AgR – ementa da decisão.
ARE 803.281 AgR/RJ	Teori Zavaski	Fornecimento de medicamentos	▪ Direitos indisponíveis. ▪ Direito à saúde. ▪ Dever do Estado. ▪ Obrigação solidária. ▪ Omissão estatal. ▪ Concretização de políticas públicas pelo Poder Judiciário. ▪ Legitimidade do MP no caso. ▪ Limites orçamentários, porém o Poder Público não pode se limitar do encargo constitucional. ▪ Não se trata de interferência do Poder Judiciário, mas ingerência ilegítima de um poder na esfera de outro. ▪ A decisão agravada traz como precedente do STF a SL 47 AgR e a STA 175 AgR – ementa da decisão.
RE 727.764 AgR/PR	Celso de Mello	Serviços hospitalares prestados por instituições privadas em benefício de pacientes do SUS atendidos pelo SAMU nos casos de urgência e de inexistência de leitos na rede pública	▪ Dever estatal de assistência à saúde e de proteção à vida resultante de norma constitucional. ▪ Obrigação jurídico-constitucional que se impõe aos Estados. ▪ Omissão estatal. ▪ Cláusula da reserva do possível e sua inaplicabilidade frente ao mínimo existencial. ▪ A reserva do possível na perspectiva dos custos dos direitos. ▪ A teoria dos “limites dos limites”. ▪ Caráter programático. ▪ Questão das escolhas trágicas. ▪ Controle jurisdicional de legitimidade da omissão do Poder Público. ▪ Observância dos parâmetros constitucionais. ▪ Proibição de retrocesso social – proteção ao mínimo existencial – vedação da proteção insuficiente – proibição de excesso.

			▪ Ação civil pública como instrumento processual adequado à proteção jurisdicional de direitos revestidos de metaindividualidade. ▪ Responsabilidade solidária dos entes.
AI 810.864 AgR/RS	Roberto Barroso	Fornecimento de fraldas	▪ Direito à saúde. ▪ Menor portador de doença grave. ▪ Fornecimento pelo Poder Público de fraldas descartáveis. ▪ Inexistência de ofensa ao princípio da separação de poderes. ▪ Solidariedade dos entes federados. ▪ A decisão agravada traz como precedente do STF a SL 47 AgR – ementa da decisão.
ARE 800.051 ED/RJ	Celso de Mello	Tratamento médico	▪ Pessoa destituída de recursos financeiros. ▪ Direito à vida e à saúde. ▪ Fornecimento gratuito de meios indispensáveis ao tratamento e à preservação da saúde de pessoas carentes. ▪ Caráter programático. ▪ Direito público subjetivo. ▪ Dever constitucional do Estado. ▪ Responsabilidade solidária.
ARE 801.676 AgR/PE	Roberto Barroso	Tratamento adequado	▪ Direito à saúde. ▪ Fornecimento pelo Poder Público de tratamento adequado. ▪ Solidariedade entre os entes federativos. ▪ Não ocorrência de violação ao princípio da Separação dos Poderes. ▪ Prevalência do direito à vida, colisão de direitos fundamentais. ▪ A decisão agravada traz como precedente do STF a SL 47 AgR – ementa da decisão.
RE 820.910 AgR/CE	Ricardo Lewandowski	Compelir os entes federados a entregar medicamentos a indivíduos indeterminados	▪ Interesses individuais indisponíveis. ▪ Legitimidade do Ministério Público. ▪ Direito à saúde. ▪ Dever do Estado. ▪ Limites orçamentários. ▪ Realização de tratamento médico. ▪ Solidariedade entre os entes federativos. ▪ Omissão da Administração Pública. ▪ Possibilidade de concretização de políticas públicas pelo Poder Judiciário. ▪ Não violação ao princípio da Separação entre Poderes.

ATIVISMO *VERSUS* DECISIONISMO E AUTOCONTENÇÃO *VERSUS* PASSIVISMO JUDICIAIS NO BRASIL

Dimitri Dimoulis, Soraya Lunardi, Leonardo Martins*

INTRODUÇÃO

A jurisdição constitucional brasileira, tendo como inquestionável protagonista o Supremo Tribunal Federal, não está apenas na primeira página dos jornais quase cotidianamente, o que *per se* constitui uma peculiaridade no contexto da justiça constitucional mundial. O elemento ainda mais interessante é que tanto a opinião pública como a doutrina jurídica, constitucional e “constitucionalizada”, compreendem a atuação da justiça constitucional como a de um agente político que pode mudar o direito e, eventualmente, a realidade social. A maioria parece concordar com essa compreensão, com ou sem ressalvas. Mas, mesmo quem discorda e critica esse “ativismo” reconhece que ocorreu efetivamente uma mudança de papel e isso modifica a configuração do sistema jurídico brasileiro.

O texto pretende refletir criticamente sobre essa situação, oferecendo uma abordagem jurídica. O que significam do ponto de vista do direito constitucional, processual e material, os conceitos de ativismo e de autocontenção? Quais suas consequências e possíveis equívocos? Utilizaremos estudos doutrinários (cap. II) e exemplos jurisprudenciais (cap. III) para sugerir algumas respostas.

* *Dimitri Dimoulis*: Doutor em direito e pós-doutorado em direito pela Universität Saarland (Alemanha). Professor da Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas (graduação e mestrado). Diretor do Instituto Brasileiro de Estudos Constitucionais.

Soraya Lunardi: Doutora em direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Pós-doutorado pela Universidade Politécnica de Atenas. Professora de direito público da Universidade Estadual Paulista (Unesp).

Leonardo Martins: Doutor em Direito pela Humboldt-Universität zu Berlin (HUB), Berlin, Alemanha. *Ambassador Scientist* da Alexander von Humboldt Foundation no Brasil. Professor de Direito Constitucional e Direitos Fundamentais nos Programas de Graduação e Pós-Graduação em Direito da UFRN (PPGD-UFRN). leonardomartins@yahoo.de

CONCEITOS DE ATIVISMO JUDICIAL E PARÂMETROS CONSTITUCIONAIS

Problemas de definição¹

Quem examina a problemática do ativismo judicial constata facilmente a falta de delimitação do termo.² Ora, a clareza da definição é pré-requisito de análise dessa prática judicial, especialmente para verificar a pertinência das críticas sobre o ativismo. Como se posicionar perante o ativismo se não se sabe quais magistrados e decisões são ativistas? Enquanto persiste a confusão sobre o termo, prevalecem definições emocionais-políticas que usam o ativismo como termo pejorativo para desqualificar decisões ou tribunais contrárias a certas posições políticas, em particular rejeitando as posturas progressistas dos tribunais. Tais definições não promovem o debate sobre a legitimidade da atuação do Judiciário no controle de constitucionalidade.

Kmiec afirma que o termo *judicial activism* foi empregado pela primeira vez em 1947 pelo historiador e político do partido democrata Arthur Schlesinger Jr. em artigo na Revista *Fortune*. O termo foi utilizado para comentar as linhas de atuação da Suprema Corte na época do *New Deal*: a primeira linha (liderada pelos juízes Douglas e Black) entendia que a Suprema Corte pode desempenhar um papel de efetivação de políticas para a promoção do bem-estar social com base nas concepções políticas dos juízes. A segunda linha (liderada por Jackson e Frankfurter) defendia uma postura de autocontenção judicial, deixando o cuidado para as políticas públicas aos poderes eleitos pelo povo.³

A opção da primeira linha foi denominada pelo autor de ativismo judicial, afirmando que, apesar de seu caráter politicamente progressista, pode representar uma ameaça à democracia, pois as decisões básicas sobre a proteção dos direitos fundamentais e a política social deviam ser tomadas por instituições eleitas democraticamente.⁴

Schlesinger Jr. cunhou o termo, aplicando-o à análise das tendências ideológicas da Suprema Corte, mas não definiu o *conceito* nem mesmo apresentou

1 Essa seção utiliza elementos de Dimoulis e Lunardi, 2011, pp. 460-462.

2 Sobre esse ponto cfr. Keenan Kmiec, "The origin and current meanings of 'judicial activism'", *California Law Review*. vol. 92, p. 1442 e Elival da Silva Ramos, 2010, pp. 128-129. Entre estudos mais recentes, cf. Thiago Aguiar Pádua, 2015, Glauco Salomão Leite, 2017 e Júlio Grostein, 2019.

3 Keenan Kmiec, "The origin and current meanings of 'judicial activism'", *California Law Review*. vol. 92, pp. 1446-1448.

4 *Ibid.*, p. 1447.

critérios para classificar uma postura ou decisão no “ativismo”.⁵ O termo foi retomado em artigos do jurista Edward McWhinney. O autor analisou os dilemas ideológicos e jurídicos da Suprema Corte no Canadá e nos EUA em decisões que envolvem questões políticas sensíveis. Sem rejeitar o ativismo, criticou juizes ativistas por não serem politicamente preparados e legitimados a traduzir anseios da comunidade nesses assuntos.⁶ Posteriormente, McWhinney criticou a indeterminação dos termos “ativismo judicial” e “autocontenção judicial” (*judicial self-restraint*), assim como seu caráter simplista que não permite classificar as decisões e posturas da Suprema Corte dos EUA, na qual não há contraposições frontais, mas diferenças sutis no aspecto temporal (em qual momento um juiz se mostra ativista) e no aspecto temático (em quais temas mostra-se ativista certo juiz).⁷ Críticas parecidas às distorções e simplificações do suposto embate entre ativistas e passivistas encontramos em artigo publicado em 1959 pelo professor de direito penal Sanford Kadish, que considera essa contraposição como uma maneira de “transformar problemas delicados e difíceis em um melodrama”, sem levar em consideração a complexidade e a tecnicidade do ofício de julgar.⁸

A busca por uma definição do termo mostra que, apesar da multiplicidade e das incertezas, há duas alternativas de definição para quem não deseja utilizar o termo de maneira emocional.

Uma primeira vertente é de cunho *quantitativo*. Identifica como ativistas os juizes que intervêm demasiadamente nas decisões dos demais poderes, afetando sua separação e equilíbrio. Essa visão quantitativa não convence. Quem e como define em quais casos o juiz intervém “pouco” ou “muito”? Ainda que se estabeleça um quadro comparativo no tempo e entre países, mostrando uma atividade particularmente intensa em certo período ou país, isso não permite concluir algo sobre o “ativismo”, pois o grande número de declarações de inconstitucionalidade não significa que um tribunal seja ativista. Sua atividade intensa pode ser consequência da atuação sistemática do legislador em desrespeito à Constituição ou da amplitude das competências judiciais em certo ordenamento. Não se pode chamar de “ativista” um médico que atende muitos pacientes durante uma epidemia!

A segunda forma de definição é a *qualitativa*. Não interessa a frequência da intervenção, mas o critério de atuação (ou de não atuação) do juiz. Essa

5 *Ibidem*, p. 1450.

6 *Apud* Keenan Kmiec, “The origin and current meanings of ‘judicial activism’”, *California Law Review*, vol. 92, 2004, p. 1452.

7 Edward McWhinney, “The Great Debate. Activism and Self-Restraint and Current Dilemmas in Judicial Policy-Making”, *New York University Law Review*, vol. 33, 1958, pp. 790–794.

8 Sanford Kadish, “A note on judicial activism”. *Utah Law Review*, vol. 6, 1959, p. 467.

perspectiva é promissora, mas exige que sejam formulados critérios claros, deduzidos de uma teoria de interpretação do direito. Tais critérios não foram formulados na doutrina consultada. Isso se deve à dificuldade de distinguir entre ativismo qualitativo e atuação inconstitucional-ilegal do julgador. Aquele que atua além dos limites constitucionalmente estabelecidos contraria a Constituição e abandona o papel de seu guardião. Em tais casos, quem se refere ao ativismo usa um eufemismo para a violação do direito.

Essas observações em torno da definição indicam que o termo “ativismo judicial”, apesar de amplamente utilizado em debates jurídicos e políticos, esconde sérios problemas teóricos com repercussões na interpretação das normas constitucionais e no desenvolvimento de uma consistente dogmática do controle de constitucionalidade.

Parâmetros constitucionais do ativismo judicial

Os aspectos puramente teórico-constitucionais não mais interessam aqui. Isso porque diante e para além dessa diversidade conceitual teoricamente marcada, especialmente pelas teorias da legitimidade da justiça constitucional, cabe ao intérprete pragmaticamente buscar respostas nos parâmetros constitucionais vigentes. Para isso não basta operarmos com clichês arraigados no debate como, por exemplo, de que não se poderia permitir ao “guardião da Constituição” transformar-se no “senhor da Constituição”. De tão óbvio que, a par da função legislativa do Estado, o primeiro destinatário das normas constitucionais seja o próprio suposto guardião da Constituição, podemos virar a página, seguir em frente. Deveríamos, ao menos.

Como com razão se afirmou na ciência jurídico-constitucional alemã, nenhuma teoria e nenhum método hermenêutico vinculam o Tribunal Constitucional Federal alemão.⁹ Ao contrário, reconhece-se uma diversidade teórica e metodológica que, todavia, não obstaram o desenvolvimento de linhas jurídico-dogmáticas que se consolidaram na sua jurisprudência a ponto de lhe outorgar uma significativa estabilidade quando comparada a Cortes constitucionais de outras democracias ocidentais.

Como adiante se verá, uma Corte constitucional, como frequentemente ocorre com o STF, pode falhar na sua tarefa de intérprete final (ainda que não definitivo, diante da possibilidade de o legislador e os tribunais adotarem novas

9 Sobre a ausência de vinculação metodológica em outros países, cfr. Dimitri Dimoulis e Soraya Regina Gasparetto Lunardi, *Curso de processo constitucional*. São Paulo, RT – Thomson Reuters, 2020, pp. 288–291.

interpretações) da Constituição também por inação ou omissão. Isso podemos alinhar, em contraposição ao ativismo judicial, de “passivismo judicial”, com impactos muito negativos. Nesse contexto, é certo que normas como a do art. 2º da CF, que positivou o princípio da “separação de poderes”, muito pouco ajudam o intérprete e a própria Corte a achar a estreita faixa de passagem entre *Cila* e *Caribdis*.

Também o tão alardeado modelo estadunidense de autocontenção parece não passar de um desiderato ou de um programa dependente das visões teóricas a respeito da legitimidade da Justiça constitucional. Fosse o suposto modelo de autocontenção realmente viável, não haveria tanta celeuma por conta de os republicanos terem logrado nomear em 2020 mais uma “Justice”, alinhada com suas concepções sobre a aplicação da Constituição, de modo a todo analista político ressaltar a atual proporção 6X3 de juízes nomeados por presidentes republicanos em relação àqueles nomeados por presidentes democratas.

O debate é profícuo no âmbito de outras disciplinas social-científicas ou de ciências humanas, incluindo a filosofia e a ciência política e a sociologia do direito.¹⁰ Mas discussões sobre o que é “legítimo” uma Corte constitucional fazer e decidir são bastante estereis, quando se trata de investigar os *pressupostos normativos* da correta interpretação e aplicação de normas dotadas de supremacia. Por que não finalmente pressupor a legitimidade da Justiça constitucional? Em outras palavras: por que não apartar a problemática da legitimidade material da legitimidade formal derivada de normas constitucionais positivas, como a norma do art. 101 da CFB em combinação com a garantia da inafastabilidade da jurisdição, que torna a justiça competente (“legitimada”) para decidir sobre qualquer lesão ou ameaça de lesão a direito (art. 5º, XXXV da CFB)? Nesse sentido, a discussão sobre legitimidade transforma-se em discussão sobre as *competências* do juiz constitucional em cada ordenamento e a *forma* de seu exercício (interpretação de normas materiais e processuais, reflexão sobre os métodos de interpretação).

É certo que o problema adquire nuances diferentes a depender de se tratar de um sistema de controle de constitucionalidade integrado/difuso ou isolado/concentrado. Com seu monopólio confiado a apenas uma Corte, a um único juiz natural de questões constitucionais,¹¹ da competência para o *descarte de norma*, o segundo tem vantagens irrefutáveis em termos de segurança jurídica e

10 Pensando na necessidade de (in)formação multidisciplinar dos operadores do direito, publicação anterior dedicou capítulo especial aos “problemas de legitimidade da justiça constitucional”, sem, contudo, utilizar a problemática para resolver problemas jurídicos da jurisdição constitucional (*apud* Dimoulis e Gasparetto Lunardi, *op. cit.*, pp. 354–387).

11 Cfr. Leonardo Martins, “Questões Constitucionais na Ordem Processual: entre a Repercussão Geral e a Tutela de Direitos Fundamentais Individuais”, *Espaço Jurídico Journal of Law – EJJL*, vol. 20, num. 1, pp. 44, 50–57.

estabilização sistêmica que não têm como ser mais bem perseguidas aqui. Relevante agora é tão somente ressaltar o seguinte: em sistemas “integrados” ou difusos como o do Brasil, a *competência para o descarte de norma* pode recrudesecer o problema também na base da jurisdição ordinária. Esse ocorre principalmente quando essa competência vem desacompanhada de uma tradição ou devida garantia do exercício da *competência judicial para o exame de normas quanto à sua constitucionalidade* por todo juiz togado que deveria autorrestringir-se toda vez que sua resolução de mérito de uma lide tivesse impacto em direitos fundamentais.¹² As tentativas, do constituinte reformador e do legislador processual civil, de alçar precedentes judiciais de tribunais superiores à categoria de fonte de direito vinculante, iniciando com a Emenda constitucional 45 de 2004, não tiveram êxito. Materialmente, conturbam ainda mais o ambiente em que muitas decisões não apresentam fundamento jurídico algum e, processualmente, não garantem uniformidade e, muito menos, celeridade.¹³

Nesse sentido, não é indicado ater-se a rótulos correspondentes às dicotomias aludidas já no título de nossa contribuição do ativismo *versus* decisionismo, de um lado, ou autocontenção *versus* passivismo, de outro. Muitas vezes elas fazem apenas representar correntes teóricas e posições políticas que concorrem para a formação da “opinião pública” no âmbito teórico-jurídico. Porém, é natural que, indo além de toda a possível, provável e aqui temida esterilidade dogmática, possamos ocupar, como a disposição das dicotomias sugere, os termos de maneira original, empregando-lhes um conteúdo mais bem definido. Do lado do comportamento comissivo de Cortes constitucionais e juizes (até monocráticos) que, em países nos quais se adotou, como no Brasil, o referido modelo integrado, a locução *ativismo judicial* pode ser entendida como antônima de *decisionismo judicial*, i.e., como postura ainda compatível com a Constituição. *Mutatis mutandis* poder-se-ia aplicar a relação do lado do comportamento omissivo mediante a oposição *autocontenção versus passivismo*, sendo o último incompatível com os parâmetros constitucionais.

Por isso, o foco da próxima seção recai sobre a busca de critérios gerais para identificar uma decisão jurisdicional inconstitucional à luz da figura da interpretação conforme a Constituição que foi mal importada da ciência jurídico-constitucional alemã e consequentemente mal compreendida no debate brasileiro.

12 Ou praticar “*autocontenção judicial* desde a primeira instância” (*Ibid.*, p. 50).

13 Sobre as disfunções processuais envolvendo o represamento de milhões de processos na espera de julgamentos do STF, cfr. o estudo jurisprudencial em Luciana Oliveira Ramos, Luciana Gros Cunha e Dimitri Dimoulis (org.), *Um balanço da reforma do judiciário. Os efeitos da reclamação constitucional e da “repercussão geral” nas práticas decisórias do Supremo Tribunal Federal e do Tribunal de Justiça de São Paulo*, Belo Horizonte, Arraes, 2020.

ATIVISMO JUDICIAL INCONSTITUCIONAL (DECISIONISMO) NA JURISPRUDÊNCIA DO STF ILUSTRADO NO USO DA INTERPRETAÇÃO CONFORME A CONSTITUIÇÃO

Pressuposta à análise da problemática, a importação da figura da interpretação conforme a Constituição que, diferentemente do ocorrido na Alemanha, seu país de origem, onde permaneceu sendo um instituto resultado de labor pretoriano constitucional, acabou fazendo carreira legislativa no Brasil. Se por ação ou inação, o STF deve ser consistentemente alertado pela comunidade acadêmico-científica toda vez que abusar de suas competências. Aqui nos limitamos a indicar alguns caminhos com mera intenção programática. Contudo, resta claro que, em face de nosso propósito, podemos prescindir, como aludido, do debate teórico em torno da legitimidade material da Justiça constitucional.

Do inseguro traçado da fronteira entre autocontenção devida e passivismo judiciais¹⁴

Qualificar o STF como ativista se tornou corriqueiro. Quem afirma isso considera o STF ativista em dois sentidos. Primeiro, em razão do intenso questionamento de decisões dos demais poderes, principalmente de leis. Segundo, no sentido da utilização de formas de interpretação e de ação processual “criativas” e “livres” que aumentam seus poderes.

O Tribunal é certamente ativista em razão da criatividade (e da imprevisibilidade) dos métodos utilizados e das posições de cada Ministro. Mas seria também ativista no sentido quantitativo do intenso questionamento dos demais Poderes? Nos anos 2000, o STF se tornou protagonista na configuração do sistema de direitos fundamentais, com decisões de ampla repercussão jurídica e política. Basta lembrar das decisões sobre o racismo, a execução das penas por crimes hediondos, a reforma tributária, a biotecnologia, a infidelidade partidária, a tutela dos direitos dos índios, a união estável de pessoas do mesmo sexo, o aborto no caso de anencefalia e as ações afirmativas a favor de grupos socialmente fragilizados. Nesse “ativismo” se incluem decisões sobre a efetivação de alguns direitos sociais, com censura de omissões legislativas e executivas.

Mas essas decisões, por mais que sejam relevantes, são insuficientes para confirmar o rótulo de Tribunal ativista. Além de serem mais raras e menos relevantes decisões do Tribunal sobre questões de direitos fundamentais nos anos de 2010, dados mostram que o Supremo Tribunal Federal atua como Corte passivista, evitando conflitos com os demais poderes e postergando decisões em questões

14 Essa seção corresponde, com alterações e acréscimos, à publicação de Dimitri Dimoulis e Soraya Regina Gasparetto Lunardi, “A tendência passivista do Supremo”, *JOTA*, 2015.

sensíveis.¹⁵ A questão fundamental é saber se o Supremo interfere em relevantes decisões do Legislativo e do Executivo federal. Desde 1988 se configurou um sistema político no qual o Executivo e o Legislativo federal tendem a funcionar de maneira unificada. Firmam acordos e compromissos entre lideranças políticas, sendo exercida a política do Estado de maneira consensual, com base no denominado presidencialismo de coalizão.

Independentemente da composição partidária dessa coalizão, suas decisões com relevância política ou econômica foram quase sempre acatadas pelo Supremo. A esmagadora maioria de normas declaradas inconstitucionais são estaduais ou oriundas do próprio Judiciário, e não da coalização que governa o país. Isso significa que o Tribunal não desempenhou a função “contramajoritária” que está na base do ativismo judicial.

Identificamos também uma opção passivista quando o STF posterga (ou evita) a tomada de decisões de mérito, demorando em alguns casos 20 ou 30 anos para decidir uma questão, como ocorreu nas ADI 73, 94, 127, 136, 170. Isso explica a alta proporção de ações de controle de constitucionalidade que perdem o seu objeto em razão da revogação da norma questionada. Trata-se do *uso estratégico de importante e silenciosa arma processual*: a elaboração da pauta do Supremo de maneira discricionária, com base na interação do Relator com o Presidente.

Há exemplos eloquentes dessa “decisão de não decidir”: a validade e extensão da lei de anistia política de 1979 não foi decidida definitivamente, sendo pendente desde 2011 o julgamento do conflito do Supremo com a Corte Interamericana de Direitos Humanos; ações sobre os planos econômicos de 1980 e 1990 (Bresser, Verão, Collor I e II) tampouco foram julgadas pelo Tribunal, aguardando decisão desde 2008; o financiamento das campanhas eleitorais por pessoas jurídicas, tema de particular relevância e urgência, foi decidido com atraso politicamente expressivo, tendo sido a ADI protocolada em 2011 e, em razão de pedido de vista, decidida apenas em 2015; o Código Florestal de 2013, questionado em dispositivos considerados lesivos ao meio ambiente, tendo sido tomada decisão apenas em 2018 e ainda com recursos pendentes.

Uma lista completa das “decisões de não decidir” incluiria dezenas de leis federais relevantes e mesmo Emendas constitucionais que aguardam resposta ao questionamento de sua constitucionalidade há mais de uma década. Entra elas, a Lei de Responsabilidade Fiscal e a lei que regulamentou a ADPF (ambas as ADI

15 Cfr. pesquisa nossa sobre a inércia do STF em relação a questionamentos da constitucionalidade de medidas provisórias e leis federais no primeiro ano do governo Bolsonaro em Lunardi e Dimoulis, 2020.

protocoladas em 2000), assim como a mais recente Emenda constitucional 103 de reforma da previdência, que afeta milhões de aposentadas e aposentados.

Mesmo as tão discutidas decisões do Supremo sobre a distribuição gratuita de remédios não autorizados pelos demais Poderes corroboram a tese do passivismo. O Tribunal não aplicou o mesmo entendimento em todos os pedidos, havendo decisões de indeferimento com base em considerações consequencialistas (custo do tratamento, número de pacientes e outras variáveis de impacto sobre os cofres públicos). A negativa se deu nos processos de tutela coletiva, como na Suspensão de Tutela Antecipada n. 91, o que confirma a opção da inércia em casos com maior impacto econômico e político.

Além disso, a generosidade do Tribunal em relação aos remédios em processos individuais é uma exceção que confirma o passivismo quanto aos demais direitos sociais. Isso provavelmente se explica pelo baixo impacto orçamentário da concessão de remédios em comparação com o custo de decisões “ativistas” nos campos da previdência social, da moradia e dos direitos dos trabalhadores.

O passivismo do Supremo que convalida as leis federais e opções do governo ou eterniza os processos tem um complemento paradoxal: o *ativismo arbitrário* na atuação individual dos Ministros. Decisões importantes sobre temas constitucionais são tomadas de maneira rápida por um único Ministro, sem que sejam reexaminadas pelo Tribunal em prazo razoável.

O caso mais conhecido se refere à Emenda constitucional n. 73, que criou Tribunais Regionais Federais. Foi suspensa por liminar do Ministro Joaquim Barbosa em 2013, um dia após o protocolo da ADI. Até 2020 não houve manifestação do Plenário, continuando suspensa, com base na decisão de um único Ministro, uma norma criada pelo Poder Constituinte Reformador.

O mesmo ocorreu com a Lei 12.374 de 2013, que modificou a distribuição dos royalties do petróleo entre Estados e Municípios. A Ministra Carmem Lúcia concedeu liminar que suspendeu importante parte da lei em 2013, três dias após o protocolo. Tampouco houve decisão do Plenário sobre a liminar até 2020.

A observação da atuação do Supremo não justifica avaliações otimistas de sua *performance*. E confirma a necessidade de reformas das normas processuais e das práticas decisórias para evitar práticas discrepantes, entre as quais a possibilidade de um único integrante do Tribunal, o que denominamos *ativismo arbitrário* e outros autores *ministrocracia*.¹⁶

16 Diego Werneck Arguelles e Leandro Molhano Ribeiro, “O Supremo individual. Mecanismos de atuação direta dos Ministros sobre o processo político”, *Direito, Estado e Sociedade*, núm. 46, 2015, e “Ministrocracia. O Supremo Tribunal individual e o processo democrático brasileiro”, *Novos Estudos Cebrap*, vol. 37-1, 2018.

O STF entre ativismo e passivismo judiciais: uma avaliação do impacto social¹⁷

As decisões que se pronunciam em matérias constitucionais costumam ter grande relevância social e política. Sua avaliação deve ser realizada com métodos da ciência política e da sociologia com base em pesquisas principalmente quantitativas. Na bibliografia nacional há poucas pesquisas desse tipo.¹⁸ Muitos autores enxergam um ativismo “extraordinário” do STF.¹⁹ Como dissemos, parece-nos que a postura do STF é *passivista* ou deferente em muitos campos do direito:

- a. No âmbito dos *direitos sociais*, os Tribunais pouco modificam as políticas públicas. São inexistentes as declarações de inconstitucionalidade na área da moradia, da educação e das políticas de combate à pobreza. Tampouco o STF questionou as reformas dos governos Temer e Bolsonaro desde 2016 que limitaram o gasto público com direitos sociais e diminuíram os direitos trabalhistas, incluindo fortes limitações ao orçamento federal (“teto de gastos”).
- b. No que diz respeito aos *direitos de status negativus* (direitos individuais), os Tribunais, incluindo o STF, têm atuação mais acentuada. Em particular nas áreas do direito tributário, do direito previdenciário e em relação a prisões ilegais, temos um controle bastante ativo. Mesmo assim, há demora nas decisões e falta de jurisprudência consolidada para muitos direitos fundamentais: por exemplo, os direitos de reunião, de associação e de propriedade. Faltam também posicionamentos claros do STF em referência a temas polêmicos e relevantes, como a repressão das drogas ilícitas e os direitos reprodutivos da mulher.
- c. No que tange a temas de *organização estatal* e relações entre os poderes, o STF mostra forte autolimitação, evitando questionar as decisões dos demais poderes. Isso fica claro no exemplo da intervenção federal, que permanece letra morta mesmo em casos de gritantes violações da Constituição Federal pelos Estados-membros.

17 Essa seção corresponde, com alterações e atualizações, à publicação de Dimitri Dimoulis e Soraya Regina Gasparetto Lunardi, *Curso de processo constitucional*, São Paulo, RT – Thomson Reuters, pp. 376–378.

18 Diego Werneck Arguelhes e Leandro Molhano Ribeiro, “Criatura e/ou Criador: transformações do STF sob a Constituição de 1988”, *Revista Direito-GV*, 2016.

19 Carlos Alexandre de Azevedo Campos, *Dimensões do ativismo judicial do STF*, Rio de Janeiro, Forense, p. 247.

A avaliação do impacto do STF na vida social e política apresenta grandes dificuldades, em razão da complexidade dos problemas e da multiplicidade de opiniões e interesses políticos. O pesquisador deve ter *três* cuidados.

Primeiro, não se impressionar pelos relatórios da atividade dos Tribunais e as notícias jornalísticas que indicam apenas a atuação positiva. Deve levar em consideração o volume de processos que não recebem resposta por anos ou décadas. A condenação criminal de um político pode “esconder” centenas de inquéritos sem andamento substancial.

Segundo, procurar dados empíricos sobre o impacto orçamentário das decisões judiciais. A concessão de remédios pode impressionar, mas a pesquisa deve encontrar o impacto quantitativo das decisões judiciais no orçamento público.

Terceiro, a avaliação do ativismo não deve ser feita com a comparação direta da decisão do tribunal com aquela do legislador ou do administrador, considerando “ativista” tudo aquilo que contraria a vontade dos poderes eleitos. A avaliação deve levar em consideração a dimensão da legalidade-constitucionalidade, ocorrendo uma *triangulação* (decisão política → avaliação de legalidade-constitucionalidade → decisão judicial).

Consideramos que são *três* os critérios para decidir se um Tribunal é “ativista”. Primeiro, quando intervém nas decisões legislativas de uma maneira muito mais intensa do que fazia no passado.

Segundo: intervém muito mais do que Cortes constitucionais em países com situação social e cultura jurídica semelhante.

Terceiro: contaria decisões políticas não manifestadamente ilegais-inconstitucionais, fazendo isso mesmo contra a letra da Constituição ou na ausência de clara norma constitucional.

Inversamente, será passivista o Tribunal que, primeiro: deixa de intervir em temas nos quais atuava no passado, segundo: apresenta grau de autocontenção muito maior do que Tribunais comparáveis e, terceiro: mantém decisões políticas manifestadamente ilegais-inconstitucionais.²⁰

20 Glauco Salomão Leite (*Juristocracia e Constitucionalismo Democrático. Do ativismo judicial ao diálogo constitucional*, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2017, pp. 138–189) apresenta os seguintes critérios principais para o ativismo judicial: a) ocupação de vazios normativos; b) alteração de normas constitucionais, c) expansão de poderes processuais e da força das decisões, d) abandono de precedentes, e) decisões contramajoritárias; f) imposição de obrigações positivas aos poderes.

INTERPRETAÇÃO CONFORME A CONSTITUIÇÃO: DA DEFERÊNCIA AO LEGISLADOR À USURPAÇÃO DE COMPETÊNCIA LEGISLATIVA

Um claro exemplo de ultrapassagem da fronteira do ativismo para o decisionismo como sinônimo de usurpação da competência da função estatal legislativa é a importação e o uso indevidos da figura da interpretação conforme a Constituição. Concebida no direito constitucional alemão como uma variante de dispositivo da decisão jurisdicional constitucional que deveria prestar deferência ao legislador, foi mal trasladada, mal compreendida e consequentemente vem sendo igualmente mal aplicada, de tal sorte a consolidar violações do retro citado art. 2º da CFB perpetradas pela Corte. Em que pese seu caráter altamente abstrato e lapidar, o STF deveria ser guardião também dessa norma constitucional que estabelece o princípio da separação de poderes.

Interpretação conforme a Constituição: uma “variante de dispositivo de Decisão” criada pelo TCF alemão

A decisão pela “interpretação conforme a Constituição” (*verfassungskonforme Auslegung*) foi criada pelo TCF alemão com o escopo de poupar a decisão legislativa de uma declaração de inconstitucionalidade acompanhada pelo efeito em regra da nulidade (efeitos *ex tunc* e risco de surgimento de lacunas regulamentares). Por meio dela se evita, portanto, a declaração de sua inconstitucionalidade e, especialmente, de nulidade de norma promulgada pelo legislador. Não obstante, uma interpretação conforme a Constituição pressupõe que haja, ao menos, duas interpretações plausíveis a respeito de um mesmo dispositivo normativo.²¹ Aqui começam os problemas da recepção, pois em regra não se vê nunca o STF opondo uma segunda interpretação à primeira interpretação aparentemente decorrente do teor normativo.

Trata-se também de um instituto processual constitucional que tem em si conteúdo normativo: em havendo mais de uma interpretação possível, deve-se dar prevalência àquela que for mais correspondente às normas constitucionais. Por isso, pode-se assim dizer que a interpretação conforme a Constituição “salva” a norma objeto de controle da declaração de nulidade por parte do TCF. Trata-se de uma interpretação que, para alguns, passa a fazer parte do conteúdo normativo da norma infraconstitucional interpretada. Isso também porque ela faz parte do dispositivo da decisão que é publicada na imprensa oficial pelo Ministério

21 Cfr., por exemplo, com mais referências Leonardo Martins, *Direito processual constitucional alemão*, 2ª. ed., Indaiatuba, Foco, 2018, p. 70.

da Justiça (“força de lei”). Por isso, a interpretação conforme a Constituição tem sido, por vezes, criticada como uma forma dissimulada de “legislação judicial”.²²

Ocorre que, na Alemanha, quando uma interpretação conforme a Constituição é indevidamente realizada, dois bens jurídicos são atingidos. O primeiro deles, de índole material, é o princípio da separação de funções estatais. O segundo, de índole processual e jusfundamental processual, é o dever de apresentação de uma questão ao juízo competente e correspondente violação do direito fundamental processual ao juiz natural (Art. 101 I 2 GG).²³ Com efeito, quando um órgão judicial monocrático ou judicante de tribunal interpreta “conforme a Constituição”, ao arrepio de um teor normativo que, por sua absoluta clareza e caráter determinado, não dá azo a interpretação que não implique desrespeito à vontade do legislador, ao lado da violação ativa do princípio da separação de funções estatais ele também sonega à parte processual seu juiz natural de questão constitucional: o TCF, competente exclusivamente para o descarte normativo.

Por isso, o TCF toma o cuidado de revisar constantemente as interpretações conforme a Constituição perpetradas pelos tribunais comuns, além de ele mesmo realizar aquelas que forem indevidamente omitidas. As últimas, no entanto, são relevantes em outro contexto: para a tarefa original de – em razão da deferência judicial constitucional ao legislador – poupar a norma impugnada ante a verificação da possibilidade de uma alternativa de interpretação mediante a qual o parâmetro jusfundamental não reste violado.²⁴

Assim, a interpretação conforme a Constituição ocupa uma posição assaz ambivalente, quase de intersecção entre o direito constitucional material e o direito processual constitucional.

22 Cfr. Mendes (1996), todavia, a transformação paulatina do entendimento desse autor a partir da seguinte obra: Mendes (1999).

23 Cfr. Leonardo Martins, *Tribunal Constitucional Federal alemão. Decisões anotadas sobre direitos fundamentais. Direitos fundamentais ao casamento e à família; liberdades de associação; garantias constitucionais processuais*, São Paulo, Marcial Pons, vol. III, 2019, p. 210.

24 Cfr., por exemplo, o uso da figura em decisões do TCF alemão em Leonardo Martins, *Tribunal Constitucional Federal alemão: decisões anotadas sobre direitos fundamentais*. vol. 1: Dignidade humana, livre desenvolvimento da personalidade, direito fundamental à vida e à integridade física, igualdade, São Paulo, Konrad-Adenauer-Stiftung, 2016, pp. 165–166, 220, 251 e 285, vol. 2: *Liberdade de consciência e crença; liberdades de expressão e de comunicação social; liberdades artística e científica*, São Paulo, Konrad-Adenauer-Stiftung, 2018, pp. 41, 63, 67, 76–80, 153, 208, 217 e 263; *Direito processual constitucional alemão*, 2ª. ed., Indaiatuba, Foco, 2018a, pp. 59, 98, 102 e 262–263, e *Tribunal Constitucional Federal alemão. Decisões anotadas sobre direitos fundamentais. Liberdade de reunião, sigilos postal e telefônico, liberdade de locomoção, direito fundamental à inviolabilidade do domicílio*, São Paulo, Marcial Pons, v. IV, 2020, pp. 62, 68, 74–76, 82, 190, 195 s. e 214–215.

Na primeira acepção, deve ser distinguida, por exemplo, de uma *interpretação orientada por direito fundamental* devida por qualquer juiz de direito que, em razão de seu específico vínculo às normas definidoras de direitos fundamentais, é convocado a observar o assim chamado efeito de irradiação daquelas normas sobre todo o ordenamento jurídico.²⁵ Alcinhou-se tal interpretação como uma subespécie da interpretação conforme a Constituição.²⁶ Todavia, ambas têm âmbitos de aplicação bem distintos entre si. A aqui interessante *interpretação conforme a Constituição* tem como objeto normas abstratas; já a *interpretação orientada por direito fundamental* tem como objeto a própria interpretação e aplicação da norma em lides judiciais cíveis, penais ou administrativas. Os resultados da aplicação de ambas são igualmente claramente distintos. Na primeira atinge-se a interpretação na norma em si considerada: declara-se inconstitucional e, destarte, proibida determinada interpretação em todos os casos por ela geral e abstratamente regulamentados. Na interpretação orientada por direito fundamental, o teor marcado por cláusulas gerais (margem hermenêutico-discricionária pertinente ao nível das consequências jurídicas – *Rechtsfolgenebene*) ou até mesmo por conceitos jurídicos constantes da própria hipótese normativa (margem hermenêutico-discricionária ao nível da hipótese normativa/suporte fático – *Tatbestandsebene*), não predetermina uma única interpretação geral e abstrata. A norma em si não é de modo algum, sequer potencialmente, inconstitucional, até porque os conceitos jurídicos indeterminados excluem a possibilidade de incompatibilidade, exceto se o parâmetro constitucional justamente determinar a necessidade de taxatividade, o que aqui não é o caso, como seria em normas tipificadoras de crimes sancionáveis com penas privativas de liberdade. A inconstitucionalidade potencial reside aqui na específica competência implícita em qualquer exercício de toda a função jurisdicional: interpretar e aplicar normas.

Isso não significa, entretanto, que a interpretação conforme a Constituição seja restrita apenas ao processo do controle abstrato de normas, instrumento do controle abstrato por via judicial principal cujo julgamento cabe exclusivamente ao TCF. A fronteira entre as duas pode revelar-se tênue no caso concreto. Na dúvida, cumpridas as duas condições processuais específicas do Art. 100 I 1 GG (prejudicialidade da norma para solução da lide, convicção judicial sobre a inconstitucionalidade da norma *in abstrato*),²⁷ o juiz deve submeter a norma ao

25 Cfr. Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins, *Teoria geral dos direitos fundamentais*, 7ª. ed., São Paulo, RT – Thomson Reuters, 2020, p. 153 e Leonardo Martins, São Paulo, Marcial Pons, vol. III, *op. cit.*, p. 61.

26 *Idem.* para ver referências.

27 Cfr. Leonardo Martins, vol. 2, *op. cit.*, pp. 18–21.

juiz natural exclusivo de questões constitucionais, o TCF. A seguir, após a breve descrição da segunda acepção, aprofundaremos os critérios de assunção da interpretação conforme a Constituição.

Na segunda acepção, vem sendo chamada como variante de dispositivo,²⁸ determinável mediante a fórmula da declaração da inconstitucionalidade acompanhada do efeito em regra da nulidade (*Nichtigerklärung*), ao lado de outras como a mera verificação da incompatibilidade (*Unvereinbarerklärung*) com efeito da anulabilidade imediata ou a partir de determinada data, as assim chamadas “Decisões de Apelo” e a quarta categoria em tela da interpretação conforme a Constituição. Esta fixa determinada interpretação como compatível com a Constituição e, *a contrario sensu*, pelo menos uma interpretação como incompatível.

Em verdade, ambas as acepções são complementares, tais quais as duas partes de toda norma jurídica da *hipótese normativa* e do *consequente*. A chave é definir a partir de que momento deve ser cogitada, pelo menos em princípio, uma interpretação conforme a Constituição e seus limites.

Duas decisões do TCF alemão nos ajudam a responder tal pergunta. Na primeira, o TCF cogitou e aplicou uma interpretação conforme a Constituição não feita por tribunais do processo originário. Na segunda, o TCF a cogitou, mas a descartou.

Da deficiente recepção brasileira da figura e sua inconsistente e abusiva aplicação pelo STF

No Brasil, as anteriormente apresentadas condições para se cogitar e aplicar a interpretação conforme a Constituição ora são desconhecidas ora conscientemente desprezadas. Especialmente, não ocorre uma clara verificação daquilo que seria uma primeira interpretação aparentemente condizente com a *vontade legislativa*, que permanece o escopo de qualquer interpretação e que teria de ser declarada incompatível com pelo menos um parâmetro normativo constitucional. A essa interpretação teria de ser, então, contraposta uma segunda, i.e., uma interpretação alternativa, cujo resultado fosse uma consequência jurídica, ao contrário da primeira, constitucionalmente compatível.

Em segundo lugar, desconhece-se e/ou desrespeita-se o limite do quadro do teor da norma objeto do controle de constitucionalidade. Normas com claros e taxativos teores e que sejam incompatíveis com algum parâmetro constitucional não têm como passar por uma interpretação conforme a Constituição. Diante delas cabem apenas as demais variantes de dispositivo, nulidade ou

²⁸ Adotam essa terminologia, especialmente: Schlaich e Koriath, 2015, p. 317-324.

“mitigações da declaração de inconstitucionalidade” tais quais em geral alcinhas pela doutrina brasileira.

Em terceiro lugar – antes uma síntese dos dois primeiros aspectos –, o problema é que raramente se aparta e se interpreta correta e rigorosamente a norma parâmetro constitucional da norma objeto do controle de constitucionalidade, justamente a que deve ser interpretada de maneira a que a vontade do legislador então identificada seja compatível com a norma-parâmetro constitucional. Em vez disso e apesar de se tratar de se revestir de “sentença de procedência parcial” do pedido formulado em uma das ações do controle abstrato no Brasil,²⁹ adere-se, em verdade, sob o epíteto da “interpretação conforme” (...a Constituição: conveniu-se na literatura nacional por vezes adotar uma elipse do termo),³⁰ a alguma “técnica” de decisão judicial aditiva ou até supostamente “estruturante”.

Em 1999 a interpretação conforme a Constituição passou a integrar uma lei processual “extravagante”,³¹ como se costuma denominar leis específicas que complementam as leis alcinhas como código. Até por ser uma lei que disciplina tão somente o procedimento em sentido estrito, essa lei não trouxe mais segurança jurídica: apenas legitimou legal-processualmente o uso da figura. Na Alemanha, país de fortíssima tradição legalista, onde o vínculo imediato de todo juiz à lei, embora assegurado expressamente no Art. 20 III GG, é tratado como obviedade, não houve a preocupação em se legalizar essa figura, que continua tendo lastro apenas pretoriano. Todavia, a preocupação recai, como visto, sobre a questão jurídico-material ligada ao controle de constitucionalidade, assunto de direito material por excelência.

Vejamos um exemplo do uso da interpretação conforme a Constituição pela Corte suprema brasileira:

O STF³² avaliou a constitucionalidade do art. 62, XXIII, *d*, da Constituição de Minas Gerais, que estabelece como competência privativa da Assembleia Legislativa:

29 Que são quatro! A denotar uma hipertrofia contraproducente de inócuas fórmulas processuais incompatíveis com seu papel que deveria ser instrumental.

30 O que faz tão pouco sentido linguístico-sintático quanto corrobora o caráter difuso-confuso de sua recepção.

31 Lei 9.868, art. 28, § único. “A declaração de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade, inclusive a interpretação conforme a Constituição e a declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto têm eficácia contra todos e efeito vinculante em relação aos órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública federal, estadual e municipal”.

32 ADI 1.642, Rel. Min. Eros Grau, julg. 03.04.2008.

aprovar, previamente, por voto secreto, após arguição pública, a escolha: [...] d) dos Presidentes das entidades da administração pública indireta, dos Presidentes e dos Diretores do sistema financeiro estadual.

A dúvida dizia respeito ao alcance do dispositivo “*Presidentes das entidades da administração pública indireta, dos Presidentes e dos Diretores do sistema financeiro estadual*”. Estariam englobados presidentes e diretores das empresas estatais prestadoras de serviço público, das sociedades de economia mista e das empresas que desenvolvem atividade econômica em sentido estrito? Ou a norma se refere só a autarquias e fundações públicas?

A aprovação obrigatória de *todos* os presidentes e dirigentes de empresas relacionadas com o setor público restringiria a autonomia do Executivo, além de conflitar com o art. 173, § 1º, II da CF, que prevê regime jurídico privado para as empresas não estatais que exercem atividade econômica relacionada com o setor público. Com interpretação conforme, o STF julgou o pedido parcialmente procedente. Restringiu a aplicação do art. 62, XXIII, d da Constituição do Estado de Minas Gerais a autarquias e fundações públicas, *excluindo* as empresas estatais.

Como base normativa na Constituição Federal foi considerado pelo relator Min. Eros Grau o art. 173, § 1º:

A lei estabelecerá o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços, dispondo sobre: (...) II - a sujeição ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários.

Podemos argumentar em três passos. Primeiro: se entendermos, como o STF entendeu, que as empresas públicas e sociedades de economia mista *devem* seguir regras próprias de empresas privadas na escolha dos dirigentes, isso conflita frontalmente com a necessidade de aprovação dos dirigentes pelo Poder Legislativo, que transforma uma escolha de conveniência econômica com base nas regras do setor privado em juízo político emitido pela maioria parlamentar. Veremos que esse entendimento não é o único nem o mais correto, mas, pressupondo-o, a conclusão é no sentido da inconstitucionalidade da norma estadual.

Segundo: é consensual que a “administração pública indireta” mencionada no art. 62, XXIII, d, da Constituição de Minas Gerais envolve as empresas públicas e as sociedades de economia mista. Assim sendo, a norma conflita com a Constituição Federal, que, segundo o entendimento exposto, proíbe a escolha “política” dos dirigentes de tais empresas.

Terceiro: havendo conflito entre Constituição Federal e Estadual cabe aos tribunais declarar a inconstitucionalidade da parte da norma estadual que conflita com comando da Constituição Federal. No caso que examinamos, essa declaração deveria ocorrer na modalidade de inconstitucionalidade sem redução de texto.

Desses três passos que reconstroem o entendimento do STF resulta que *não há possibilidade de interpretação (da Constituição estadual) conforme (a Constituição Federal)*, pois nenhum intérprete do direito brasileiro afirmaria que a locução “administração pública indireta” permite *uma* interpretação que inclui no conceito as empresas públicas e as sociedades de economia mista e *outra* interpretação que as exclui, sendo preferível a segunda por estar em conformidade com a Constituição Federal.

Pela fundamentação dessa decisão, na qual *ao menos*³³ se menciona um parâmetro normativo constitucional, vê-se como não se cumprem as condições prévias para se cogitar uma interpretação conforme a Constituição. O modo em si de sua aplicação é equivocado com a consequência de notória usurpação de competência legislativa. No caso trazido à pauta, avança-se, inclusive, sobre o poder constituinte derivado decorrente (estadual), em que pesem as fragilidades do federalismo brasileiro em geral.

Primeiro: quanto ao objeto do controle, o art. 62, XXIII, *d*) da Constituição do Estado de Minas Gerais não deixa margem a dúvidas quanto à vontade do constituinte mineiro que tivessem o condão de cogitar uma plausível, porque ainda coberta pelo teor da norma, interpretação alternativa que fosse condizente com o parâmetro normativo constitucional - no caso, com o art. 173, § 1º, II da CF. Qual margem para dúvida apresenta a locução “entidades da administração pública indireta”? A consulta a qualquer manual de direito administrativo rapidamente revelaria a classificação de empresas públicas (estatais) ou de economia mista, ao lado de fundações públicas e autarquias, como pertinentes à administração pública indireta. Se se tratar de alguma opinião “doutrinária” divergente quanto a essa categorização, ter-se-á de referir exaustivamente o debate.

33 Há decisões nas quais o STF realiza “interpretação conforme” *contrariando a literalidade da norma fiscalizada* (a norma legal “no mínimo 5% e no máximo 15%” foi reescrita como “no mínimo 30%” - ADI 5.617, Rel. Min. Edson Fachin, julg. 15.03.2018). Em outros casos, o Tribunal *contraria mesmo a letra da Constituição*: o art. 62, §6º, da Constituição determina o trancamento geral da pauta do Legislativo em caso de demora na apreciação de medida provisória e o STF interpretou a norma “conforme a Constituição”, determinando trancamento apenas em relação à tramitação de algumas espécies normativas (Mandado de segurança 27.931, rel. Min. Celso de Mello, julg. 29.06.2017). Cfr. as críticas em Lucas Catib de Laurentiis, *Interpretação conforme a Constituição: conceitos, técnicas e efeitos*, São Paulo, Malheiros, 2012, pp. 107–117.

Segundo: ainda quanto à interpretação da norma objeto do controle de constitucionalidade, a despeito da referida taxatividade da locução, mas para efeitos argumentativos-concessivos ainda em se admitindo sentido alternativo, omitiu-se a contraposição entre interpretação *prima vista* do teor e a interpretação alternativa plausível.

Terceiro, e em parte como resultado das duas primeiras deficiências apontadas: não se demonstrou em que medida a supostamente plausível interpretação alternativa seria compatível com o parâmetro do art. 173, §1, II da CF.

Quarto: pode ser apresentada a objeção de que a norma do art. 173, §1, II da CF funciona como parâmetro suposta ou ao menos potencialmente violado. Sem embargo de concepções “criativas” da opinião majoritária que propugna por um princípio da simetria federativa, o que na prática implica a negação da autonomia (soberania) relativa dos Estados-membros da federação brasileira, o §1º, *caput* do art. 173 que disciplina a exploração direta da atividade econômica pelo Estado (em princípio por entidades da administração pública “federal”, mas esse não é o maior problema...) determina que “a lei estabelecerá o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias...” (grifo nosso). O inciso II do mesmo dispositivo determina, de fato, “a sujeição ao regime jurídico das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários.” Aparentemente foi o silêncio do constituinte quanto às fundações e autarquias nesse dispositivo que levou o relator à conclusão de sua relevância como parâmetro de controle de constitucionalidade no caso do objeto em tela. Ou seja, novamente, assim como no caso da norma objeto, não se interpretou a norma constitucional que tivera sido atingida pelo conteúdo daquela.

Primeiro que, por ser o estatuto jurídico de uma empresa pública ou de economia mista objeto de uma lei ordinária, não há de se confundi-la em termos de condições e pressupostos com pessoas jurídicas de direito privado. Sua submissão ao regime jurídico próprio das empresas privadas que, de resto, deve ser objeto da disposição da mesma lei (art. 173, §1º, *caput*, “in fine” da CF) que lhe oferece seu estatuto, não espanta, especialmente no que tange à sua responsabilidade civil, comercial, trabalhista e tributária. Também a empresa pública e, principalmente, de economia mista pode ter seu capital aberto com oferta de ações ao mercado de capitais. A lei federal (e caso se queira insistir no princípio da simetria: juntamente a Constituição e a lei estadual!) tem (têm) margem discricionária para definir, por exemplo, um critério da seleção de seus dirigentes mediante participação de Casas Legislativas ou, quiçá, pura meritocracia.

Não é possível nem necessário apresentar aqui um ensaio de interpretação do art. 173 da Constituição Federal com a devida consideração da doutrina e da

jurisprudência. Apresentamos apenas objeções à compreensão adotada pelo STF. Essas objeções, que permitem interpretações diversas do parâmetro, deveriam ser discutidas na decisão, ao invés de se limitar o Tribunal em uma afirmação peremptória da inconstitucionalidade da norma da Constituição estadual.

CONCLUSÃO

Constatando o uso equivocado da interpretação conforme a Constituição pelo STF, que a transformou em instrumento de usurpação de competências legislativas sob o pretexto de realizar interpretações e “adequações”, devemos reiterar a tese acima apresentada. Não é possível realizar interpretação conforme a Constituição se a norma objeto do controle de constitucionalidade não permite tal interpretação.

Tampouco é possível aplicar essa técnica sem prévia e exaustivamente fundamentada interpretação da norma constitucional utilizada como parâmetro. Apenas isso permite identificar eventual interpretação da norma controlada que possa estar em conformidade com a norma parâmetro. Quando ausentes tais pressupostos, a intervenção corretiva do juiz constitucional não é nem necessária nem permitida constitucionalmente.

A essa tendência preocupante se acrescentam as tendências decisórias do STF nas últimas décadas, ora mostrando-se o Tribunal extremamente deferente perante normas do poder central, ora questionando leis ou apresentando interpretações “aditivas” com base na apreciação subjetiva dos julgadores, sem lastro normativo sólido e argumentação convincente.

Debates sobre “ativismo” e “autocontenção” constituem formas de teorizar problemas decisórios e refletir sobre as relações entre poderes e/ou os limites das respectivas competências. Contudo, tais debates apresentam um risco: de polarizar o debate jurídico com base em generalizações indevidas, criar adeptos dessa ou daquela tendência decisória e, assim, traçar “linhas” abstratas com base em preferências subjetivas.

No momento de conclusão desse texto o STF ilustrou o risco de uma visão abstrata e politizada do “ativismo” ao ter decidido, por maioria de 10 a 1, que 30% do financiamento público concedido aos partidos políticos deveria ser destinado a candidatos negros. Quando não se discute o acerto político da decisão, mas a sua justificativa jurídica, a resposta é que a decisão não possuía base constitucional, conforme ressaltou o único dissidente, que deixou consignado o que deveria ser óbvio para todas e todos:

A ação afirmativa não compete, em si, ao Judiciário, mas ao Legislativo. Revela opção político-legislativa. Surge impertinente potencializar razões pragmáticas, articulando com a interpretação de normas abertas a encerrarem os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, igualdade e cidadania, a ponto de ter-se mitigada a ordem jurídica, a ser preservada por todos, principalmente por este Tribunal, guarda maior da Constituição Federal.³⁴

O risco da “impertinência”, transformada em decisão vinculante, mostra a necessidade de não discutir apenas abstratamente sobre os limites do “ativismo”. É dever da doutrina examinar o conteúdo jurídico de cada decisão, de modo a refletir sobre seu acerto ou desacerto.

BIBLIOGRAFIA

- ARGUELHES, Diego Werneck e Leandro Molhano RIBEIRO, “O Supremo individual. Mecanismos de atuação direta dos Ministros sobre o processo político”, *Direito, Estado e Sociedade*, núm. 46, 2015.
- ARGUELHES, Diego Werneck e Leandro Molhano RIBEIRO, “Criatura e/ou Criador: transformações do STF sob a Constituição de 1988”, *Revista Direito-GV*, 2016.
- ARGUELHES, Diego Werneck e Leandro Molhano RIBEIRO, “Ministrocracia. O Supremo Tribunal individual e o processo democrático brasileiro”, *Novos Estudos Cebrap*, vol. 37-1, 2018.
- CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo, *Dimensões do ativismo judicial do STF*, Rio de Janeiro, Forense, 2014.
- COELHO, Inocêncio Mártires, *Ativismo judicial ou criação judicial do direito?*, 2010. <http://www.osconstitucionalistas.com.br/ativismo-judicial-ou-criacao-judicial-do-direito>. Acesso em 02/07/2020.
- DIMOULIS, Dimitri, “Ativismo judicial e segurança jurídica”, *Revista Acadêmica da ES-MAG*. vol. 3, 2011.
- DIMOULIS, Dimitri e Soraya Regina GASPARETTO LUNARDI, *Ativismo e autocontenção judicial no controle de constitucionalidade*, em André FELLET, Daniel PAULA e Marcelo NOVELINO, (orgs.), *As novas faces do ativismo judicial*, Salvador, Juspodivm. vol. 1, 2011.
- DIMOULIS, Dimitri; e Soraya Regina GASPARETTO LUNARDI, “Democraticidade ou juridicidade? Reflexões sobre o passivismo do STF e o futuro do controle judicial de consti-

34 ADPF 738, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, julg. 05.10.2020.

- tucionalidade”, em Oscar VILHENA VIEIRA e Rubens GLEZER (orgs.), *A razão e o voto: diálogos constitucionais com Luís Roberto Barroso*, Rio de Janeiro, Editora FGV, 2017.
- DIMOULIS, Dimitri e Soraya Regina GASPARETTO LUNARDI, “A tendência passivista do Supremo”, *JOTA*, 17-8-2015. https://www.jota.info/paywall?redirect_to=//www.jota.info/stf/supra/a-tendencia-passivista-do-supremo-17082015, 2015. Acesso em 02/07/2020.
- DIMOULIS, Dimitri e Soraya Regina GASPARETTO LUNARDI, *Curso de processo constitucional*, São Paulo, RT – Thomson Reuters, 2020.
- DIMOULIS, Dimitri e Leonardo MARTINS, *Teoria geral dos direitos fundamentais*, 7ª. ed., São Paulo, RT – Thomson Reuters, 2020.
- GROSTEIN, Júlio, *Ativismo Judicial. Análise comparativa do direito constitucional brasileiro e norte-americano*, São Paulo, Almedina, 2019.
- KADISH, Sanford, “A note on judicial activism”, *Utah Law Review*, v. 6, 1959.
- KMIEC, Keenan, “The origin and current meanings of ‘judicial activism’”, *California Law Review*, vol. 92, 2004.
- LAURENTIIS, Lucas Catib de, *Interpretação conforme a Constituição: conceitos, técnicas e efeitos*, São Paulo, Malheiros, 2012.
- LEAL, Saul Tourinho, *Ativismo ou alrivez? O outro lado do Supremo Tribunal Federal*, Belo Horizonte, Fórum, 2010.
- LEITE, Glauco Salomão, *Juristocracia e Constitucionalismo Democrático. Do ativismo judicial ao diálogo constitucional*. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2017.
- LUNARDI, Soraya Regina Gasparetto e Dimitri DIMOULIS, “Democraticidade ou juridicidade. Reflexões sobre o passivismo do STF e o futuro do controle judicial de constitucionalidade”, *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais*, vol. 35, 2016.
- LUNARDI, Soraya Regina GASPARETTO e Dimitri DIMOULIS, “O Supremo Tribunal Federal como arena de disputa no sistema democrático. Evidências do primeiro ano do governo Bolsonaro” (a ser publicado em volume organizado pelos Professores José Carlos Francisco e Orlando Villas Bôas Filho), 2020.
- MARTINS, Leonardo, *Tribunal Constitucional Federal alemão: decisões anotadas sobre direitos fundamentais*. vol. 1: *Dignidade humana, livre desenvolvimento da personalidade, direito fundamental à vida e à integridade física, igualdade*, São Paulo, Konrad-Adenauer-Stiftung, 2016.
- MARTINS, Leonardo. *Tribunal Constitucional Federal alemão: Decisões anotadas sobre direitos fundamentais*, vol. 2: *Liberdade de consciência e crença; liberdades de expressão e de comunicação social; liberdades artística e científica*, São Paulo, Konrad-Adenauer-Stiftung, 2018.
- MARTINS, Leonardo, *Direito processual constitucional alemão*, 2ª. ed., Indaiatuba, Foco, 2018a.

- MARTINS, Leonardo, *Tribunal Constitucional Federal alemão. Decisões anotadas sobre direitos fundamentais. Direitos fundamentais ao casamento e à família; liberdades de associação; garantias constitucionais processuais*, São Paulo, Marcial Pons, 2019.
- MARTINS, Leonardo, “Questões Constitucionais na Ordem Processual: entre a Repercussão Geral e a Tutela de Direitos Fundamentais Individuais”, *Espaço Jurídico Journal of Law – EJJL*, vol. 20, núm. 1, 2019.
- MARTINS, Leonardo, *Tribunal Constitucional Federal alemão. Decisões anotadas sobre direitos fundamentais. Liberdade de reunião, sigilos postal e telefônico, liberdade de locomoção, direito fundamental à inviolabilidade do domicílio*, São Paulo, Marcial Pons, vol. IV: 2020.
- MCWHINNEY, Edward, “The Great Debate. Activism and Self-Restraint and Current Dilemmas in Judicial Policy-Making”, *New York University Law Review*, vol. 33, 1958.
- PÁDUA, Thiago Aguiar, “A expressão ‘ativismo judicial’, como um ‘clichê constitucional’, deve ser abandonada. Uma análise crítica sobre as ideias do ministro Luís Roberto Barroso”, *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, vol. 5, 2015.
- RAMOS, Elival da Silva, *Ativismo judicial. Parâmetros dogmáticos*, São Paulo, Saraiva, 2010.
- RAMOS, Luciana Oliveira, Luciana GROS CUNHA e Dimitri DIMOULIS (orgs.), *Um balanço da reforma do judiciário. Os efeitos da reclamação constitucional e da “repercussão geral” nas práticas decisórias do Supremo Tribunal Federal e do Tribunal de Justiça de São Paulo*, Belo Horizonte, Arraes, 2020.
- SANTOS, Tiago Neiva, “Ativismo judicial: uma visão democrática sobre o aspecto político da jurisdição constitucional”. *Revista de Informação Legislativa*. núm. 173, 2007.
- VALLE, Vanice Regina Lirio do (org.), *Ativismo jurisdicional e o Supremo Tribunal Federal*, Curitiba, Juruá, 2009.

EL CONSTITUCIONALISMO BOLIVIANO. UNA DÉCADA DE CONTRASTE ENTRE EL DISEÑO NORMATIVO Y LA REALIDAD PRÁCTICA

José Antonio Rivera S.*

INTRODUCCIÓN

Bolivia ha tenido un intenso proceso de positivación y judicialización de los derechos fundamentales por vía jurisprudencial, iniciado a partir de la creación y puesta en funcionamiento del Tribunal Constitucional el año 1999. Ese proceso se consolidó normativamente con la reforma constitucional de 2009, en la que se introdujeron profundos cambios al sistema constitucional del Estado, particularmente en la parte referida a los derechos fundamentales y garantías constitucionales.

Se podría afirmar que el diseño del sistema constitucional boliviano tiene un giro hacia el constitucionalismo principalista, pues el constituyente adoptó una Constitución material con la introducción de normas axiológicas, con la proclamación de valores supremos y principios fundamentales; normas dogmáticas con la ampliación del catálogo de los derechos fundamentales, incorporando los derechos colectivos de las naciones y pueblos indígena originario campesinos, introduciendo derechos económicos, sociales y culturales, no reconocidos

* Exmagistrado del Tribunal Constitucional de Bolivia; catedrático titular de Derecho Constitucional en la Universidad Mayor de San Simón, Cochabamba (Bolivia); docente de posgrado en varias universidades de Bolivia; conferencista en varias universidades de Iberoamérica; profesor visitante en la Universidad Nacional Autónoma de Honduras y en la Escuela Superior de Derecho de Cuiabá (Brasil); académico de número de la Academia Nacional de Ciencias Jurídicas; miembro de la Academia Boliviana de Estudios Constitucionales; presidente de la Sección Nacional Bolivia del Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional; miembro del Consejo Asesor del Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional; miembro del Centro Latinoamericano de Derecho Constitucional; miembro del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional; autor de varios libros y ensayos sobre derecho constitucional, derecho procesal constitucional y derechos humanos. riverasa@gmail.com

anteriormente, como los derechos a la alimentación, al agua, a la vivienda, el derecho de acceso a los servicios públicos básicos, además de los derechos de grupos sociales vulnerables. Asimismo, definió que los tratados y convenciones internacionales forman parte del bloque de constitucionalidad, determinando la aplicación preferente frente a la Constitución en casos concretos en los que la norma convencional sea más favorable para la protección de los derechos fundamentales; y dispuso que las normas de la Constitución y las leyes sobre derechos fundamentales deben interpretarse desde y en conformidad con las referidas normas internacionales. Se consolidó el modelo europeo de control de constitucionalidad, ampliando las acciones tutelares para la protección de los derechos fundamentales.

Sin embargo, en diez años de aplicación de la Constitución, ese excelente diseño normativo ha enfrentado un duro contraste con la realidad práctica de incumplimiento de las normas constitucionales por las autoridades públicas, que se traduce en una permanente vulneración de los derechos fundamentales por acciones y omisiones de los agentes estatales, y la no reparación efectiva y oportuna por la Jurisdicción Constitucional.

En el presente trabajo se aborda el tema, como una especie de evaluación de diez años de vigencia de la Constitución, a partir de un análisis descriptivo de ese lamentable contraste entre la teoría y la práctica.

LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN EL DISEÑO NORMATIVO DE LA CONSTITUCIÓN DE 2009

La Constitución promulgada el 07 de febrero de 2009, establece el sistema constitucional del Estado boliviano sustentado en la teoría del constitucionalismo principalista, debido a que el constituyente adoptó una Constitución material con la inclusión de normas axiológicas, que proclaman los valores supremos y principios fundamentales, con un amplio catálogo de derechos fundamentales y la adopción de un modelo europeo de control de constitucionalidad, con resabios del modelo americano.

En lo que se refiere a los derechos fundamentales y garantías constitucionales, la Constitución consolida el proceso intenso de positivación y judicialización de estos, que se generó a partir de la creación y el funcionamiento del Tribunal Constitucional, lo que dio lugar a que en el diseño normativo se produjera un importante avance. Entre las principales modificaciones introducidas en la Constitución se pueden señalar las siguientes:

1. El catálogo de los derechos fundamentales establecido por la Constitución está organizado sobre las siguientes bases:
 - a. Los derechos se consagran en la Constitución sobre la base de los principios de la inviolabilidad, la universalidad, la interdependencia, la indivisibilidad y la progresividad, proclamados por el artículo 13, parágrafo primero de la Constitución. Esos principios se constituyen en los presupuestos lógicos y criterios básicos para el ejercicio, la preservación, el resguardo y la protección de los derechos fundamentales.
 - b. La cláusula abierta, como una norma constitucional habilitante para incorporar e integrar al catálogo previsto por la Constitución aquellos derechos no reconocidos expresamente y conocidos como los derechos implícitos, innominados o de origen jurisprudencial, para que puedan ser ejercidos, preservados y protegidos; la cláusula está prevista por el artículo 13, parágrafo segundo de la Constitución.
 - c. La prohibición y sanción de todo acto de discriminación fundada en razón de sexo, color, edad, orientación sexual, identidad de género, origen, cultura, nacionalidad, ciudadanía, idioma, credo religioso, ideología, filiación política o filosófica, estado civil, condición económica o social, tipo de ocupación, grado de instrucción, discapacidad, embarazo u otras que tengan por objetivo o resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos de toda persona; así está expresamente determinado por el artículo 14, parágrafo segundo de la Constitución.
 - d. La imposición de deberes al Estado para que promueva, proteja y respete los derechos consagrados por la Constitución y el bloque de constitucionalidad (art. 13.I),¹ y para garantizar a todas las personas y colectividades, sin discriminación alguna, el libre y eficaz ejercicio de los derechos (art. 14.III).² Asimismo, la imposición de obligaciones negativas y obligaciones positivas, para garantizar el ejercicio efectivo y goce pleno de los derechos.
2. Sobre las bases mencionadas, los derechos fundamentales reconocidos en el amplio catálogo (arts. 13 a 107 de la Constitución) están organizados en

1 El artículo 13.I de la Constitución prevé lo siguiente: “Los derechos reconocidos por esta Constitución son inviolables, universales, interdependientes, indivisibles y progresivos. El Estado tiene el deber de promoverlos, protegerlos y respetarlos”.

2 Por previsión del artículo 14.III de la Constitución se establece: “El Estado garantiza a todas las personas y colectividades, sin discriminación alguna, el libre y eficaz ejercicio de los derechos establecidos en esta Constitución, las leyes y los tratados internacionales de derechos humanos”.

cinco grupos en función de la finalidad que se persigue con su reconocimiento. El *primero*, derechos denominados fundamentales (arts. 15 al 20), cuya finalidad es mejorar la calidad de vida para garantizar la vida digna, a partir del reconocimiento y la garantía de un mínimo esencial de derechos como la vida; la integridad física, psicológica y sexual; la alimentación, el agua, la educación, la salud, el hábitat, la vivienda y el derecho de acceso a los servicios públicos básicos. El *segundo*, derechos civiles (arts. 21 al 25), cuya finalidad es precautelar el ámbito de autodeterminación de las personas; en este grupo se incorporan aquellos derechos que anteriormente no estuvieron reconocidos, como el derecho de autoidentificación cultural; a la privacidad o intimidad; al honor, honra, imagen, dignidad; el derecho a la libertad religiosa y espiritualidad, y el derecho a la libertad de información. El *tercero*, los derechos políticos (arts. 26 al 29), cuya finalidad es vincular a los ciudadanos y ciudadanas con el ejercicio del poder político del Estado; en este grupo se incorpora el derecho al asilo político, y se reconoce el derecho de las bolivianas y los bolivianos residentes en el extranjero a votar en las elecciones presidenciales. El *cuarto*, los derechos colectivos de las naciones y pueblos indígena originario campesinos (art. 30.II), cuya finalidad es la de garantizar la continuidad y la existencia perdurable de estos colectivos humanos, preservando su identidad cultural, sus creencias religiosas, espiritualidades, prácticas y costumbres, y su cosmovisión, así como su entorno territorial; en este grupo se reconocen los derechos colectivos de esas colectividades sociales que, en gran parte, se constituyen en una minoría poblacional en situación de vulnerabilidad. El *quinto*, los derechos económicos, sociales y culturales (arts. 33 a 107), cuya finalidad es la de eliminar las diferencias y desigualdades sociales, sobre la base de la distribución equitativa de la riqueza social, y de la solidaridad; en este grupo, además de incorporar nuevos derechos, se reconocen derechos de los sectores sociales vulnerables, como las familias, los niños, niñas y adolescentes, las personas adultas mayores, personas con discapacidad, personas privadas de libertad, así como los usuarios y consumidores. Como parte de ese catálogo, la Constitución reconoce el derecho al medio ambiente, al que se otorga un tratamiento transversal.

3. Integración de los tratados y convenciones internacionales sobre derechos humanos al derecho interno como parte del bloque de constitucionalidad, así lo define el artículo 410.II de la Constitución.³ Cabe señalar

3 El artículo 410.II de la Constitución prevé lo siguiente: “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”.

que el Tribunal Constitucional Plurinacional (TCP), interpretando la referida norma constitucional, en su Sentencia Constitucional SC 0110/2010 de 10 de mayo,⁴ ha definido que el bloque de constitucionalidad no se agota en las normas de los tratados y convenciones internacionales, sino que alcanza a los organismos internacionales especializados creados, y a las determinaciones o decisiones emanadas de esos órganos.

Previsión de aplicación preferente, en casos concretos, de las normas de tratados y convenciones internacionales que declaren derechos más favorables a los contenidos en la Constitución (art. 256.I³). La definición constitucional referida supone que ante un conflicto entre las normas de la Constitución y las de los tratados y las convenciones internacionales sobre derechos humanos, en la resolución de un caso concreto, priman las normas internacionales, bajo una doble condición: la primera, que las normas convencionales sean más favorables que las de la Constitución para el resguardo y la protección de los derechos; y, la segunda, que los tratados y las convenciones internacionales hayan sido firmados y ratificados o que el Estado boliviano se hubiese adherido a estos.

-
- 4 En la referida sentencia, el Tribunal Constitucional ha definido lo siguiente: “En efecto, 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 instrumento regula a la CIDH, *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 [...]*. En el marco del panorama descrito, se colige que inequívocamente *las Sentencias emanadas de la CIDH, por su naturaleza y efectos, no se encuentran por debajo ni de la Constitución Política del Estado tampoco de las normas jurídicas infra-constitucionales, sino por el contrario, forman parte del bloque de constitucionalidad y a partir del alcance del principio de supremacía constitucional que alcanza a las normas que integran este bloque, son fundamentadoras e informadoras de todo el orden jurídico interno, debiendo el mismo adecuarse plenamente a su contenido para consagrar así la vigencia plena del Estado Constitucional enmarcado en la operatividad del Sistema Interamericano de Protección a Derechos Humanos*” (énfasis agregado) (Tribunal Constitucional de Bolivia, Sentencia Constitucional expedida el 10 de mayo de 2010, en la Acción de Amparo Constitucional, Expediente 2006-13381-27-RAC).
- 5 Según la norma prevista por el artículo 256.I de la Constitución, “los tratados e instrumentos internacionales en materia de derechos humanos que hayan sido firmados, ratificados o a los que se hubiera adherido el Estado, que declaren derechos más favorables a los contenidos en la Constitución, se aplicarán de manera preferente sobre esta”.

- Incorporación del principio de interpretación conforme, pues, los artículos 13.IV y 256.II de la Constitución⁶ disponen que los derechos reconocidos por esta serán interpretados de conformidad con los tratados y convenciones internacionales sobre derechos humanos suscritos y ratificados por el Estado.
4. Con relación a las garantías constitucionales, la Constitución establece obligaciones negativas y obligaciones positivas para el Estado, como medios efectivos para el resguardo, el respeto y la garantía de los derechos fundamentales. Asimismo, se incluye como derecho objeto de tutela por el recurso de *habeas corpus* (denominado Acción de Libertad) el derecho a la vida. También se crearon dos nuevas acciones constitucionales para la protección de los derechos de las personas: la Acción Popular para la protección de los derechos e intereses colectivos, y la Acción de Cumplimiento para la protección del derecho al cumplimiento efectivo de la Constitución y las leyes.
 5. Con relación al modelo de control de constitucionalidad, se ha consolidado el modelo europeo o kelseniano, con resabios del modelo norteamericano o de la revisión judicial –con una modificación de la naturaleza jurídica del órgano encargado del control– ya que, de un lado, el TCP es independiente con relación a los órganos del poder constituido, cuyos actos y decisiones controla; y, de otro, desarrolla un control de constitucionalidad plural, pues lo ejerce sobre el sistema jurídico del Estado y sobre los sistemas jurídicos de las naciones y pueblos indígena originario campesinos; vale decir, sobre su derecho consuetudinario y sobre la impartición de justicia que realiza la jurisdicción indígena, labor en la que deberá proteger y resguardar los derechos fundamentales.
 6. Finalmente, se ampliaron las funciones del defensor del pueblo, pues debe encargarse de la promoción de la defensa de los derechos de las naciones y pueblos indígena originario campesinos, de las comunidades urbanas e interculturales, y de las bolivianas y los bolivianos en el exterior.

6 El artículo 13.IV, última parte, de la Constitución dispone lo siguiente: “Los derechos y deberes consagrados en esta Constitución se interpretarán de conformidad con los Tratados internacionales de derechos humanos ratificados por Bolivia”, y el artículo 256.II dispone que: “Los derechos reconocidos en la Constitución serán interpretados de acuerdo a los tratados internacionales de derechos humanos cuando estos prevean normas más favorables”.

IMPORTANTES AVANCES EN LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

En los diez años de vigencia de la Constitución, se advierten importantes avances en la protección de los derechos fundamentales reconocidos en el amplio catálogo referido precedentemente.

El TCP ha adoptado importantes decisiones, aunque no las suficientes, para garantizar la protección de algunos derechos fundamentales frente a las acciones u omisiones del Estado y sus agentes que amenazan de vulneración o los violan. Entre esas decisiones se pueden destacar las que se describen a continuación.

La protección del derecho a la libertad de expresión, pensamiento y opinión

Una forma en la que los gobernantes de algunos Estados han restringido el ejercicio del derecho a la libertad de expresión, pensamiento y opinión es la penalización de la conducta de difundir las ideas, los pensamientos y las opiniones críticas del accionar de los servidores públicos, a cuyo efecto han introducido en la Ley penal sustantiva el tipo penal del delito de desacato. Bolivia no fue la excepción.

En el sistema constitucional boliviano se introdujo esta figura en el Código Penal, cuyo artículo 162 tipifica el delito de desacato en los siguientes términos:

El que por cualquier medio calumniare, injuriare o difamare a un funcionario público en el ejercicio de sus funciones o a causa de ellas, será sancionado con privación de libertad de un mes a dos años. Si los actos anteriores fueron dirigidos contra el presidente o vicepresidente de la República, ministros de Estado o de la Corte Suprema o de un miembro del Congreso, la sanción será agravada en una mitad.

El bien jurídico protegido a través de este tipo penal resultaba ser una combinación entre la función pública y la honorabilidad del cargo del funcionario público, vale decir, la protección del buen funcionamiento del Estado y los derechos fundamentales del funcionario público al honor y la honra, que supuestamente se vulneraban con las conductas que constituían el tipo penal del delito.

Ante la impugnación realizada por una persona sometida a proceso penal, con acusación de haber cometido los delitos de desacato y apología pública del delito, el TCP, mediante su Sentencia SCP 1250/2012, de 20 de septiembre, ha declarado la inconstitucionalidad del artículo 162 del Código Penal que tipificaba el delito de desacato.

Uno de los fundamentos que sustentan la decisión es que, en criterio del TCP, la restricción del derecho a la libertad de expresión, pensamiento y opinión por la vía de penalización específica como delito de desacato no es necesaria ni

razonable. En la *ratio decidendi* de la sentencia constitucional se señala expresamente lo siguiente:

... para que una restricción al derecho a la libertad de expresión sea necesaria debe existir una necesidad social imperiosa; en ese sentido, corresponde señalar que no resulta razonable restringir el derecho a la libertad de expresión, el derecho a la información y limitar la posibilidad de difundir información y expresar ideas que en su conjunto constituyen valores indispensables propios de un régimen democrático con la sola justificación de crear una protección excepcional en la vía penal del honor del funcionario público, ya que esta se encuentra penalmente garantizada como la de todos los ciudadanos mediante los tipos penales “ordinarios” de difamación, calumnia e injuria y otros dentro de los delitos contra el honor; en ese sentido, no es evidente la necesidad social de restringir el derecho a la libertad de expresión e información, y menos aún, cuando esa limitación crea una situación inconstitucional de desigualdad entre ciudadanos, puesto que un régimen penal distinto representa en los hechos una desigualdad de trato entre funcionarios públicos y ciudadanos lo cual no encuentra sustento en el Sistema Constitucional imperante y más aún si se toma en cuenta la actual configuración del Estado social de derecho plurinacional comunitario.

Un segundo argumento empleado por el TCP para declarar la inconstitucionalidad del artículo 162 del Código Penal es la necesidad de proteger el derecho a la libertad de expresión, pensamiento y opinión como un mecanismo de control y fiscalización ciudadana de las labores desarrolladas por los servidores públicos, como base de protección del derecho colectivo al desarrollo. En la *ratio decidendi* de la Sentencia Constitucional referida se señala expresamente lo siguiente:

... las autoridades públicas al administrar los intereses de toda la población, recurrentemente deben ser objeto de una fiscalización especial que debe ser amplia y no restringida, ello en miras a proteger a toda la sociedad de la corrupción; en esa dimensión, la fiscalización ciudadana (*accountability*) es un aspecto central de un Estado social de derecho que, en la eventualidad de hechos de corrupción ve violados varios derechos fundamentales, pero esencialmente el derecho colectivo al desarrollo. En ese entendido, este Tribunal encuentra que la honorabilidad de los funcionarios públicos tiene un límite respecto a la fiscalización de actos de corrupción como protección de derechos colectivos del pueblo boliviano.

Como se advierte, la determinación adoptada por el TCP constituye un significativo avance en la protección del derecho a la libertad de expresión, pensamiento y opinión, como base para el fortalecimiento del régimen democrático.

Definición de ejercicio de control de convencionalidad

Como parte de los importantes avances que se han logrado en estas dos décadas del siglo XXI en materia de protección de derechos humanos, se tiene la creación del control de convencionalidad, que están obligadas a realizar las autoridades públicas de los Estados parte de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), conforme ha definido en su reiterada jurisprudencia la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH).

Efectivamente, a través de una jurisprudencia ampliada y evolutiva, la Corte IDH ha definido que los jueces y tribunales de justicia, las autoridades que ejerzan funciones jurisdiccionales, las autoridades políticas de un Estado parte de la Convención, en el ámbito de las competencias y regulaciones procesales, deben realizar *ex officio* el control de convencionalidad, consistente en la verificación de la compatibilidad entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la CADH, así como la interpretación que de la misma ha hecho la Corte IDH.⁷

-
- 7 La Corte IDH, en el Caso Almonacid Arellano vs. Chile, Sentencia del 26 de septiembre de 2006, párrafo 124, ha creado el control de convencionalidad, señalando lo siguiente: “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). En el Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México, Sentencia de 26 de noviembre de 2010, determinó 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”. En el Caso Gelman vs. Uruguay, Sentencia del 24 de febrero de 2011, Fondo y Reparaciones, párrs. 193 y 239, determinó que “La legitimación democrática de determinados hechos o actos en una sociedad está limitada por las normas y obligaciones internacionales de protección de los derechos humanos reconocidos en tratados como la Convención Americana, de modo que la existencia de un verdadero régimen democrático está determinada por sus características tanto formales como sustanciales, por lo 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,

El TCP, a través de una jurisprudencia ampliada, ha definido que en el Estado Plurinacional de Bolivia los tribunales judiciales y las autoridades administrativas están obligados a ejercer el control de convencionalidad para proteger de manera efectiva y eficaz los derechos humanos, consagrados por la Constitución como derechos fundamentales. Ha señalado como fundamentos para el ejercicio del control de convencionalidad las normas previstas por los artículos 13.IV, 256 y 410 de la Constitución, las obligaciones asumidas por el Estado al suscribir y ratificar la CADH, así como los principios establecidos por la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.

En su Sentencia Constitucional SCP 1617/2013 de 04 de octubre, el TCP aplicó los estándares internacionales sobre el derecho de acceso a la justicia y el derecho al debido proceso, para resolver en el fondo una Acción de Amparo Constitucional que no cumplía con requisitos de admisión; asimismo, para examinar el fondo de la problemática planteada en la Acción de Amparo, que reflejaba la vulneración del derecho a ser procesado en plazo razonable y a la motivación de decisiones judiciales; con todo ello concedió la tutela demandada.

En la parte de la razón central de su decisión, para sustentar una interpretación de las normas de la Constitución y la legislación procesal, el TCP expuso fundamentos jurídicos, haciendo referencia al control de convencionalidad y dejando establecido, implícitamente, que esa tarea la tendrían que realizar los jueces, tribunales de justicia y autoridades administrativas. En los fundamentos jurídicos III.2 de la referida sentencia constitucional, se señaló lo siguiente:

... deben mencionarse a los arts. 13 y 256 de la CPE, que introducen dos principios que guían la interpretación de los derechos fundamentales: La interpretación pro persona (*pro homine*) y la interpretación conforme a los Pactos Internacionales sobre Derechos Humanos. En virtud a la primera, los jueces, tribunales y autoridades administrativas, tienen el deber de aplicar aquella norma que sea más favorable para la protección del derecho en cuestión –ya sea que esté contenida en la Constitución o en las normas del bloque de constitucionalidad– y de adoptar la interpretación que sea más favorable y extensiva al derecho en cuestión; y en virtud a la segunda (interpretación conforme a los Pactos Internacionales sobre Derechos Humanos), tienen el deber de –*ejerciendo el control de convencionalidad*– interpretar el derecho de acuerdo a las normas contenidas en tratados e instrumentos internacionales en materia de Derechos Humanos ratificados o a los que se hubiere adherido el Estado, siempre y cuando, claro

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”.

está, declaren derechos más favorables a los contenidos en la Constitución; obligación que se extiende, además al contraste del derecho con la interpretación que de él ha dado la Corte IDH, conforme lo ha entendido la misma Corte en el caso Trabajadores Cesados del Congreso vs. Perú.⁸

De otro lado, en su Sentencia Constitucional SCP 0487/2014, de 25 de febrero, el TCP, resolviendo una Acción de Amparo Constitucional planteada por autoridades de una comunidad campesina en contra de los magistrados del Tribunal Agroambiental, demandando la protección de sus derechos al debido proceso, a la tutela judicial efectiva, a existir como comunidad campesina, a la tierra y territorio, y al derecho a la consulta, al constatar que los hechos ilegales denunciados violaban derechos e intereses colectivos, realizó la interpretación de las normas de la Constitución y la ley desde y en conformidad con las normas de la CADH; aplicó estándares internacionales para, de un lado, determinar la conversión de la Acción de Amparo Constitucional por una Acción Popular, y no declarar la improcedencia de la primera por sustracción de materia, sino examinar el fondo de la problemática planteada; y, de otro, conceder la tutela demandada.

En la referida sentencia definió de manera más clara y precisa que los jueces, tribunales de justicia y autoridades administrativas tienen la obligación de realizar el control de convencionalidad. Así, en los fundamentos jurídicos III.2 señaló:

Conforme se ha señalado, los derechos fundamentales y garantías constitucionales tienen un lugar preeminente en nuestro sistema constitucional, debiendo hacerse mención, fundamentalmente, a los arts. 13 y 256 de la CPE, que introducen dos principios que guían la interpretación de los derechos fundamentales: la interpretación *pro homine* y la interpretación conforme a los Pactos Internacionales sobre Derechos Humanos.

En virtud a la primera, los jueces, tribunales y autoridades administrativas, tienen el deber de aplicar aquella norma que sea más favorable para la protección del derecho en cuestión –ya sea que esté contenida en la Constitución Política del Estado o en las normas del bloque de constitucionalidad– y de adoptar la interpretación que sea más favorable y extensiva al derecho en cuestión; y en virtud a la segunda (interpretación conforme a los Pactos Internacionales sobre Derechos Humanos) tienen el deber de ejercer el control de convencionalidad, interpretar el derecho de acuerdo a las normas contenidas en Tratados e Instrumentos Internacionales en materia de Derechos Humanos ratificados o a los que

8 Tribunal Constitucional Plurinacional, Sentencia expedida el 04 de octubre de 2013, en la Acción de Amparo Constitucional, Expediente: 03693-2013-08-AAC.

se hubiere adherido el Estado, siempre y cuando, claro está, declaren derechos más favorables a los contenidos en la Norma Suprema; obligación que se extiende, además al contraste del derecho con la interpretación que de él ha dado la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

En el marco de lo señalado precedentemente, es evidente que al momento de aplicar las leyes, los jueces y tribunales tienen la obligación de analizar la compatibilidad de la disposición legal no solo con la Constitución Política del Estado, sino también, como lo ha entendido la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, *están obligados a efectuar el control de convencionalidad, a efecto de determinar si esa disposición legal es compatible o no con los Convenios y Pactos Internacionales sobre Derechos Humanos y con la interpretación que de ellas hubiera realizado la Corte Interamericana de Derechos Humanos.*⁹

Esa jurisprudencia fue reiterada en la Sentencia Constitucional SCP 0572/2014 de 10 de marzo, al resolver la Acción Popular planteada por el pueblo indígena originario Takana El Turi Manupare II, que solicitaba la protección de sus derechos colectivos al hábitat y al domicilio, acción en la que, al verificar que la persona particular demandada había incurrido en acciones ilegales que vulneraron los derechos colectivos del referido pueblo indígena originario al hábitat y a su territorio ancestral, decidió conceder la tutela demandada.

El contraste entre el diseño normativo y la realidad práctica

El buen diseño normativo constitucional sobre los derechos fundamentales descrito contrasta con la realidad práctica, lo que da lugar a que muchos estudiosos de la materia afirmen que el extenso catálogo de derechos fundamentales de la Constitución se constituye, en la práctica, en una amplia lista de buenas intenciones estatales.

Efectivamente, el Estado, a través de acciones y determinaciones del Gobierno nacional, incurre aún en reiteradas acciones y omisiones que amenazan con vulnerar o vulneran los derechos fundamentales reconocidos en el amplio catálogo de la Constitución. Acciones de las que se pueden identificar como principales las que se detallan a continuación.

9 Tribunal Constitucional Plurinacional, Sentencia expedida el 25 de febrero de 2014, en la Acción de Amparo Constitucional, Expediente: 04751-2013-10-AAC.

Con relación a los derechos colectivos de las naciones y pueblos indígena originario campesinos, cabe señalar que han sido objeto de permanente vulneración por acciones y omisiones del Estado y sus agentes.

Por ejemplo, el gobierno nacional tomó la determinación administrativa de construir la carretera Cochabamba-Trinidad, cuyo segundo tramo, entre Villa Tunari y San Ignacio de Moxos, atraviesa el Territorio Indígena Parque Nacional Isiboro Sécore (Tipnis), ubicado entre los departamentos de Cochabamba y el Beni. En el Tipnis están asentados pueblos indígenas originarios; se trata de un territorio que tiene una doble categoría, la de parque nacional¹⁰ y la de territorio indígena, por tanto, se trata de un territorio protegido.¹¹ Con el financiamiento del gobierno de Brasil, la construcción de la obra fue adjudicada a la Empresa Brasileira OAS, cuyo contrato se suscribió el 08 de abril de 2008, y se iniciaron las obras en los tramos I y II el 03 de junio de 2011.

La decisión del gobierno fue adoptada sin realizar la consulta previa a los pueblos indígenas originarios, cuyos derechos serán afectados; por tanto, al violar el derecho colectivo de estos pueblos a la consulta previa, puso en amenaza de violación sus derechos colectivos a existir libremente y a vivir en un medio ambiente sano, con manejo y aprovechamiento adecuado de los ecosistemas reconocidos por el artículo 30.II de la Constitución. Ante el reclamo planteado por las autoridades naturales de esos colectivos sociales, el presidente del Estado afirmó que “la carretera se construirá pese a quien le pese”, motivando con ello que las autoridades, en conjunto con los delegados comunales, indígenas, varones y mujeres, junto a sus hijos, realizaran la “Octava marcha indígena por la defensa del Territorio Indígena Parque Nacional Isiboro Sécore, por los territorios, la vida, la dignidad y los derechos de los pueblos indígenas del Oriente, Chaco y Amazonia boliviana”, la cual se inició el 15 de agosto de 2011 desde Trinidad-Beni, arribando a la ciudad de La Paz (sede de Gobierno) el día 19 de octubre de 2011.

10 El Parque Nacional Isiboro Sécore (PNIS) es un área protegida creada por el Decreto Ley 07401 del 22 de noviembre de 1965.

11 El 24 de septiembre de 1990 pasa a ser reconocido como Territorio Indígena mediante el Decreto Supremo 22610 y recibe la denominación de Territorio Indígena y Parque Nacional Isiboro Sécore (Tipnis). En 1997, por Resolución Administrativa del Instituto Nacional de Reforma Agraria (INRA) se consolida de manera legal la propiedad colectiva del territorio bajo la figura de Tierra Comunitaria de Origen (TCO) y se delimita la “línea roja” (línea que delimita la zona de amortiguamiento, por tanto, la entrada de colonos por encima de esta línea). El 13 de junio de 2009 el gobierno entrega el Título Ejecutorial del Tipnis a la subcentral Tipnis, por 1.091.656 ha y la zona colona dentro el área protegida queda limitada a 124.000 ha.

La marcha tuvo graves obstáculos por las acciones de hecho de sectores sociales afines al Gobierno nacional; así, del 01 al 23 de septiembre de 2011, colonizadores, autodenominados “interculturales”, bloquearon el puente de San Lorenzo con el propósito de evitar el paso de la columna indígena, con ello impidieron el avance de la marcha y el acceso a las fuentes de agua para el consumo de los marchistas. El día 25 de septiembre de 2011, fuerzas policiales intervinieron la marcha reprimiendo duramente a los marchistas, dispersándolos con el uso de gases lacrimógenos, procediendo a la detención y agresión de los dirigentes; a una dirigente mujer la arrastraron por el suelo y le taparon la boca con cinta adhesiva; a todos los detenidos los trasladaron en vehículos hasta la ciudad de San Borja (Beni) con la pretensión de llevarlos hasta La Paz en avionetas de la Fuerza Aérea, intento que quedó frustrado por la oposición de los pobladores de San Borja. Esas acciones constituyen una grave violación de los derechos civiles y políticos de las y los indígenas del Tipnis, como los derechos a la dignidad, a la salud, a la integridad física, el derecho de reunión y manifestación pública, y a la libertad de expresión.

Pese a la dura represión de que fueron objeto, los indígenas originarios prosiguieron con su marcha pacífica y arribaron a la sede de gobierno, recibiendo un multitudinario respaldo ciudadano. Como respuesta a la demanda de los indígenas originarios, el Gobierno nacional emitió la Ley 180, declarando al territorio patrimonio sociocultural y natural, zona de preservación ecológica, reproducción histórica y hábitat de los pueblos indígenas chimán, yuracaré y mojeño-trinitario, cuya protección y conservación son de interés primordial del Estado Plurinacional de Bolivia; adicionalmente, lo declara zona intangible, y dispuso que la carretera Villa Tunari-San Ignacio de Moxos, como cualquier otra, no atravesará el Tipnis.¹²

Posteriormente, ante el reclamo de un grupo de indígenas de tierras bajas que son parte del Tipnis y los colonizadores que se encuentran asentados fuera de dicho territorio, apoyados por los campesinos de Cochabamba¹³ y dirigentes

12 Adicionalmente la referida ley dispuso que, dado el carácter intangible del Tipnis, deben adoptarse las medidas legales correspondientes que permitan revertir, anular o dejar sin efecto los actos que contravengan a esta naturaleza jurídica; finalmente, declaró que los asentamientos y las ocupaciones de hecho promovidas o protagonizadas por personas ajenas a los titulares del Tipnis son ilegales y serán pasibles de desalojo con intervención de la fuerza pública si fuera necesario a requerimiento de autoridad administrativa o judicial competente.

13 El secretario general de la Federación de Campesinos de Cochabamba, Jorge Castellón, justificó la presencia de su sector en la marcha indicando que es necesaria la construcción de la carretera “para sacar nuestros productos [que] necesitamos”, ante la pregunta de los periodistas dijo que su sector produce “arroz, plátano, yuca, coca”, entre otros.

de transportistas,¹⁴ que con el apoyo del Gobierno nacional protagonizaron otra marcha, la Asamblea Legislativa Plurinacional emitió la Ley 222 de Consulta a los Pueblos Indígenas del Tipnis, por el que se convocó a una consulta previa libre e informada a los pueblos indígenas de este territorio, definiendo que el objetivo de la consulta era lograr un acuerdo entre el Estado Plurinacional de Bolivia y los pueblos indígenas originario campesinos mojeño-trinitario, chimane y yuracaré sobre los siguientes asuntos: a) definir si el Tipnis debe ser zona intangible¹⁵ o no, para viabilizar el desarrollo de las actividades de los pueblos indígenas mojeño-trinitario, chimane y yuracaré, así como la construcción de la carretera Villa Tunari-San Ignacio de Moxos; y b) establecer las medidas de salvaguarda para la protección del Tipnis, así como las destinadas a la prohibición y desalojo inmediato de asentamientos ilegales respetando la línea demarcatoria del Tipnis. Adviértase que no se convocó a una consulta sobre las medidas administrativas que afectarían los derechos colectivos de los mencionados pueblos indígenas originarios.

La Ley 222 fue impugnada mediante Acción de Inconstitucionalidad Abstracta por diputados de la oposición,¹⁶ y la Ley 180 fue impugnada por diputados oficialistas¹⁷ también por vía de Acción de Inconstitucionalidad Abstracta. Al haberse acumulado ambos expedientes por conexidad, el TCP resolvió ambas acciones mediante la Sentencia Constitucional Plurinacional SCP 0300/12, de 28 de junio, en el siguiente sentido: a) declaró improcedente la Acción de Inconstitucionalidad Abstracta con relación a la Ley 180, argumentando que la vigencia de la misma está condicionada a los resultados de la consulta convocada mediante la Ley 222, con lo que, en la práctica, anuló dicha ley dejándola subordinada a esta última; b) declaró la constitucionalidad del artículo 1 de la Ley 222, referido a la convocatoria a la consulta, y el artículo 7; c) declaró la constitucionalidad condicionada del artículo 1 en cuanto a la frase “y establecer el contenido de este proceso y sus procedimientos”, y de los artículos 3, 4 inc. a), 6 y 9 de la Ley 222, condicionada a su concertación, observando los razonamientos de la sentencia;

14 El dirigente de la Federación del Transporte Libre del Trópico de Cochabamba, Daniel Choquerive, justificó la presencia de su sector en la marcha con el argumento de que la suspensión de la construcción de la carretera por el Tipnis “a los transportistas perjudica”.

15 Recuérdese que el Tipnis fue declarado zona intangible mediante la Ley 180, emitida como respuesta a la demanda de la 8ª Marcha Indígena, protagonizada por los Pueblos Indígenas Originarios yuracaré, chimanes y trinitarios.

16 Los diputados Fabián II Yaksic Feraudy y Miriam Marcela Revollo Quiroga, militantes del Movimiento Sin Miedo, liderado por Juan del Granado.

17 Los diputados Miguel Ángel Ruiz Morales y Sonia Guardia Melgar, militantes del Movimiento Al Socialismo (MAS), liderado por el presidente Evo Morales Ayma.

d) declaró improcedente la Acción de Inconstitucionalidad Abstracta respecto al artículo 8 de la Ley 222; y e) finalmente, emitió exhortaciones a los órganos Legislativo y Ejecutivo para que faciliten el diálogo a fin de lograr la concertación.

Lo contradictorio del caso es que el TCP abundó en explicaciones doctrinales y jurisprudenciales sobre los pueblos indígenas originarios y sus derechos a la territorialidad y a la consulta previa, transcribiendo jurisprudencia comparada de la Corte Constitucional de Colombia, del Tribunal Constitucional del Perú; asimismo, glosó la jurisprudencia de la Corte IDH sobre la consulta previa, establecida en la sentencia expedida en el Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam, e hizo transcripciones de los criterios vertidos por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) sobre el tema en diferentes informes. Con todas esas glosas hizo presumir que declararía inconstitucional la Ley 222 que convocó a una consulta *a posteriori* y tenía la finalidad de consumar las medidas legislativas y administrativas adoptadas por el Estado boliviano sin la consulta previa.

Contradiendo la doctrina y jurisprudencia glosada, el TCP expuso un argumento poco razonable para sustentar una determinación que desconoce los derechos colectivos de los pueblos indígenas originarios mojeño-trinitario, chimane y yuracaré; el argumento es el siguiente:

Sin embargo, se debe aclarar que, cuando se subsana la omisión inicial y, por ejemplo se lleva adelante la consulta, o se emite una ley disponiendo se efectúe la misma en cumplimiento de la Constitución y las normas internacionales sobre derechos humanos, dicha norma no puede ser considerada inconstitucional o contraria al bloque de constitucionalidad, pues si bien no es previa y, por lo mismo, existió –como se tiene dicho– una lesión a los derechos de los pueblos indígenas; empero, con esa norma se está dando efectividad a un derecho colectivo –aunque sea tardíamente–. Un entendimiento contrario implicaría que la lesión de derechos de los pueblos indígenas no podría ser reparada bajo ninguna circunstancia; pues, si bajo el argumento que la consulta no será previa, se tendrían que declarar la inconstitucionalidad de las leyes emitidas con esa finalidad, se llegaría al absurdo de mantener el estado de cosas inconstitucional indefinidamente, situación que no es consentida ni querida por el orden constitucional ni las normas contenidas en los Tratados Internacionales sobre derechos humanos.

Con la determinación adoptada y los fundamentos expuestos, el TCP lamentablemente dejó un precedente negativo, ya que en adelante el Estado boliviano primero adoptará medidas legislativas y administrativas que afecten los derechos colectivos de los pueblos indígenas originarios para luego realizar las consultas respectivas.

Otro caso de violación de derechos colectivos ocurrió en el Chaco boliviano. El 2015, YPFB Chaco, a través de empresas contratadas, realizó actividades de perforación de los pozos DRO-X1003, DRS-X1007, DRS-X1008 y DRS-1009 del bloque El Dorado en la tierra comunitaria de origen (TCO) Takovo Mora, de la cual es parte la Comunidad Yatairenda, como sucede con otras TCO del pueblo guaraní en el Chaco boliviano. El pueblo guaraní, amparado en sus derechos constitucionales, reclamó la realización de una consulta previa, informada y con consentimiento para llevar a cabo la actividad petrolera en su territorio. El Gobierno nacional, por medio de sus voceros ministeriales, junto a YPFB, manifestó que la consulta no procede, porque los pozos petroleros se encuentran en propiedades privadas. Ante la movilización pacífica realizada por las comunidades guaraníes junto a otras comunidades y organizaciones como las del pueblo weenhayek, quienes reclamaban el respeto de su territorio y el derecho a la consulta previa, y por la afectación de las actividades petroleras en su territorio, fueron reprimidas de manera brutal por un nutrido contingente policial el 18 de agosto de 2015, con uso de agentes químicos que causaron graves daños a la salud y la integridad física de mujeres y niños. Con la determinación de realizar las actividades petroleras, el Estado violó el derecho a la consulta previa y en la represión policial se violaron derechos civiles de los miembros de las comunidades indígenas.

De otro lado, el Gobierno nacional decidió ejecutar el proyecto hidroeléctrico denominado Rositas,¹⁸ en el departamento de Santa Cruz, que afectaría el Parque Nacional y Área Natural de Manejo Integrado Serranía del Iniaño, el Área Natural de Manejo Integrado Río Grande Valles Cruceños, el Área Protegida Municipal de Parabanó, así como al pueblo indígena guaraní Tatarenda Nuevo. Además, el proyecto Angosto de “El Bala”,¹⁹ en el departamento de La Paz, que afectaría dos áreas protegidas de interés nacional: el Parque Nacional y Área Natural de Manejo Integrado Madidi y la Reserva de la Biosfera y Tierra Comunitaria de Origen Pilón Lajas, inundando comunidades indígenas como San Miguel del Bala (pueblo tacana). En ninguno de los dos casos el gobierno realizó la consulta previa, violando el derecho colectivo de los pueblos indígenas originarios, cuyo territorio sería afectado.

18 El proyecto Rositas, consistente en la construcción de una presa de tierra con un embalse, se encuentra situado sobre el río Grande, aguas abajo de su confluencia con el río Rositas, 16 km aguas arriba de la población de Abapó, en el límite de las provincias Valle Grande y Cordillera en el departamento de Santa Cruz.

19 El Bala Componente 1 Angosto Chepete 400, está localizado en el departamento de La Paz, entre las provincias Franz Tamayo, Larecaja, Caranavi y Sud Yungas, emplazándose en las siguientes jurisdicciones municipales: Apolo, Alto Beni, Teoponte y Palos Blanco.

Existen muchas otras vulneraciones a derechos colectivos de las naciones y los pueblos indígena originarios que, por razones de espacio de este trabajo, no mencionamos.

Vulneración de derechos civiles y políticos

Los derechos civiles y políticos fueron objeto de permanente vulneración protagonizada por los agentes del Estado, a través de la emisión de leyes y reglamentos, o acciones y determinaciones de autoridades judiciales y administrativas.

Al poco tiempo de haberse promulgado la Constitución, el Gobierno nacional emitió el Decreto Supremo 138, de 20 de mayo de 2009, a través de cuyas normas definió la jurisdicción y competencia de los jueces y tribunales de materia penal en la ciudad de La Paz, para el juzgamiento de las personas acusadas de haber cometido delitos de terrorismo, sedición o alzamientos armados contra la seguridad y soberanía del Estado,²⁰ lo que infringía el principio de reserva de ley (art. 109 de la CPE), ya que esa definición corresponde a la ley y está prevista por el artículo 49 de la Ley 1970, y violando el derecho al debido proceso, en su garantía mínima del derecho al juez natural independiente, competente e imparcial. El mismo Decreto prevé normas que regulan la aplicación de medidas cautelares de carácter real, modificando la Ley 1970, y violando el derecho al debido proceso en su garantía mínima del derecho a la presunción de inocencia y derecho a la defensa.

De otro lado, se puede mencionar la Ley 004, Ley de lucha contra la corrupción, enriquecimiento ilícito e investigación de fortunas “Marcelo Quiroga Santa Cruz”, que incluye normas que violan los siguientes derechos civiles: i) derecho a la privacidad e intimidad, en su elemento esencial del derecho a la inviolabilidad de documentos privados, al establecer la exención del secreto bancario (art. 20); ii) derecho a la legalidad penal, reconocido por el artículo 9 de la CADH sobre Derechos Humanos, al crear los tipos penales de enriquecimiento ilícito (art. 27) y enriquecimiento ilícito de particulares con afectación al Estado (art. 28) con cláusulas de textura abierta e indeterminada; iii) derecho al debido proceso, en sus garantías mínimas del derecho a ser oído y juzgado por un juez natural y derecho a la defensa, al permitir el juzgamiento en ausencia del acusado declarado en rebeldía (art. 36 que incluye al Código de Procedimiento Penal los arts. 91 Bis y 344 Bis); y iv) el derecho a la legalidad penal e irretroactividad, al disponer la aplicación

20 El artículo 2 del referido Decreto Supremo prevé textualmente lo siguiente: “Queda consolidada la ciudad de La Paz, como ámbito de jurisdicción procesal para el juzgamiento de los delitos de Terrorismo, Sedición o Alzamientos Armados contra la Seguridad y Soberanía del Estado, siendo esta ciudad la Sede de Gobierno legalmente constituida donde se encuentran las principales instituciones del Estado Plurinacional de Bolivia” (D.S. 138, 2009).

retroactiva de la ley penal sustantiva que crea los tipos penales de enriquecimiento ilícito y enriquecimiento ilícito de particulares con afectación al Estado.

También se emitió la Ley 351, Ley de otorgación de personalidades jurídicas, de 19 de marzo de 2013, y su Reglamento aprobado mediante Decreto Supremo 1597, cuyas normas regulan el nacimiento y la extinción de las personas jurídicas, como las asociaciones, fundaciones y organizaciones, mismas que se organizan y existen en ejercicio del derecho a la libertad de asociación. La referida Ley y su reglamento tienen el deliberado propósito de limitar el ejercicio del derecho a la libertad de asociación, al eliminar aquellas organizaciones no gubernamentales (ONG), asociaciones y fundaciones que tomaron acciones frente al Gobierno nacional defendiendo los derechos colectivos de las naciones y los pueblos indígena originario campesinos y el derecho al medioambiente. En el mes de junio de 2015, Evo Morales advirtió, en un evento público, que: “se expulsará del país a cualquier ONG o fundación que intente perjudicar la exploración de hidrocarburos”; de lo que se infiere una amenaza pública de parte del exmandatario.²¹

Además de lo referido, en el contenido de la Ley 351 existen normas que violan derechos. El artículo 6.6, al establecer los requisitos imprescindibles para obtener la personalidad jurídica prevé una norma de textura abierta que deja al arbitrio de la entidad competente la definición mediante reglamento, lo cual vulnera el principio de legalidad que rige la administración pública. El artículo 14.1, al remitir al Reglamento la definición de las causales de revocatoria de la personalidad jurídica, infringe el principio de reserva de ley, que es condición de validez para la restricción del ejercicio de un derecho fundamental, ya que la revocatoria de la personalidad jurídica constituye típicamente una restricción al ejercicio del derecho a la libertad de asociación. Por omisión normativa, esta ley infringe los principios de seguridad jurídica y de legalidad, y vulnera el derecho al debido proceso, en su garantía mínima del derecho al juez natural independiente, competente e imparcial, al no definir cuál es la autoridad competente para determinar la revocatoria de la personalidad jurídica. Lamentablemente el TCP, en una muestra de su sometimiento al Órgano Ejecutivo, declaró la Constitucionalidad de la Ley 351 y su Reglamento mediante SCP 0106/2015 de 16 de diciembre.

El derecho a la libertad de expresión fue uno de los más vulnerados a través de la adopción de obstáculos legales que provocaron la autocensura y, en otros casos, se convirtieron en censura previa;²² el derecho a la libertad de informa-

21 *El Día*, “TCP declara inconstitucional el recurso de ley sobre ONG”, 5 de julio de 2016. <https://bit.ly/2QUKjew>

22 Entre muchos casos se puede citar la Ley 45, Ley contra el racismo y toda forma de discriminación, que en su artículo 16 introdujo un mecanismo para la censura previa y la autocensura.

ción, fue otro de los derechos más vulnerados a través de acciones directas e indirectas del Gobierno.²³ Al efecto, se ha emitido la Ley 045 contra el racismo y la discriminación, cuyo artículo 16 introduce un obstáculo legal para el efectivo ejercicio de la libertad de expresión e información a través de los medios masivos de comunicación social, lo que conlleva una censura previa, pues dicha norma establece: “Artículo 16. (Medios masivos de comunicación). El medio de comunicación que autorizar y publicare ideas racistas y discriminatorias será pasible de sanciones económicas y de suspensión de licencia de funcionamiento, sujeto a reglamentación”. Cabe advertir que Bolivia es uno de los tres Estados de América que no cuenta con una ley de acceso a la información pública; las entidades públicas violan permanentemente este derecho al denegar de manera no justificada las solicitudes de información pública.

Otro de los derechos civiles que fue y es vulnerado de manera permanente es el derecho a ser oído, conocido también como derecho de acceso a la justicia y tutela judicial efectiva. La vulneración se debe a diversas causas no enfrentadas adecuada y oportunamente por el Gobierno, tales como la insuficiente provisión de juzgados, lo cual impide que las personas puedan tener la posibilidad de acceder y recibir respuesta oportuna del sistema judicial; al respecto, la CIDH, luego de realizar una visita *in loco* al Estado boliviano, en su informe sobre acceso a la justicia e inclusión social (CIDH, 2007)²⁴ ha señalado que:

En términos generales, el problema del acceso a la justicia debe entenderse desde una doble perspectiva que incluya tanto la posibilidad física de presentar demandas judiciales como las perspectivas reales de obtener una respuesta en un corto plazo de conformidad con la legislación correspondiente según la materia de que se trate. (Cap. II.B, párr. 55)

Los costos del servicio judicial son elevados, lo que da lugar a que las personas con pocos recursos económicos no puedan acceder a este servicio del Estado. También se debe mencionar la ausencia de políticas de gestión administrativa reflejada en la inadecuada organización territorial e institucional del Órgano Judicial, que obstaculiza el libre acceso a la justicia y contribuye a la retardación de

23 Son de relevancia las violaciones del derecho a la libertad de información mediante la restricción de propaganda estatal a los medios masivos de comunicación social como mecanismo de presión para separar a periodistas que manejan la información con objetividad o que asumen posición crítica, como es el caso de Amalia Pando, Carlos Valverde, John Arandia, entre otros.

24 Informe evacuado por la CIDH como resultado de la visita realizada a Bolivia entre el 12 y 17 de noviembre de 2006, publicado por determinación adoptada el 28 de junio de 2007.

justicia. Además, existe una legislación procesal inadecuada, caracterizada por procedimientos excesivamente formalistas y ritualistas, anclados en el positivismo clásico, lo que da lugar a que los jueces exijan una serie de requisitos formales para la admisión de una demanda, rechazándola en caso de incumplimiento.

Otro derecho vulnerado de manera permanente es el derecho al debido proceso, reconocido por el artículo 8 de la CADH, que forma parte del bloque de constitucionalidad, y como garantía constitucional por el artículo 115.II de la Constitución. De manera global se vulnera el derecho al debido proceso en su garantía mínima del derecho a un proceso en plazo razonable, ya que la lentitud de la justicia es un mal crónico que, en vez de superarse, se ha acentuado, existiendo casos connotados de procesos penales instaurados con fines políticos de eliminar judicialmente al adversario; estos casos han tenido duración larga con el agravante de aplicación de la detención preventiva como, por ejemplo:

- a. Caso de los dirigentes cívicos de Villamontes Tarija, José Vaca y Felipe Moza, que fueron sometidos a proceso penal y detenidos preventivamente en septiembre de 2008, acusados de haber cometido los delitos de alzamiento armado contra la seguridad y soberanía del Estado;²⁵ fueron trasladados para ser juzgados a la ciudad de La Paz, donde estuvieron cinco años y seis meses detenidos sin sentencia; al año 2019, el primero de ellos seguía en proceso y con la medida cautelar de arraigo.
- b. Caso de los ciudadanos Elod Tóásó y Mario Tadic, sobrevivientes de la ejecución extrajudicial en el hotel Las Américas,²⁶ contra quienes se instauró acción penal en abril de 2009 por la comisión del delito de terrorismo, en el que incluyeron a varios dirigentes cívicos de Santa Cruz y el Beni, sustanciando la acción penal en la ciudad de La Paz y aplicando detención

25 En septiembre de 2008, Villa Montes se convirtió en el centro de lucha en defensa de la autonomía y el Impuesto Directo de los Hidrocarburos (IDH), 36 días de paro empezaron a inquietar al gobierno, los dirigentes José Vaca y Felipe Moza conducían el movimiento. El 10 de septiembre de 2008 se produjo la explosión de la válvula 3 del gasoducto de Transierra en Yatebote-Palmar Grande, lo que motivó que el gobierno acusara a los referidos dirigentes cívicos de ser autores de un atentado, por lo cual procedieron a su aprehensión y los trasladaron a la ciudad de La Paz para someterlos a proceso penal.

26 El 16 de abril de 2009, a las 4:30 a. m., fuerzas de seguridad bolivianas ingresaron al hotel Las Américas, de la ciudad de Santa Cruz, sin orden judicial, y abatieron a balazos a los ciudadanos Eduardo Rózsa-Flores, húngaro-boliviano; Árpád Magyarosi, húngaro-rumano; y Michael Martin Dwyer, irlandés, y arrestaron a los ciudadanos Mario Tadic, boliviano-croata, y Elod Tóásó, húngaro; los policías arguyeron que los ciudadanos opusieron resistencia disparando armas de fuego. Al llegar a Venezuela el 16 de abril, el presidente Evo Morales anunció que cumpliendo con su orden la policía había desmontado una trama de la derecha para asesinarlo junto con el vicepresidente.

- preventiva que, con relación a algunos procesados, tuvo una duración de casi once años; el caso fue cerrado sin sentencia por haberse retirado la acusación.
- c. Caso del gobernador de Pando, Leopoldo Fernández, contra quien se instauró acción penal el 11 de septiembre de 2008, acusándolo de ser autor intelectual del delito de asesinato de trece campesinos y normalistas en la zona de El Porvenir de Pando; se lo trasladó a la ciudad de La Paz para juzgarlo, aplicándole la detención preventiva, medida que duró hasta febrero de 2013, año en que se sustituyó por la detención domiciliaria, habiéndose levantado la medida en diciembre de 2019, luego de más de once años sin que existiera sentencia condenatoria ejecutoriada.

En todos esos casos, el común denominador es la violación de varios derechos: i) al debido proceso en sus garantías mínimas; ii) al juez natural independiente, competente e imparcial; iii) a la presunción de inocencia; iv) a la defensa; v) a ser procesado en plazo razonable; y vi) a la libertad física.

Existen muchísimos otros casos de graves violaciones del derecho al debido proceso en la sustanciación de acciones penales en contra de ciudadanos y ciudadanas, como el caso del médico Jhiery Fernández, que fue ilegalmente procesado e irregularmente sentenciado a pena privativa de libertad de 20 años; el caso del ciudadano Reynaldo Ramírez, que por error fue sentenciado a 30 años de cárcel, y cuyo proceso fue anulado luego de dos años de reclusión; y el caso del magistrado del TCP Gualberto Cusi. Son muchos casos en los que se han violado derechos fundamentales, que por razones de espacio no se incluyen en este análisis. Lo lamentable del caso es que la Jurisdicción Constitucional no ha reparado las acciones y omisiones ilegales violatorias de derechos fundamentales, al contrario, las ha convalidado con argumentos inconsistentes; es más, el TCP ha incurrido en graves violaciones de derechos, acciones que por razones de espacio no pueden ser analizadas en este trabajo.

También se puede señalar que se ha violado el derecho político a ejercer la función pública de autoridades elegidas democráticamente en las listas de partidos de oposición, instaurando acciones penales. En efecto, una vez presentada la acusación formal, y con la acción de fiscales sometidos al Gobierno nacional, se aplicaron las normas previstas por los artículos 144 al 147 de la Ley 031 y procedieron a suspenderlos de sus funciones; entre los casos más connotados se tiene los de los exgobernadores Mario Cossio (Tarija) y Ernesto Suárez (Beni). Asimismo, se suspendieron y, en la práctica, destituyeron a alcaldes y concejales municipales. Como parte de ese accionar también se han violado los derechos: i) al debido proceso; ii) a la libertad física; iii) a la integridad psicológica y moral;

iv) a la dignidad y la imagen. Todos estos derechos se violaron al haberse instaurado acciones penales en contra de líderes cívicos, políticos, exautoridades y autoridades en ejercicio,²⁷ que fueron sustanciadas con graves irregularidades, como la aplicación retroactiva de la Ley 004, la tramitación de las acciones en ausencia de los acusados declarándolos en rebeldía y designándoles defensores de oficio a los que les restringieron la capacidad de ejercer la defensa.

Vulneración de derechos económicos, sociales y culturales

Respecto a los derechos económicos, sociales y culturales y, como parte de ellos, los derechos de grupos sociales vulnerables, se tiene que estos también fueron y son vulnerados por omisiones del Estado y sus agentes, que no adoptaron oportunamente medidas administrativas y legislativas para garantizar su pleno goce y ejercicio efectivo.

Así, a manera de ejemplo, en diez años de vigencia de la Constitución, la Asamblea Legislativa Plurinacional (ALP) no expidió la ley que regula la prestación de la renta de desempleo y pérdida de empleo, reconocida por el artículo 45 de la Constitución, como un elemento del derecho al seguro de largo plazo; cabe también destacar la cruel y despiadada represión policial a las personas con discapacidad, cuyos pedidos y reclamos, al parecer, el Gobierno no deseaba atender, incumpliendo las normas de la Constitución que consagran sus derechos fundamentales.

Con relación al derecho a la salud, el Estado no adoptó medidas de orden administrativo y presupuestario para garantizar el goce pleno y efectivo del derecho. Respecto a la salud preventiva no existen políticas públicas orientadas a garantizar a toda la población un estado de completo bienestar físico, mental y social, a partir de la oportuna y adecuada provisión de los factores necesarios para lograrlo. Respecto a la salud curativa, tampoco existen políticas públicas dirigidas a garantizar a toda la población un acceso universal, gratuito, a los servicios públicos de salud, pues no hay la suficiente cobertura de infraestructura de salud, de equipamiento, de personal médico y paramédico, ni provisión de

27 Parte de ese accionar son: i) los 70 procesos penales instaurados en contra del ciudadano José María Bacovick en diferentes ciudades, obligándolo a viajar constantemente, entre otros, a La Paz, pese a su delicado estado de salud, hasta provocar su muerte; ii) los más de 20 procesos en contra del exgobernador de Tarija, Mario Cossio Cortés; iii) los más de 25 procesos penales en contra del exprefecto Manfred Reyes Villa; iv) más de 30 procesos en contra del exgobernador del Beni, Ernesto Suárez; v) más de 15 procesos en contra del alcalde de Quillacollo, Eduardo Mérida; vi) más de 20 procesos penales en contra del gobernador de Santa Cruz, Rubén Costas; vii) más de 15 procesos en contra del alcalde de Cochabamba, José María Leyes; y viii) el ilegal proceso y apresamiento de Franklin Gutiérrez.

medicamentos. Recién el año 2019 el gobierno creó el Seguro Único de Salud (SUS), más con fines electorales y sin la debida planificación y organización. El Estado no tiene una adecuada política en la materia para cumplir con la obligación que le impone el artículo 35 de la Constitución de garantizar el acceso gratuito de la población a los servicios de salud.

El artículo 45.III de la Constitución, al reconocer el derecho a la seguridad social de largo plazo, establece como una de las prestaciones la renta de desempleo y pérdida de empleo; sin embargo, en diez años, el Órgano Legislativo no ha expedido la ley que defina el ente gestor, la fuente de financiamiento, los requisitos y las condiciones para acceder a la prestación de la renta, y el lapso en que se puede gozar de la renta; la falta de desarrollo legislativo hace que las personas no puedan ejercer el derecho, lo que produce una vulneración por omisión estatal.

BIBLIOGRAFÍA

COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (CIDH), *Acceso a la justicia e inclusión social: el camino hacia el fortalecimiento de la democracia en Bolivia*. OEA/Ser. L/V/II, Doc. 34. 28 de junio de 2007. <https://bit.ly/32WMf1N>

RIVERA SANTIVÁÑEZ, José Antonio, *Hacia una nueva Constitución*, La Paz, Fundappac, Konrad Adenauer y Oficina Jurídica para la Mujer, 2008.

Jurisprudencia

CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL ESTADO PLURINACIONAL DE BOLIVIA, 2009.

LEY 004, de lucha contra la corrupción, enriquecimiento ilícito e investigación de fortunas “Marcelo Quiroga Santa Cruz”, de 31 de marzo de 2010.

LEY 045, contra el racismo y toda forma de discriminación, de 08 de octubre de 2010.

LEY 351, de otorgación de personalidades jurídicas, de 19 de marzo de 2013.

DECRETO SUPREMO 138, de 20 de mayo de 2009.

SENTENCIA CONSTITUCIONAL PLURINACIONAL 0110/2010.

SENTENCIA CONSTITUCIONAL PLURINACIONAL 1250/2012.

SENTENCIA CONSTITUCIONAL PLURINACIONAL 0300/2012.

SENTENCIA CONSTITUCIONAL PLURINACIONAL 1617/2013.

SENTENCIA CONSTITUCIONAL PLURINACIONAL 0487/2014.

SENTENCIA CONSTITUCIONAL PLURINACIONAL 0572/2014.

SENTENCIA CONSTITUCIONAL PLURINACIONAL 0106/2015.

LOS DERECHOS HUMANOS EN LA JURISPRUDENCIA DE LOS TRIBUNALES SUPERIORES DE JUSTICIA EN CHILE (2008-2019)

Claudio Nash Rojas*

INTRODUCCIÓN

El estudio que se presenta a continuación tiene por objetivo analizar las funciones y los usos que la jurisprudencia de los tribunales superiores de justicia en Chile –Corte de Apelaciones (CA) y Corte Suprema (CS)– dan al derecho internacional de los derechos humanos (DIDH) al momento de resolver casos contenciosos sometidos a su jurisdicción.

Uno de los fenómenos más relevantes de los últimos 30 años en materia de derechos humanos ha sido la convergencia de dos sistemas normativos que consagran normas y mecanismos de garantía para el pleno goce y ejercicio de los derechos: el DIDH y los sistemas nacionales de jurisdicción constitucional.¹ Dicho proceso de convergencia se basa en una efectiva coordinación entre los mecanismos de protección asociados a cada sistema normativo, de forma tal que cada uno aporte en la consecución de un objetivo común: la efectiva protección de los derechos humanos.²

Más allá de los distintos diseños institucionales de recepción del DIDH en el ámbito interno, una de las principales manifestaciones de la interacción entre este y el derecho interno se da en la jurisprudencia de los tribunales con competencia constitucional, donde se ha pasado de una recepción formal a una sustantiva de

* Ph. D. Académico de la Universidad de Chile. cnash@derecho.uchile.cl

1 Martín Riso, “Interrelación entre el Derecho Constitucional y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos”, *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, núm. 16, 2012, pp. 305-328.

2 César Landa, “Jurisdicción constitucional y jurisdicción internacional: cooperación, conflictos y tensiones”, en *Control de convencionalidad, interpretación conforme y diálogo jurisprudencial: una visión desde América Latina y Europa*, México, Porrúa, 2012, pp. 307-332.

la normativa y los estándares internacionales en sede interna,³ proceso que finalmente ha reconfigurado la concepción de derechos fundamentales en la región.⁴

A través de una recepción sustantiva, que implica la utilización de estándares internacionales en la resolución de casos a nivel nacional, se logran satisfacer criterios normativos fundamentales en un estado de derecho:

- a. Cumplir con las obligaciones internacionales de los Estados en materia de derechos humanos. Al suscribir los tratados internacionales en materia de derechos humanos, los Estados se obligan a adoptar todas las medidas necesarias para su cumplimiento de buena fe.⁵ Dentro de estas medidas estatales está la obligación de adoptar providencias jurisdiccionales, esto es, que los tribunales adopten medidas tanto en la tramitación de los casos como en la resolución sustantiva de los mismos a la luz del contenido y alcance de los derechos consagrados en los instrumentos internacionales.⁶
- b. Dar eficacia a los derechos fundamentales en el ámbito interno. La efectividad de las normas sobre derechos humanos consagradas en los instrumentos internacionales son un estándar normativo sobre derechos individuales que fijan un cierto patrón de conducta al Estado que debe ser determinado en cada caso concreto. Esto obliga a la judicatura a interpretar

3 La incorporación formal se refiere al proceso mediante el cual la norma de DIDH pasa a tener valor en el ordenamiento jurídico interno, esto es, pasa a ser norma integrante del *corpus iuris* del Estado. Por su parte, la incorporación sustantiva se basa en la adopción de estándares sustantivos desarrollados por el sistema internacional de derechos humanos, para resolver cuestiones institucionales, normativas y jurisdiccionales al interior de los Estados (Nash y Núñez, “Recepción formal y sustantiva del Derecho Internacional de los Derechos Humanos”, *op. cit.*).

4 Claros ejemplos de esta recepción los encontramos en los razonamientos de los tribunales constitucionales y tribunales ordinarios en temas como obligaciones positivas de los Estados, restricciones y juicio de ponderación, bloque de constitucionalidad, estado de cosas inconstitucional, entre otras. Cada una marcada por las tendencias internacionales en materia constitucional y por los avances en la jurisprudencia internacional (Claudio Nash, *La concepción de los derechos fundamentales en Latinoamérica*, México, Fontamara, 2010; Humberto Nogueira, “El bloque constitucional de derechos en Chile, el parámetro de control y consideraciones comparativas con Colombia y México: doctrina y jurisprudencia”, *Revista de Estudios Constitucionales*, vol. 13, núm. 2, 2015).

5 Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, artículo 26, “*Pacta sunt servanda*. Todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe”.

6 CADH, artículo 2: “Si el ejercicio de los derechos y las libertades mencionados en el artículo 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, 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”.

las normas buscando aquella significación que permita a cada persona o grupo protegido por las mismas su pleno goce y ejercicio. En caso de que se establezca alguna limitación, para que esta sea legítima será necesario que se cumplan con los requisitos consagrados internacionalmente.

- c. Respeto por la coherencia interna de cada sistema normativo. Un sistema coherente será aquel que permita un ejercicio lógico desde la norma superior a la resolución del caso concreto, pasando por las normas procesales y sustantivas aplicables. Por tanto, la legitimidad de las resoluciones en el ámbito interno está dada por la coherencia en la resolución concreta de las obligaciones constitucionales y las obligaciones internacionales.⁷

LA RECEPCIÓN DEL DIDH EN CHILE

En general, la recepción de los tratados de derechos humanos no tiene problemas diferentes de los de la recepción del resto de los tratados.⁸ Sin embargo, cuando nos enfrentamos ante la problemática de la jerarquía, existen diferencias de tratamiento en el ordenamiento jurídico chileno ante los tratados de derechos humanos.⁹ De esta forma, la discusión ha quedado centrada en la recepción formal, a fin de determinar el rango de los derechos humanos consagrados en tratados internacionales (supralegal, constitucional o supraconstitucional).¹⁰

7 Esta es una característica propia de los sistemas codificados, contruidos sobre la idea de sistematicidad y coherencia lógica (Alfonso Ruiz Miguel, *Una filosofía del derecho en modelos históricos. De la antigüedad a los inicios del constitucionalismo*, Madrid, Trotta, 2002, pp. 270-275).

8 Ana María García Barzelato, "Tratados Internacionales según la Reforma Constitucional de 2005", *Revista de Derecho Público*, núm. 68, 2006, pp. 72-84; Humberto Nogueira, "Reforma constitucional del 2005 y control de constitucionalidad de tratados internacionales", *Revista de Estudios Constitucionales*, vol. 5, núm. 1, 2007, pp. 59-88.

9 La Corte Suprema se ha inclinado por la tesis de la constitucionalización, véase, por ejemplo: CS, Rol 517-2004, de 17 de noviembre de 2004; Rol 559-2004, de 13 de diciembre de 2006; Rol 3125-2004, de 13 de marzo de 2007; Rol 2054-2008, de 18 de junio de 2008; Rol 3452-2006, de 10 de mayo de 2007; Rol 1528-2006, de 24 de enero de 2008; Rol 3841-2012, de 04 de septiembre de 2013. El Tribunal Constitucional se ha inclinado por la tesis del rango simplemente legal, ver causa Rol 346-2002, de 08 de mayo de 2002. Este punto de vista se reafirma en la sentencia Rol 1288-2009, de 09 de agosto de 2009, donde el Tribunal Constitucional somete a los tratados internacionales a un control represivo de constitucionalidad, y en la sentencia sobre constitucionalidad de la Ley de Pesca, roles 2387 y 2388 acumulados.

10 El debate se puede apreciar en los estudios de Miguel Ángel Fernández, "La reforma al artículo 5 de la Constitución", *Revista Chilena de Derecho*, vol. 16, núm. 3, 1989, pp. 809-825; Emilio Pfeffer, "Los tratados internacionales sobre derechos humanos y su ubicación

Los términos en que está redactado el artículo 5 inciso 2º de la Constitución¹¹ han permitido interpretaciones contrapuestas respecto al rango que ocupan los derechos humanos en la pirámide normativa. Este problema del diseño institucional, sin duda, ha ralentizado el proceso de recepción jurisdiccional del DIDH en el ámbito interno, pero no lo ha impedido por completo.¹² En efecto, desde 2004 en adelante se ha ido desarrollando un proceso creciente de recepción sustantiva del DIDH por parte de la jurisprudencia de las Cortes de Apelaciones y la Corte Suprema que ha permitido una mejor protección de los derechos humanos, esto es, resolviendo de una manera adecuada cuestiones que se venían solvando restrictivamente y dando respuesta a cuestiones hasta ahora no resueltas.

Por ello, es importante preguntarse ¿cuál es la función que cumple el DIDH como elemento de legitimación de la actividad estatal?, ¿cuál es el uso que se le ha dado al DIDH por parte de la jurisprudencia constitucional al momento de resolver cuestiones contenciosas en el ámbito interno? y ¿ha sido útil este proceso para la protección de grupos en situación de discriminación?

Función del DIDH para legitimar la actividad del Estado

La aplicación de los estándares internacionales en el ámbito interno no solo es un elemento que “limita” la actividad del Estado, sino que, básicamente, es un parámetro de legitimidad de dicha actividad.¹³ Esto cobra especial relevancia en casos donde la legislación otorga amplios espacios de actuación a los agentes estatales. Incluso en casos donde la ley entrega un espacio de discrecionalidad,

en el orden normativo interno”, *Revista Ius et Praxis*, vol. 9, núm. 1, 2003, pp. 467-484. Eduardo Aldunate, “La posición de los tratados internacionales en el sistema de fuentes del ordenamiento jurídico chileno a la luz del derecho positivo”, *Revista Ius et Praxis*, Año 16, núm. 2, 2010, pp. 185-210, entre otros.

- 11 Constitución Política, artículo 5.2: “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*” (destacado lo que se agregó en la reforma de 1989 al texto original).
- 12 Claudio Nash y Constanza Núñez, “Recepción formal y sustantiva del Derecho Internacional de los Derechos Humanos: experiencias comparadas y el caso chileno”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núm. 148, 2017, pp. 185-231.
- 13 Como destaca Ferrajoli, una de las características del constitucionalismo en relación con los derechos reside en haber incorporado, como normas de legitimación interna, gran parte de las fuentes de justificación externa “relativas al ‘cuándo’ y al ‘cómo’ del ejercicio de los poderes públicos” (Luigi Ferrajoli, *Derecho y razón*, Madrid, Trotta, 1995, p. 213). En este caso, los criterios de legitimación respecto al “cómo” ejercer el poder público también estarían en fuentes del DIDH.

tanto el Tribunal Constitucional¹⁴ como la Corte Suprema¹⁵ han establecido un parámetro único: la discrecionalidad en ningún caso significa descontrol y, menos, arbitrariedad. Para definir cuál es la base de dicho control y cuál es el límite de la discrecionalidad para que no constituya arbitrariedad, los derechos humanos tienen un papel fundamental, en particular, aquellos que provienen de fuentes internacionales.

Un ejemplo de este uso del DIDH es lo dispuesto por la Corte Suprema en materia migratoria:

Que la potestad discrecional es una herramienta de la autoridad administrativa que se caracteriza por otorgar un margen de libertad para decidir de una manera u otra, sin que su actuar se encuentre determinado previamente por una regla contenida en una norma jurídica. No obstante ello, la discrecionalidad jamás puede invocarse para encubrir una arbitrariedad que prive, perturbe o amenace los derechos fundamentales de alguna persona.

[...]

Del mismo modo, el Derecho Internacional Humanitario ha fijado ciertos parámetros sobre los cuales los Estados parte deben ejercer la potestad de denegar el ingreso al país de un extranjero. Así, aunque en principio el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.¹⁶

La consecuencia de esta función es que los derechos humanos dejan de ser solo límites a la actividad estatal, para pasar a constituir fuente de legitimación de dicha actividad por parte de las autoridades estatales, aun en áreas tradicionalmente revestidas de amplios espacios de discrecionalidad.

Usos del DIDH en la jurisprudencia chilena

Para poder analizar los usos que se le dan al DIDH en la jurisprudencia nacional, se debe entender este derecho de manera amplia, es decir, el conjunto de tratados, declaraciones y la práctica normativa de los tratados que surge de su aplicación

14 TC, Rol 198-1995, 4 de enero de 1995, considerando 10º; Rol 2026-2011, de 14 de agosto de 2012, considerando 15º.

15 “Que la potestad discrecional es una herramienta de la autoridad administrativa que se caracteriza por otorgar un margen de libertad para decidir de una manera u otra, sin que su actuar se encuentre determinado previamente por una regla contenida en una norma jurídica. No obstante ello, la discrecionalidad jamás puede invocarse para encubrir una arbitrariedad que prive, perturbe o amenace los derechos fundamentales de alguna persona”. (CS, Rol 11521-2014, de 12 de junio de 2014, considerando 5º).

16 CS, Rol 11521-2014, de 12 de junio de 2014, considerando 5º.

por parte de los órganos internacionales de derechos humanos.¹⁷ Asimismo, se analizarán sentencias nacionales que realizan un uso sustantivo del DIDH, es decir, aquellas en que su utilización sea determinante para la resolución del caso y no aquellas resoluciones en que la mención al DIDH es descriptiva o enunciativa.

Concreción de principios constitucionales y legales

La existencia de principios o conceptos jurídicos indeterminados en las leyes y constituciones es una constante en los ordenamientos jurídicos.¹⁸ Para su aplicación deben ser concretizados a través del ejercicio interpretativo que realizan los tribunales y, en este esfuerzo, cumple un rol relevante el DIDH.

Un ejemplo clásico de este fenómeno es el debido proceso. Este derecho está consagrado de manera genérica en el artículo 19 núm. 3 de la Constitución Política (principio de un “procedimiento racional y justo”), de manera tal que la jurisprudencia nacional ha concretado este principio especificando las garantías que lo componen a la luz del DIDH.¹⁹ Así ocurre también con el principio del interés superior del niño²⁰ y la presunción de inocencia.²¹

17 Respecto a la jurisprudencia, esta última es asumida con valor de lo que la doctrina llama “cosa interpretada”, cuando el Estado no ha sido condenado por la jurisprudencia en cuestión. Sobre la diferencia entre *res judicata* y *res interpretata*, véase Eduardo Ferrer Mac-Gregor, “Eficacia de la sentencia interamericana y la cosa juzgada internacional: eficacia de la sentencia interamericana y la cosa juzgada internacional. Vinculación directa hacia los pares (*res judicata*) e indirecta hacia los Estados parte de la Convención Americana (*res interpretata*) (sobre el cumplimiento del caso *Gelman vs. Uruguay*)”, *Revista de Estudios Constitucionales*, Año 12, núm. 2, 2014, pp. 641-694.

18 Como destaca Guastini, “gran parte de las disposiciones constitucionales sustantivas utilizadas por los jueces constitucionales en las decisiones sobre la legitimidad constitucional de las leyes, no expresan reglas precisas, sino principios generales, los cuales exigen: por un lado, un proceso de concretización, para ser aplicados a controversias concretas” (Ricardo Guastini, *Teoría e ideología de la interpretación constitucional*, Madrid, Trotta, 2008, p. 73).

19 Como son el derecho a defensa, el derecho al recurso, la contradicción y el plazo razonable. Véase CS, Rol 7351-2009, de 05 de enero de 2010; CS, Rol 2787-2010, de 29 de mayo de 2010; CS, Rol 4001-2010, de 24 de agosto de 2010; CA de San Miguel, Rol 1537-2013, de 18 de noviembre de 2013; CA de Concepción, Rol 26-2014, de 21 de marzo de 2014; CA de Temuco, Rol 253-2014, de 24 de mayo de 2014.

20 CA de Santiago, Rol 3427-2009, de 16 de junio de 2010; CA de Santiago, Rol 3383-2009, de 08 de junio de 2010; CS, Rol 2556-2010, de 16 de septiembre de 2010; CS, Rol 7220-2011, de 30 de diciembre de 2011; CA de Santiago, Rol 808-2012, de 12 de abril de 2012; CS, Rol 920-2013, de 07 de mayo de 2013 y; CS, Rol 2843-2014, de 08 de abril de 2014, entre otras.

21 CA de la Serena, Rol 152-2005, de 01 de junio de 2005, considerando 7. En un sentido similar, véase: CS, Rol 740-2005, de 25 de abril de 2005.

Otro de los principios que informa el DIDH y que también se encuentra presente en la Constitución nacional, es el de igualdad y no discriminación (art. 19 núm. 2 de la Constitución).²²

Interpretación de derechos consagrados constitucional y legalmente para dotarlos de contenido y alcance

Las cláusulas constitucionales y muchas de rango legal se caracterizan por su amplitud e indeterminación. Los derechos fundamentales contenidos en la Constitución Política e incluso aquellos reconocidos a nivel legal, no escapan de estas características.²³

En estos casos, la jurisprudencia nacional ha utilizado el DIDH para especificar el alcance de las garantías que componen el proceso racional y justo. Así ha ocurrido con la garantía del juez imparcial, donde se ha recurrido a la jurisprudencia de la Corte IDH para identificar las vertientes de la imparcialidad objetiva y subjetiva.²⁴ Así ocurre también con el derecho al recurso y la concreción de sus características, tales como la accesibilidad²⁵ o el alcance de la doble instancia.²⁶

Fuera del ámbito penal, se destaca la remisión a los tratados internacionales para dotar de contenido el derecho al fuero maternal en materia laboral,²⁷ el derecho a la libertad sindical²⁸ y el derecho de huelga.²⁹

22 CS, Rol 92795-2016, de 01 de diciembre de 2016, considerando 14. Acto seguido la CS desarrolla ampliamente las obligaciones del Estado en este ámbito, refiriéndose a resoluciones de diversos organismos internacionales; véase considerando 14.

23 Desde esta perspectiva “las disposiciones constitucionales de derechos fundamentales se configuran como normas incompletas o abiertas susceptibles de ser ‘especificadas’ o ‘rellenadas’ con los contenidos de los tratados de derechos humanos” (Patricia Cuenca, “La incidencia del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en el derecho interno: la interpretación del artículo 10.2 de la Constitución Española”, *Revista de Estudios Jurídicos*, núm. 12, 2012, p. 4).

24 CS, Rol 29359-2014, de 29 de enero de 2015 y CA de Temuco, Rol 378-2013, de 11 de abril de 2013.

25 CS, Rol 3402-2015, de 09 de marzo de 2015.

26 CA de Santiago, Rol 427-2015, de 10 de abril de 2015, considerando 7, que se refiere al fallo condenatorio contra el Estado de Chile en el caso Norín Catrimán vs. Chile (Corte IDH, Caso Norín Catrimán y otros [Dirigentes, miembros y activista del Pueblo Indígena Mapuche] vs. Chile, Sentencia de 29 de mayo de 2014, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, núm. 279).

27 CA de Santiago, Rol 1826-2012, de 22 de marzo de 2013; CA de Santiago, Rol 113-2013, de 24 de abril de 2013; CS, Rol 19354-2014, de 9 de abril de 2015.

28 CA de Santiago, Rol 4344-2006, de 19 de julio de 2007, y CA de Santiago, Rol 1701-2007, de 31 de marzo de 2008.

29 CA de Valdivia, Rol 20-2007, de 10 de julio de 2007 y CA de Santiago, Rol 6885-2007, de 31 de octubre de 2009.

Interpretación de derechos para configurar uno nuevo o con un nuevo contenido

Otro uso ha sido utilizar los estándares internacionales para fijar el contenido y alcance de los derechos ya consagrados, pero dotándolos de una mejor protección.

Una forma ha sido dotar de un contenido nuevo a un derecho consagrado constitucionalmente. Un ejemplo claro de este uso del DIDH lo encontramos en materia penal, específicamente respecto del derecho de defensa. El artículo 19, núm. 3 de la Constitución Política de la República consagra el derecho a la defensa técnica en términos formales y este contenido debe ser actualizado en atención a los desarrollos del DIDH.³⁰ Siguiendo en materia penal, otro ejemplo es el derecho a un plazo razonable como parte del debido proceso.³¹ Lo mismo ocurre respecto del derecho a indemnización por error judicial, sobre el cual la Corte Suprema ha entendido que por integración de las normas internacionales de derechos humanos comprende también la indemnización en casos de auto de procesamiento³² o prisión preventiva³³ dictada erróneamente, y que no se extiende únicamente a casos de condenas firmes.

En materia laboral, se puede destacar la interpretación progresiva de las causales que dan origen a la acción de tutela de derechos fundamentales por discriminación, donde se ha entendido que el concepto de discriminación del Código del Trabajo no es taxativo a la luz del DIDH e incorpora causales tales como la prohibición de discriminación por discapacidad.³⁴

Una nueva manifestación de la integración de contenidos a partir de la incorporación de la norma internacional la constituyen aquellos casos donde el DIDH otorga lineamientos específicos para la actuación de la autoridad en garantía de derechos constitucionales. Se trata, por ejemplo, de la incorporación de obligaciones derivadas de la prohibición de la tortura³⁵ o de obligaciones específicas

30 CA de Temuco, Rol 378-2013, de 11 de mayo de 2013, considerando 12. En un sentido similar, véase: CS, Rol 3419-2007, de 13 de noviembre de 2007, y CS, Rol 6053-2007, de 29 de abril de 2008.

31 CS, Rol 1187-2014, de 28 de mayo de 2015.

32 CS, Rol 5411-2010, de 11 de agosto de 2011.

33 CS, Rol 4921-2014, de 09 de junio de 2014; CS, Rol 22356-2014, de 20 de abril de 2015 y CS, Rol 1579-2015, de 08 de julio de 2015.

34 CS, Rol 23808-2014, de 05 de agosto de 2015, considerando 7.

35 Se ha dispuesto, por ejemplo, “Gendarmería de Chile deberá adecuar sus protocolos de actuación así como sus actuaciones propiamente tales, en forma especial a lo que dispone su normativa interna y particularmente a lo que dispone la Convención contra la Tortura, aplicando con racionalidad y proporcionalidad, cuando corresponda, las herramientas que establece su normativa interna en cuanto al uso de la fuerza y elementos de seguridad y persuasión” (CA de Concepción, Rol 97-2015, de 08 de junio de 2015. En el mismo sentido:

respecto de grupos en situación de discriminación, como son niños, niñas³⁶ y pueblos indígenas.³⁷

En cuanto a la integración para configurar nuevos derechos se destaca principalmente la jurisprudencia referida al derecho a la identidad.³⁸ Asimismo, mediante la técnica de la integración normativa, también se ha realizado un reconocimiento implícito del derecho a la identidad de género, lo que ha permitido el cambio de sexo registral para personas transgénero.³⁹

Llenar lagunas para el ejercicio jurisdiccional

El DIDH también ha sido utilizado por los tribunales superiores de justicia para dar respuesta a situaciones que no se encuentran previstas en el derecho interno. Considerando el mandato de inexcusabilidad de los tribunales superiores de justicia, los tribunales nacionales han incorporado derechos al catálogo constitucional que no se encuentran contemplados. Así ha ocurrido, por ejemplo, con el derecho al recurso.⁴⁰

Este fenómeno ocurre también con el caso de los derechos económicos, sociales y culturales (DESC). Al ser la Constitución chilena una carta fundamental de raigambre neoliberal, la consagración de los DESC se encuentra limitada, tanto respecto a los derechos que son reconocidos, así como respecto a las garantías

CA de Valdivia, Rol 8-2013, de 13 de marzo de 2013; CA de Antofagasta, Rol 68-2013, de 07 de diciembre de 2013, y CA de Concepción, Rol 78-2015, de 04 de mayo de 2015.

36 CA de Temuco, Rol 342-2011, 16 de diciembre de 2011; CA de Temuco, Rol 604-2012, de 03 de septiembre de 2012; CA de Temuco, Rol 982-2013, de 31 de enero de 2014; CA de San Miguel, Rol 32-2014, de 03 de marzo de 2014.

37 CA de Temuco, Rol 342-2011, de 16 de diciembre de 2011; CA de Temuco, Rol 1136-2011, de 21 de diciembre de 2011; CA de Temuco, Rol 449-2012, de 05 de agosto de 2012 y CS, Rol 5441-2012, de 20 de julio de 2012. En materia de consulta la producción jurisprudencial de las Cortes de Apelaciones ha sido intensa. Solo a modo de ejemplo, véase: CA de Temuco, Rol 1705-2009, de 21 de enero de 2010; CS, Rol 258-2011, de 13 de junio de 2011; CS, Rol 10090-2011, de 22 de marzo de 2012; CA de Temuco, Rol 454-2012, de 03 de junio de 2012; CA de Temuco, Rol 545-2010, de 15 de diciembre de 2012. Un estudio jurisprudencial completo sobre esta tendencia se puede encontrar en Nash (2014).

38 CA de Santiago, Sentencia rol 36243-2014, de 7 de octubre de 2014, considerandos 10 y 11.

39 CA de Arica, Rol 189-2016, de 05 de agosto de 2016, considerando 6. En el mismo sentido: CA de Iquique, Rol 496-2014, de 26 de noviembre de 2014; CA de Santiago, Rol 13001-2015, de 29 de marzo de 2016 y; CA de Santiago, Rol 12571-2015, de 27 de enero de 2016.

40 CS, Rol 6053-2007, de 29 de abril de 2008. En el mismo sentido: CS, Rol 5179-2008, de 18 de noviembre de 2008.

jurisdiccionales. En este sentido, el DIDH se ha utilizado para reconocer, por ejemplo, la existencia del derecho al agua,⁴¹ o del derecho a una vivienda digna.⁴²

INAPLICAR NORMAS QUE INCUMPLEN LAS OBLIGACIONES INTERNACIONALES DEL ESTADO

Este es el uso más intenso del DIDH en el ámbito interno. Pese a no encontrarnos en sede de jurisdicción constitucional (es decir, en un proceso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad o frente a una acción de inconstitucionalidad), las Cortes de Apelaciones y la Corte Suprema han utilizado el DIDH para dejar de aplicar una norma incompatible con las obligaciones internacionales del Estado, a fin de cumplir con el mandato convencional.⁴³ Esto se ha dado principalmente respecto de casos vinculados con violaciones masivas y sistemáticas de los derechos humanos.⁴⁴ En este sentido, la jurisprudencia nacional ha hecho referencia a la existencia de una Constitución material que incorpora estas obligaciones para el Estado, por mandato del artículo 5 de la Constitución.⁴⁵ Sobre otras fuentes de derecho internacional, destaca particularmente lo asentado en el denominado “Caso Molco”,⁴⁶ donde para resolver la imprescriptibilidad de los crímenes de lesa humanidad se hizo mención a los principios de *ius cogens* y a la jurisprudencia de la Corte IDH.

41 CA de Santiago, Rol 10140-2012, de 28 de junio de 2012; CA de San Miguel, Rol 1106-2015, de 11 de diciembre de 2015; CA de San Miguel, Rol 2052-2015, de 14 de abril de 2016; CA de Temuco, Rol 6345-2016, de 21 de diciembre de 2016.

42 CA de Temuco, Rol 8828-2013, de 21 de julio de 2014.

43 La probabilidad de conocer y fallar en este sentido se explica por la posibilidad que presentan estos casos de realizar una interpretación armónica de la legislación aplicando directamente la norma internacional (cuando esta es lo suficientemente específica para permitir su aplicación directa).

44 CS, Rol 517-2004, de 17 de noviembre de 2004, considerando 35.

45 “En definitiva los derechos humanos asegurados en un tratado se incorporan al ordenamiento jurídico interno, formando parte de la Constitución material adquiriendo plena vigencia, validez y eficacia jurídica, no pudiendo ningún órgano del Estado desconocerlos y debiendo todos ellos respetarlos y promoverlos, como asimismo, protegerlos a través del conjunto de garantías constitucionales destinadas a asegurar el pleno respeto de los derechos. Esta obligación no solo deriva del mentado artículo 5°, sino también del 1°, incisos primero y cuarto, y 19, núm. 26°, de la Carta Magna y de los mismos tratados internacionales, entre éstos del artículo 1° común a los Cuatro Convenios de Ginebra, que establece el deber de los Estados partes de respetar y hacer respetar el derecho internacional humanitario” (CS, Rol 1528-2006, de 25 de enero de 2008, considerando 43).

46 CS, Rol 559-2004, de 13 de diciembre de 2006.

Asimismo, en otro hito de recepción sustancial del DIDH en la materia, la Corte Suprema se ha referido a la obligación del Estado de reparar a las víctimas de violaciones de derechos humanos.⁴⁷

En otras materias, se destaca particularmente la inaplicación de normas procesales que impiden la libre investigación de la identidad, la determinación de la filiación⁴⁸ o la inaplicación de normas que establecen diferencias entre hombres y mujeres en el Código Civil chileno.⁴⁹ Por otra parte, en el ámbito de la justicia militar, no se han aplicado las normas que impiden la revisión del fallo, por aplicación de las normas internacionales que consagran el derecho al recurso.⁵⁰ En el área de la justicia penal juvenil se ha dejado sin aplicación la sanción de incorporación de la huella genética del adolescente en un registro nacional, por ser contraria al artículo 40.1 de la Convención sobre Derechos del Niño,⁵¹ así como también se ha restringido la utilización de las condenas previas como agravantes en casos de adolescentes, por aplicación incluso de normas que no son tratados, como las Reglas de Beijing.⁵²

Finalmente, ejerciendo el control de convencionalidad⁵³ encontramos también sentencias que –por aplicación de los fallos condenatorios al Estado de

47 Véase, entre otras: CS, Rol 519-2013, de 18 de julio de 2013; Rol 5831-2013, de 10 de junio de 2014; Rol 3841-2012, de 19 de junio de 2013; Rol 6308-2007, de 08 de septiembre de 2008; Rol 5132-2008, de 27 de enero de 2009.

48 Véase, por ejemplo, CA de Rancagua, Rol 23-2010, de 16 de marzo de 2010 y CS, Rol 3784-2013, de 24 de septiembre de 2013.

49 CA de Punta Arenas, Rol 116-2011, de 20 de enero de 2012.

50 CS, Rol 25491-2014, de 27 de noviembre de 2014 y CS, Rol 3581-2015, de 07 de mayo de 2015.

51 CS, Rol 559-2015, de 08 de enero de 2014; CA de Temuco, Rol 888-2014, de 21 de octubre de 2014.

52 CA de Santiago, Rol 728-2010, de 14 de mayo de 2010; CA de la Serena, Rol 262-2010, de 27 de noviembre de 2010; CA de Valparaíso, Rol 1526-2013, de 10 de diciembre de 2013; CA de Temuco, Rol 888-2014, de 21 de octubre de 2014; CA de Temuco, Rol 86-2015, de 20 de febrero de 2015. Aunque este no ha sido un aspecto pacífico en la jurisprudencia, véase CA de Santiago, Rol 671-2013, de 07 de mayo de 2013 y; CA de Concepción, Rol 671-2012, de 21 de diciembre de 2013.

53 El control de convencionalidad (en el ámbito interno), consiste en el deber de los/as jueces/zas, órganos de la administración de justicia y demás autoridades públicas, de realizar un examen de compatibilidad entre los actos y las normas nacionales y la CADH, sus protocolos adicionales, la jurisprudencia de la Corte IDH y demás instrumentos del sistema interamericano (Ferrer Mac-Gregor, “Eficacia de la sentencia interamericana y la cosa juzgada internacional: eficacia de la sentencia interamericana y la cosa juzgada internacional”, *op. cit.*). Su base normativa se encuentra en las normas del derecho internacional público (arts. 26 y 27 de la Convención de Viena) y en el ámbito interamericano en los artículos 1.1, 2 y 29 de la CADH. En el caso de Chile ha tenido una aplicación progresiva en el ámbito

Chile– modifican su jurisprudencia, como es el caso de los fallos que restringen la aplicabilidad del fuero militar.⁵⁴ La Corte Suprema se ha referido expresamente al deber de los jueces de realizar control de convencionalidad en términos amplios:

Los aspectos centrales del control de convencionalidad comprenden: a) Considerar *todo el sistema de fuentes del derecho*, tanto en sus aspectos sustantivos, procesales e interpretativos vinculados a los derechos y garantías fundamentales, conforme a lo dispuesto en el artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia; b) actividad que está relacionada con los presupuestos de validez y necesaria efectividad de las determinaciones que se pronuncien, de lo contrario generan responsabilidad internacional del Estado, por lo cual corresponde desarrollarla *de oficio dentro de sus competencias*, en aspectos procesales y sustantivos, otorgándole a las normas nacionales e internacionales sobre derechos humanos un libre, pleno e igualitario efecto que *no sea anulado por aplicación de otras normas jurídicas contrarias al objeto y fin* de aquellas, adoptando para ello todas las medidas necesarias, y c) Reconocer a los *tribunales nacionales que son el garante natural, principal y primero que es llamado a reprimir, privando de valor y eficacia a los actos contrarios a los derechos fundamentales*, en que los órganos jurisdiccionales internacionales tienen en la materia un carácter supletorio, subsidiario y complementario.

Lo anterior se desprende especialmente de lo dispuesto en los artículos 1º, 5º, 6º, 7º y 19 de la Constitución Política de la República, como de los artículos 1º, 8º, 25, 66, 67 y 68 de la Convención Americana de Derechos Humanos, 2º, 5º y 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y 26 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados Internacionales.⁵⁵

Límites de los derechos fundamentales

Finalmente, otro uso que se le ha dado al DIDH ha sido la importación de sus mecanismos de determinación de límites de los derechos desde la perspectiva normativa o argumentativa.⁵⁶

constitucional y en el ámbito de la justicia ordinaria, fundando los tribunales su aplicación en el artículo 5 inciso 2 de la Constitución (Constanza Núñez Donald, *Control de convencionalidad: teoría y aplicación en Chile*, Santiago, Editorial Librotecnia, 2015).

54 Véase, por ejemplo, CA de San Miguel, Rol 1745-2012, de 18 de diciembre de 2012.

55 CS, Sentencia de 19 de noviembre de 2013, Rol 9031-2013, considerando 12.

56 Este último se trata de aquellos casos en que lo que se importa es el “test” o razonamiento que se debe seguir en el juicio (Pablo Pérez-Tremps, *Sistema de justicia constitucional*, 2ª ed., Madrid, Thomson Reuters-Civitas, 2016, p. 176).

Desde la perspectiva normativa se destacan principalmente casos referidos al derecho de libertad de expresión.⁵⁷ Asimismo, la normativa de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) ha sido utilizada para determinar la improcedencia de la censura previa en materia de libertad de expresión, incorporando el estándar de las responsabilidades ulteriores.⁵⁸

Un caso particularmente importante sobresale en el ámbito penitenciario. Recientemente la Corte Suprema resolvió el análisis de legitimidad de la restricción del derecho al sufragio de personas privadas de libertad, tomando como parámetro el DIDH.⁵⁹

Estos usos han permitido, en definitiva, dar una mejor protección a los derechos, coherencia al ordenamiento jurídico y cumplir con las obligaciones internacionales que ha asumido el Estado de Chile. Si bien esta senda ha sido progresiva y es una tendencia que va en aumento, no es posible sostener que nos encontremos ante una aplicación generalizada del DIDH, el uso es sostenido y se ha extendido a materias que antes no eran abordadas con una perspectiva de derechos humanos. Sigue pendiente la inclusión del principio pro persona y los parámetros referidos a la no discriminación.

Uso del DIDH para la protección de derechos de grupos en situación de discriminación en la última década

Para comprender adecuadamente los desafíos que tienen los órganos de justicia –en Chile y en el sistema interamericano– es importante que pongamos el foco en un tipo particular de violación de derechos humanos, cuya centralidad en la discusión es un tema relativamente nuevo. Nos referimos a las violaciones estructurales de derechos humanos.

Estas violaciones se caracterizan porque es la organización del Estado (la institucionalidad) la que produce, permite o facilita las violaciones de los derechos y las libertades fundamentales de ciertos grupos de la población (piénsese en la situación de los niños, indígenas, migrantes y las mujeres). Además, estas estructuras jurídicas y políticas funcionan sobre la base de ciertos estándares culturales que hacen posible mantener vigentes dichas prácticas violatorias, en

57 CA de Santiago, Rol 66458-2014, de 18 de noviembre de 2014, considerando 5. En el mismo sentido: CS, Rol 21499-2014, de 08 de octubre de 2014; CA de San Miguel, Rol 334/2015, de 09 de julio de 2015.

58 CA de Santiago, Rol 38520-2014, de 05 de septiembre de 2014 y CA de Santiago, Rol 100344-2015, de 07 de marzo de 2016.

59 CS, Rol 87743-2016, de 2 de febrero de 2017, considerando 9.

particular, la invisibilización de los derechos de los grupos desprotegidos.⁶⁰ Por tanto, los esfuerzos para hacer frente a estas violaciones deben apuntar tanto a las condiciones jurídicas y políticas, como a las culturales que hacen posible que estas violaciones ocurran.⁶¹

Estas violaciones estructurales, por la complejidad y variedad de elementos constitutivos, imponen a los distintos mecanismos protección el deber de tomar medidas efectivas que pueden entrar en tensión con la estructura tradicional de poder o al menos con la interpretación que de ella tenemos. Frente a casos de discriminación estructural, cada medida estatal debe ser evaluada según la forma en que esta aporta a la superación de la discriminación.

La interpretación de los derechos, en estos casos estructurales, debe hacerse respecto de titulares concretos con ciertas particularidades que no pueden ser ignoradas y, por tanto, el modelo de referencia para determinar la conducta del Estado tiene un fuerte componente subjetivo. En primer lugar, se destaca la necesidad de interpretar los derechos de las mujeres desde una perspectiva de corrección de las prácticas culturales que impiden verlas como titulares plenos de derechos que deben gozarlos y ejercerlos en condiciones de igualdad; en el caso de los pueblos indígenas, la interpretación debe considerar la situación de exclusión y marginación en que históricamente han vivido en la región, pero, además, es necesario que se haga cargo de las particularidades que constituyen su identidad cultural; en el caso de migrantes, estos se encuentran en una situación de vulnerabilidad en el goce y ejercicio de derechos, lo que se profundiza por los cambios culturales y la pérdida de las redes naturales de apoyo con las que normalmente cuentan en sus países de origen; finalmente, en el caso de las personas privadas de libertad, estas se encuentran en una situación particular donde están bajo la tutela directa del Estado y, por tanto, este tiene una responsabilidad agravada por su situación de dependencia y el descrédito social que sufren por haber sido encarceladas.

Por otra parte, para la judicatura, una manera eficaz de proteger los derechos en condiciones de igualdad y no discriminación consiste en superar el paradigma de la neutralidad en la interpretación, incorporando al ejercicio hermenéutico la situación de vulnerabilidad que afecta a las víctimas y los elementos culturales preponderantes. La consideración de estos elementos permite que la aplicación neutral de las normas, que genera situaciones de discriminación, se atenúe y

60 Claudio Nash y Constanza Núñez, *La tutela judicial efectiva de los derechos fundamentales en Latinoamérica*, México, Ubijus e IIDH, 2015.

61 Victor Abramovich, “De las violaciones masivas a los patrones estructurales: nuevos enfoques y clásicas tensiones en el sistema interamericano de derechos humanos”, *Revista Sur*, vol. 6, núm. 11, 2009, pp. 7-39.

vaya en la línea de una interpretación evolutiva de los derechos que permita dar concreción al principio de universalidad.

A continuación, revisaremos algunos ejemplos de uso del DIDH por parte de los tribunales superiores chilenos para la protección de derechos de grupos en situación de discriminación estructural.

Migrantes

En materia de derechos humanos y personas migrantes, el DIDH ha sido utilizado para: a) dotar de contenido a principios (debido proceso en relación con los procesos de expulsión);⁶² b) constituir un parámetro de legitimidad para la actuación de la autoridad pública (por ejemplo, limitar la facultad discrecional en la concesión de visados);⁶³ c) incorporar derechos que no se encuentran consagrados en la Carta Fundamental (como el derecho al matrimonio);⁶⁴ y, d) incorporar obligaciones para la protección de la familia y los derechos de niños y niñas (por ejemplo, considerar el derecho de los niños/as a permanecer con sus padres, siendo este un elemento para tomar en cuenta en el “balance” que debe realizar el Estado al tomar una decisión de expulsión).⁶⁵

Aunque los usos descritos no han sido la regla general y el uso del DIDH en la mayoría de los casos sigue siendo referencial (es decir, solo se cita la Convención Internacional sobre la materia), lo cierto es que los usos evidenciados muestran la capacidad del DIDH de complementar aquellos aspectos donde no existe regulación, o bien, esta es insuficiente (p. ej., en cuanto a los estándares de debido proceso en materia migratoria) o profundizando la protección (p. ej., enfatizando las obligaciones del Estado en relación con la protección de la familia a

62 CS, STC Rol 3990-2017, de 16 de febrero de 2017, considerando 7. En el mismo sentido: CS, STC Rol 10916-2014, de 30 de junio de 2014, considerando 9. Sobre “piso mínimo” de derechos, ver: CA de Copiapó, STC Rol 290-2015, de 20 de octubre de 2015. En el mismo sentido: CA de Santiago, STC Rol 2083-2015, 04 de diciembre de 2015.

63 Hacemos referencia a decisiones adoptadas por tribunales ordinarios, ya que el Tribunal Constitucional, en esta materia en la sentencia Rol 2273-2012, emitió una decisión que es considerada como un hito en la interpretación conforme al DIDH de la legislación migratoria. En el mismo sentido de establecer requisitos véase, por ejemplo, CS, STC Rol 1059-2015, de 20 de enero de 2015, considerando 5; CA de Iquique. STC Rol 66-2015, de 27 de abril de 2015, considerando 6.

64 CA de Santiago, STC Rol 53381-2015, de 07 de agosto de 2015, considerando 5.

65 CA de Temuco, STC Rol 1171-2015, de 12 de noviembre de 2015, considerando 5. En el mismo sentido: CA de Arica, STC Rol 196-2017, de 04 de julio de 2017, considerando 10; CA de Temuco, STC Rol 497-2015, de 15 de mayo de 2015, considerando 5; CA de Santiago, STC Rol 1244-2013, de 23 de julio de 2013, considerando 10.

la luz de la Convención sobre los Derechos del Niño).⁶⁶ Esto es particularmente importante cuando nos encontramos frente a normativas que son altamente deficientes desde la perspectiva del enfoque de derechos humanos, como ocurre en el caso de la migración.

Asimismo, en este ámbito el DIDH ha jugado un rol como parámetro de legitimidad de las políticas estatales. El propio Tribunal Constitucional ha señalado:

Que en el ejercicio de estas potestades el Ministerio del Interior tiene un nuevo estándar. En esa virtud, no podrá discriminar entre extranjeros (artículo 2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en relación con los artículos 25 y 13 de dicho Pacto, respectivamente, y artículo 2° de la Ley 20.609); deberá tener en cuenta las relaciones familiares, especialmente el principio de reagrupación familiar (artículos 16 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, 10 y 11 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 10.1 de la Convención de Derechos del Niño y 12, 13 y 23 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos); deberá atender a las persecuciones por motivos políticos o aquellas que pongan en riesgo la vida y la integridad física y síquica del extranjero (artículo 22.8 de la Convención Americana de Derechos Humanos); deberá reconocer los derechos constitucionales del extranjero que haya ingresado legalmente al país y cuya situación de residencia temporal o definitiva se encuentra en una fase de regularización (artículo 12.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y Observaciones Generales N° 15 y 27 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos); y, finalmente, que el propio artículo 19 N° 7 no apodera al Estado a configurar reglas que diferencien radicalmente en el ejercicio del derecho de circulación y de residencia del extranjero, salvo su estricto apego al cumplimiento de los requisitos legales de general aplicabilidad a toda persona.⁶⁷

Aunque en los últimos años se han incorporado al razonamiento estándares que no solo se encuentran en los tratados (como Observaciones Generales

66 CA de Santiago, STC Rol 50535-2015, de 20 de julio de 2015, considerandos 5 y 9. En el mismo sentido: CA de Santiago, STC Rol 51704-2015, de 20 de agosto de 2015, considerandos 6 y 7; CA de Santiago, STC Rol 36243-2014, de 07 de octubre de 2014.

67 TC, Rol 2273-2013, 04 de julio de 2013 considerando 50. En el mismo sentido: CS, STC Rol 11521-2014, 12 de junio de 2014, considerando 5. En el mismo sentido: CA de Iquique, STC Rol 66-2015, de 27 de abril de 2015, considerando 5; CS, STC Rol 1059-2015, de 20 de enero de 2015, considerando 4; CA de Iquique, STC Rol 105-2016, de 30 de agosto de 2016, considerando 5; CA de Arica, STC Rol 48-2017, de 24 de febrero de 2017, considerando 5; CS, STC Rol 3990-2017, de 16 de febrero de 2017, considerando 6; CS, STC Rol 10916-2014, 30 de junio de 2014, considerando 8; CA de Iquique, STC Rol 56-2015, 31 de marzo de 2015, considerando 5.

de Naciones Unidas), aun las Cortes nacionales no dan el paso para considerar, por ejemplo, la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) y sus opiniones consultivas. A este respecto, la incorporación sustantiva de estos estándares como criterios interpretativos fortalecería la protección nacional, considerando que hay aspectos que se encuentran altamente desarrollados en esta sede, por ejemplo, las garantías del debido proceso en materia migratoria. Otro aspecto donde el DIDH puede tener un potencial transformador de la jurisprudencia nacional es la perspectiva que este ha desarrollado sobre la vinculación entre migración y vulnerabilidad. Esta aproximación permite subrayar las obligaciones reforzadas que tiene el Estado en este tipo de casos, donde se debe velar por realizar una interpretación de la situación y de las normas que considere la situación específica en que se encuentran dichas personas para garantizar un acceso a la justicia en condiciones de igualdad.

Pueblos indígenas

En materia de derechos humanos y pueblos indígenas la investigación tenía por objeto identificar de qué manera las normas internacionales de derechos humanos y, en particular, el Convenio 169 de la OIT ha sido incorporado de manera sustantiva en el razonamiento judicial, con el objeto de resaltar sus potencialidades como herramienta de protección de los derechos de los pueblos indígenas en Chile.⁶⁸

Uno de los aspectos que destaca del análisis de la jurisprudencia nacional, es que la aplicación del Convenio trasciende a la consulta. En materia penal ha sido aplicado para justificar la aplicación de atenuantes o de acuerdos reparatorios. Un desafío pendiente en esta materia es la prueba de la costumbre indígena en juicio y avanzar hacia el reconocimiento de las formas propias de justicia de estos pueblos.⁶⁹ El problema en esos casos no ha sido en la incorporación sustantiva de las normas Convenio, sino en la manera en que los operadores de justicia siguen trabajando bajo paradigmas monoculturales. Aquí el DIDH puede jugar un rol

68 CA de Temuco, STC Rol 3385-2014, de 21 de noviembre de 2014, considerando 7.

69 TOP Arica, STC RIT 221-2009, de 11 de octubre de 2010, considerando 14; CA de Temuco, STC Rol 99-2009, de 25 de febrero de 2009, considerando 5; CS, STC Rol 6041-2012, de 26 de septiembre de 2012, considerando 8; CS, STC Rol 28842-2015, de 20 de enero de 2016; CS, STC Rol 2683-2010, de 11 de enero de 2012, considerando 5; CA de Temuco, STC Rol 711-2011, de 17 de agosto de 2011, considerando 1; CA Antofagasta, STC Rol 149-2017, de 02 de junio de 2017 y CA de Antofagasta, STC Rol 231-2017, de 10 de agosto de 2017; CA de Temuco, STC Rol 581-2012, de 02 de agosto de 2012, considerandos 1, 2, 3 y 4. En el mismo sentido: CA de Temuco, STC Rol 499-2012, 17 de julio de 2012; CA de Temuco, STC Rol 955-2011, de 27 de octubre de 2011; CA de Temuco, STC Rol 220-2013, de 03 de mayo de 2013.

relevante, por ejemplo, mediante la incorporación en el razonamiento judicial de reglas que coadyuvan en la identificación de prejuicios culturales y en el desarrollo de parámetros de interpretación que permitan compatibilizar tensiones entre los ordenamientos jurídicos.

Por su parte, la inclusión de las normas del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) también ha significado un gran aporte para la protección del patrimonio cultural indígena⁷⁰ y para la ampliación del concepto de tierras hacia el concepto de territorio⁷¹ (hay una interpretación de la normativa nacional a partir del Convenio 169 de la OIT que permite hacer una lectura de la normativa en clave colectiva). Asimismo, su inclusión como parámetro de legalidad para la actuación de la fuerza pública es un avance no solo para el amparo de la libertad y seguridad en casos concretos, sino también para fundar el diseño de protocolos y normativas que garanticen los derechos humanos de los pueblos indígenas en contextos de violencia.⁷²

Un buen ejemplo es la sentencia de la Corte de Apelaciones relativa a materias de identidad cultural donde se cita el Convenio 169 y la jurisprudencia de la Corte IDH para concluir que:

Que habiéndose dado por acreditado la efectividad de corte de bosque nativo, sin autorización de Conaf, en territorio sagrado para la comunidad mapuche wiilliche, dado lo referido particularmente en informe de Conadi, y denuncia ante Juzgado de Policía Local, inequívocamente se ha vulnerado el derecho al ejercicio libre de todos los cultos, y además las normas del Convenio 169 de la OIT, que considera elemental respetar la cosmovisión de los pueblo indígenas, que incluye su forma de manifestar su religiosidad, por lo que el actuar del recurrido es ilegal.⁷³

70 CA de Valdivia, STC Rol 501-2011, de 04 de mayo de 2012, considerandos 12, 13, 14 y 15; CA de Arica, STC Rol 182-2013, de 25 de noviembre de 2013, considerandos 37, 38 y 39. Véase también: CS, STC Rol 3010-2013, de 26 de septiembre de 2013, considerandos 8 a 11; CA Temuco, STC Rol 4512-2015, de 11 de noviembre de 2015, considerandos 4, 5 y 6.

71 CS, STC Rol 2840-2008, de 25 de noviembre de 2008, considerando 7; CA de Puerto Montt. STC Rol 36-2010, 27 de julio de 2010, considerando 10; CA de Temuco, STC Rol 445-2015, de 19 de agosto de 2015, considerando 3; CS, STC Rol 6628-2015, de 04 de mayo de 2016, considerandos 3 y 5.

72 CA de Temuco, STC Rol 1136-2011, de 21 de diciembre de 2011, considerando 5. En el mismo sentido: CA de Temuco, STC Rol 449-2012, de 05 de julio de 2012, considerando 8; CA de Valdivia, STC Rol 203-2014, de 21 de octubre de 2014, considerando 6.

73 CA de Valdivia, STC Rol 501-2011, de 04 de mayo de 2012, considerandos 15.

En materia de consulta, donde la aplicación del Convenio ha sido más extendida, su incorporación sustantiva marca definitivamente un cambio de paradigma respecto de la participación de los pueblos indígenas en Chile. La jurisprudencia, que en un comienzo había entendido que la participación se veía satisfecha con la sola entrega de información,⁷⁴ avanza, y por la incorporación del Convenio 169 en el razonamiento judicial entiende que la consulta es un proceso donde se busca que las comunidades tengan posibilidades reales de influir en las decisiones que se adopten.⁷⁵ En este sentido, la adopción del Convenio 169 como norma decisoria litis marca una diferencia relevante entre la consideración de los pueblos indígenas como sujetos pasivos y receptores de información y su tratamiento como sujetos de derechos colectivos específicos que tienen una herramienta jurídica que les permite que sus particularidades culturales sean tenidas en cuenta.

Con la introducción de los nuevos reglamentos de consulta, el Convenio puede ser utilizado para llenar los vacíos de la normativa o interpretarla conforme a las obligaciones internacionales. La jurisprudencia reseñada muestra que la aplicación de buena fe del Convenio en el razonamiento judicial permite este ejercicio.⁷⁶ Las críticas que se realizan a la deficiente técnica normativa y de legitimidad de los nuevos reglamentos deben seguir instalándose en el debate con el objeto de llegar a un reconocimiento del derecho a la consulta conforme a los estándares internacionales, pero en la experiencia práctica el Convenio puede ser utilizado como una herramienta normativa que mejora y complementa los reglamentos.

En efecto, hay materias donde el Convenio 169 de la OIT y, en particular, la jurisprudencia internacional puede ser útil, específicamente en aquellos aspectos donde la normativa presenta espacios amplios de interpretación, por ejemplo, el principio de buena fe en la consulta o lo que debe entenderse como

74 CS, STC Rol 4078-2010, de 14 de octubre de 2010, considerandos 5, 6 y 7. En el mismo sentido: CA de Arica, STC Rol 9-2011, de 04 de marzo de 2011, considerando 14; CA de Arica, STC Rol 359-2011, de 02 de noviembre de 2011, considerando 14; CA de Santiago, STC Rol 1794-2010, de 31 de enero de 2011, considerando 10 y; CA de Puerto Montt, STC Rol 239-2011, de 11 de octubre de 2011, considerandos 8 y 9.

75 CA de Puerto Montt, STC Rol 36-2010, de 27 de julio de 2010; CS, STC Rol 10090-2011, de 22 de marzo de 2012; CS, STC Rol 258-2011, de 13 de julio de 2011, considerandos 5 y 8; CS, STC Rol 11040-2011, de 30 de marzo de 2012, considerando 9; CS, STC Rol 10090-2011, de 22 de marzo de 2012, considerando 8 y CA de Valdivia, STC Rol 2149-2014, de 03 de enero de 2014, considerando 8; CS, STC Rol 65349-2016, de 30 de enero de 2017, considerando 5.

76 CA de Santiago, STC Rol 19839-2014, de 20 de octubre de 2014, considerando 8; CS, STC Rol 12457-2013, de 16 de enero de 2014, considerando 5; CS, STC Rol 1602-2012, de 08 de junio de 2012, considerandos 4, 8 y 9; CA de Temuco, STC Rol 1705-2009, de 21 de enero de 2010, considerando 9; CA de Puerto Montt, STC Rol 36-2010, de 27 de julio de 2010.

susceptibilidad de afectación directa.⁷⁷ Estos caminos aún no han sido explorados con profundidad por la jurisprudencia nacional, donde pese a existir una progresiva incorporación del Convenio, las referencias a otro tipo de estándares internacionales (como los jurisprudenciales) están ausentes en el razonamiento judicial.

Privados de libertad

En materia de derechos humanos, las personas privadas de libertad constituyen un grupo de especial preocupación por parte del DIDH dada la situación de vulnerabilidad de sus derechos debido a la situación de dependencia en la que se encuentran las personas en custodia del Estado.

La jurisprudencia nacional ha tratado de una manera interesante los requisitos de la privación de libertad. En efecto, pese a que la legislación nacional en la materia es formalista (art. 19, núm. 7 lit. b y c, Constitución Política de la República), la Corte de Apelaciones de San Miguel ha utilizado los estándares internacionales para desarrollar la idea de que la legitimidad de la privación de libertad no está vinculada solo a la legalidad de esta, sino también a elementos sustantivos (no arbitrariedad).⁷⁸

En materia de condiciones carcelarias, la jurisprudencia nacional, tradicionalmente, había sido reacia a entrar en el tema de las condiciones de vida dentro de los recintos penitenciarios aduciendo argumentos formales y, cuando entraba al fondo, remitiendo toda la responsabilidad al Ejecutivo.⁷⁹ En años recientes e incorporando estándares internacionales se han ido adoptando medidas muy tímidas por parte de la autoridad judicial frente a un tema donde claramente hay violación de derechos humanos,⁸⁰ pero marcan una nueva posibilidad de enfrentar esta cuestión desde el ámbito jurisdiccional.

En cuanto a la seguridad de las personas privadas de libertad, es la materia en la que es más claro el cambio de paradigma sobre la responsabilidad del Estado en relación con las personas sometidas a su custodia en recintos penitenciarios. En esta materia claramente establece el rol de garante de la autoridad administrativa⁸¹ (Gendarmería), donde son relevantes para la argumentación del tribu-

77 CA de Temuco, STC Rol 1920-2012, de 15 de diciembre de 2012, considerando 10; CS, STC Rol 12450-2014, de 03 de septiembre de 2014, considerandos 10 y 12.

78 CA de San Miguel, Rol 869-2014, de 23 de junio de 2014, considerando 6.

79 CS, Rol 3333-2006, de 15 de enero de 2007.

80 CA de Santiago, Sentencia rol 2154-2009, de 31 de agosto de 2009, considerando 8.

81 CA de Chillán, Rol 339-2016, de 05 de abril de 2016 (Amparo), considerando 9 en el que cita los artículos 7 y 10.1 del Pacto Internacional Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) y el artículo 5.2 de la CADH.

nal los estándares desarrollados por la Corte IDH en la materia. Esta visión sobre la seguridad también abarca la protección de derechos dentro de los recintos penitenciarios, para lo cual se han desarrollado estándares exigentes en materia de debido proceso para la aplicación de sanciones;⁸² los límites a la aplicación de sanciones de adolescentes privados de libertad⁸³ o la aplicación de la norma más favorable en materia de beneficios penitenciarios.⁸⁴

En materia de prohibición de tortura en recintos penitenciarios ha habido una utilización efectiva del DIDH para fijar un parámetro más estricto sobre el deber de cuidado por parte de la autoridad administrativa. Se han utilizado los estándares internacionales para dar concreción a esta prohibición frente a una normativa muy genérica en la materia.⁸⁵

Frente a la discriminación por identidad de género, sí se ha usado el DIDH (normas contenidas en tratados, principios, jurisprudencia) para darle contenido a este límite al trato de la autoridad a las personas privadas de libertad.⁸⁶ Lo mismo se ha hecho para hacer efectivo el derecho al sufragio, de que son titulares las personas privadas de libertad.⁸⁷

Un aspecto interesante ha sido el uso del DIDH para reconfigurar la relación entre el Estado y las personas sujetas a su custodia. El modelo garante, desarrollado internacionalmente, ha servido de base para determinar el alcance de las obligaciones estatales. Un ejemplo es la siguiente sentencia de la Corte de Chillán:

El Derecho Internacional [que] establece el deber que compete al Estado de ser garante de la seguridad individual de todos los procesados y condenados en un establecimiento penitenciario regido por estas normas, por lo que la sola circunstancia de que el imputado haya sido objeto de lesiones, conduce a que se adopten las medidas necesarias para el restablecimiento del derecho y asegurar la debida protección del afectado, tanto en el presente, como en el futuro,

82 CA Iquique, Sentencia Rol 113-2014, de 14 de noviembre de 2014, considerandos 4 y 6.

83 CA de Copiapó, Sentencia Rol 263-2016, de 13 de octubre de 2016.

84 Fallos similares al que se comenta de la CA de Santiago, roles 1019-2017, 1070-2017, 1375-2017, 1632-2017. Asimismo, CA de San Miguel, roles 292-2016, 313-2016, 349-2016, 353-2016, 356-2016, 450-2016, 454-2016, 466-2016, 468-2016, 487-2016, 149-2017, 153-2017, 180-2017, 183-2017, 184-2017, 196-2017, 221-2017, 225-2017, 226-2017, 230-2017. CA de Concepción, roles 188-2017 y 191-2017.

85 CA de Valdivia, Sentencia Rol 8-2013, de 13 de marzo de 2013, considerandos 6 y 7; CA de Antofagasta, Sentencia Rol 68-2013, de 07 de diciembre de 2013, considerando 4.

86 CA de Iquique, Sentencia Rol 859-2016, de 09 de diciembre de 2016, considerandos 2, 3 y 4; CA de Antofagasta, Sentencia Rol 31-2017, de 06 de febrero de 2017, considerando 8.

87 CA de Temuco, Sentencia Rol 6143-2016, de 13 de diciembre de 2016; CS, Sentencia rol 4764-2017, de 09 de mayo de 2017, considerandos 6, 7, 9 y 10.

a menos que pueda establecerse circunstancias calificadas que concluyeron en tales lesiones, cuyo no es el caso. (A continuación, la sentencia de la Corte de Apelaciones de Chillán cita los arts. 7 y 10.1 del PIDCP y el art. 5.2 de la CADH)⁸⁸

Un ejemplo de este uso del DIDH para hacer efectivo al derecho a la integridad personal es una sentencia de la Corte de Apelaciones de Copiapó, que señala:

... independientemente de la infracción al régimen disciplinario en que pudo haber incurrido el adolescente, lo cierto es que la sanción derivada de ello debe ajustarse plenamente al respeto de sus derechos, y en tal sentido no solo debe resultar proporcional a la falta, sino que su cumplimiento no puede importar de forma alguna un desmedro de su integridad física o psíquica, ni menos aun una infracción a las leyes o reglamentos.⁸⁹

Que la Corte Interamericana de Derechos Humanos de forma reiterada ha declarado la obligación de los diversos Estados de adoptar medidas para salvaguardar la vida y la integridad de los adolescentes privados de libertad, indicando al respecto: “Que están estrictamente prohibidas todas las medidas disciplinarias que constituyan un trato cruel, inhumano o degradante, incluidos los castigos corporales, la reclusión en aislamiento, así como cualquier otra sanción que pueda poner en peligro la salud física o mental del menor”.

Que la problemática de los centros de internación requiere de acciones a mediano y largo plazo, a efectos de adecuar sus condiciones a los estándares internacionales sobre la materia. No obstante, los Estados están en la obligación de desplegar acciones inmediatas que garanticen la integridad física, psíquica y moral de los internos, como su derecho a la vida y el derecho a gozar las condiciones mínimas de una vida digna, especialmente cuando se trata de niños y niñas, quienes requieren una atención especial por parte del Estado. (Asunto de los Niños y Adolescentes Privados de Libertad en el Complejo do Tatuap da Febem respecto Brasil. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 30 de noviembre de 2005)⁹⁰

Mujeres

En materia de derechos humanos y mujeres se presentan los mayores déficits de recepción sustantiva del DIDH en la jurisprudencia nacional. Del análisis de las

88 CA Chillán, Rol 226-2016, de 05 de abril de 2016 (Amparo).

89 CA de Copiapó, Sentencia Rol 263-2016, de 13 de octubre de 2016, considerando 3.

90 *Ibid.*, considerando 4.

sentencias que utilizan el DIDH respecto a las mujeres en materia laboral encontramos que se refieren a dos ámbitos: protección de la maternidad⁹¹ e igualdad de remuneraciones o ascensos en instituciones de policía.⁹² En cuanto al primer ámbito, no se aprecia que los tribunales superiores de justicia utilicen sustantivamente el DIDH de las mujeres en la resolución de los casos; es más, cuando mencionan los Convenios de la OIT y la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (Cedaw), lo hacen siempre considerando un interés que no es el de la mujer, sino el interés del niño o “de la sociedad”, es decir, se basan en una visión de la mujer/madre y no en la mujer/persona, primando recurrentemente intereses diversos a los de la mujer.⁹³ Con respecto al segundo aspecto encontrado en las sentencias, el tribunal no se esfuerza en realizar una argumentación centrada en el DIDH de las mujeres, a pesar de la existencia de normas que regulan la materia y que habían sido invocadas por la recurrente. En particular, llama la atención que no se consideren los patrones estructurales que pueden estar detrás de la discriminación en razón del género.⁹⁴

Además, es constante la consideración de la magistratura acerca de la falta de necesidad de aplicar el DIDH directamente, debido a la preeminencia otorgada al análisis literal de la norma legal⁹⁵ (una interpretación que utilice el derecho internacional, estiman, no puede pasar sobre la interpretación literal de la disposición legal), o por considerar que las propias normas legales están inspiradas en convenciones internacionales⁹⁶ (por lo que se hace innecesario aplicar el derecho internacional, que ya estaría contenido en la normativa legal).

Por otra parte, del análisis de las sentencias en materia de familia encontramos que, en un porcentaje considerable, el Tribunal hace caso omiso a las invocaciones al DIDH por parte de los recurrentes. Sin embargo, hay un caso que muestra una utilización sustantiva del DIDH y que tiene como efecto una mayor protección de los derechos de la mujer involucrada, referida a la derogación tácita del artículo 128 del Código Civil, precisamente porque es contrario a las obligaciones establecidas en las convenciones internacionales y, en caso de no

91 CA de Santiago, STC Rol 1458-2007, de 09 de noviembre de 2007, considerandos 7, 10 y 11; CS, STC Rol 8891-2014, de 15 de enero de 2015, considerandos 6 y 11.

92 CA de Santiago, STC Rol 1682-2011, de 10 de enero de 2012.

93 CA de Santiago, STC Rol 1458-2007, de 09 de noviembre de 2007, considerando 11.

94 CS, STC Rol 22455-2014, de 30 de octubre de 2014, considerandos 7 y 11; CA de la Serena, STC Rol 516-2016, de 10 de enero de 2017, considerandos 5 a 8.

95 CA de San Miguel, STC Rol 260-2012, de 07 de agosto de 2012, considerando 7.

96 CA de San Miguel, STC Rol 695-2012, de 04 de julio de 2012, considerando 6.

ser derogado, perpetúa la discriminación contra la mujer. En esta sentencia la Corte de Punta Arenas señaló:

Que en consecuencia, habiéndose establecido que el artículo 128 del Código civil es una disposición discriminatoria contra el hijo así como contra la mujer, resulta que no puede conciliarse con las estipulaciones de los tratados internacionales que reivindican jurídicamente la igualdad de los niños y de género, habiendo quedado tácita y totalmente derogado por ellos en la forma que lo contemplan los artículos 52 y 53 del Código Civil.⁹⁷

En materia de violencia la conclusión ha sido que, en general, se destaca la ausencia de utilización sustantiva del DIDH de las mujeres debido a la preeminencia dada a la legislación nacional, bajo el argumento de la suficiencia del derecho nacional para analizar una determinada situación y que esta estaría inspirada, a su vez, en las obligaciones internacionales que ha asumido el Estado de Chile.⁹⁸ Cuando se ha hecho uso de este ha sido para ampliar los alcances de la violencia a la disolución del matrimonio, vinculando violencia con discriminación,⁹⁹ asimismo, para establecer medidas especiales de protección¹⁰⁰ o estableciendo obligaciones de protección de derechos de mujeres en situación de violencia.¹⁰¹

Un ejemplo alentador en esta materia ha sido la sentencia de la Corte Suprema en un amparo relativo a la violencia ejercida contra una mujer indígena que en el proceso debió estar parte importante del tiempo engrillada. La Corte señaló que:

En este caso, el Estado ha transgredido su obligación de proteger a la amparada de la violencia ejercida por funcionarios de Gendarmería, al permitir que aquella, que se encontraba en una especial condición de vulnerabilidad, dado su

97 CA de Punta Arenas, Rol 116-2011, de 20 de enero de 2012, considerando 13

98 “Que, por su parte la Ley de Violencia Intrafamiliar N° 20.066 que se relaciona con el presente recurso, señala, en sus tres primeros artículos su objetivo correspondiente a prevenir, sancionar y erradicar la violencia intrafamiliar y otorgar protección a las víctimas de la misma, imponiendo al Estado la obligación de adoptar las medidas conducentes para garantizar la vida, integridad personal y seguridad de los miembros de la familia, debiendo además, asumir el deber de adoptar políticas orientadas a prevenir este tipo de violencia, en especial contra la mujer y los niños, y a prestar asistencia a las víctimas, disponiendo que entre otras, adopte las medidas necesarias para dar cumplimiento a la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la violencia contra la mujer” (CA de San Miguel, STC Rol 695-2012, de 04 de julio de 2012, considerando 6).

99 CA de Punta Arenas, STC Rol 28-2012, de 04 de mayo de 2012, considerando 8.

100 CS, STC Rol 17976-2016, de 11 de abril de 16, considerando 10.

101 CA de San Miguel, STC Rol 1769-2016, de 05 de septiembre de 2016, considerandos 2 y 4.

estado de embarazo y su privación de libertad, fuera sometida a tratos vejatorios e indignos, que debieron evitarse.¹⁰²

Asimismo, desarrolla la idea de una discriminación múltiple en los siguientes términos:

No puede dejar de observarse que la vulneración de derechos en que Gendarmería de Chile ha incurrido [...] constituye también un acto de discriminación en su condición de mujer, pues el trato recibido por esta de parte de los agentes estatales desconoció dicho estado de vulnerabilidad y, por ende, de necesidad de protección, en circunstancias que, desde una perspectiva de igualdad de género, se debió haber tomado en consideración la situación particular que experimentaba al acercarse el proceso del parto [...] como, por otro lado, la especial significación vital para ella del mismo, sobre todo dentro de la comunidad mapuche a la que pertenece, y el impacto negativo que una aplicación no diferenciada de las normas y reglamentos penitenciarios podía ocasionar en aquella mujer.¹⁰³

Y dispone medidas concretas que debe adoptar la autoridad administrativa (Gendarmería) a futuro:

Que, es posible constatar indicios que permiten tener por acreditado que el maltrato recibido por la amparada también encuentra explicación en su pertenencia a una comunidad mapuche, lo que refuerza el origen discriminatorio de las actuaciones de Gendarmería. De otra forma no se explica el desmesurado y, por ende, desproporcionado operativo de seguridad que a su salida de la unidad penal para su atención médica en un recinto asistencial llevó a cabo Gendarmería.¹⁰⁴

En definitiva, si bien hemos podido constatar un uso cada vez mayor de los estándares internacionales para hacerse cargo de los temas de derechos humanos de grupos en situación de discriminación estructural, estos usos han sido insuficientes para dar una respuesta adecuada a este complejo fenómeno de violaciones de derechos humanos.

¹⁰² CS, Rol 92795-2016, de 01 de diciembre de 2016, considerando 13.

¹⁰³ CS, Rol 92795-2016, de 01 de diciembre de 2016, considerando 14.

¹⁰⁴ *Ibid.*, considerando 15.

CONCLUSIONES

De acuerdo con los antecedentes que hemos revisado en este estudio, podemos concluir que Chile se ha comprometido a la recepción del DIDH a nivel interno, aun cuando el proceso de recepción ha sido lento y con base en un errado diseño institucional. Las tendencias recientes en la jurisprudencia han permitido, paulatinamente, avanzar hacia el cumplimiento de obligaciones internacionales del Estado, dotar de mayor efectividad a los derechos y dar coherencia al sistema jurídico nacional (origen interno e internacional).

En Chile, el DIDH ha avanzado en un proceso donde los estándares internacionales cumplen una función de validación de la actividad del Estado, principalmente, limitando la discrecionalidad de las autoridades. Los usos han sido variados, aunque aún no son una constante en la jurisprudencia nacional.

Por último, frente a los casos de discriminación estructural, que requieren una respuesta más compleja, el uso del DIDH ha sido insuficiente. En casos con fuerte déficit institucional (migrantes) ha sido más intenso, pero en áreas con mayor desarrollo normativo (mujeres, pueblos indígenas y personas privadas de libertad) la jurisprudencia no ha dado cuenta integralmente de los avances en el ámbito internacional.

Así, pues, ha sido una década de desarrollo jurisprudencial que nos permite constatar avances, pero también enormes desafíos sobre la aplicación de los derechos humanos a nivel jurisprudencial.

BIBLIOGRAFÍA

ABRAMOVICH, Víctor, “De las violaciones masivas a los patrones estructurales: nuevos enfoques y clásicas tensiones en el sistema interamericano de derechos humanos”, *Revista Sur*, vol. 6, núm. 11, 2009, pp. 7-39.

ALDUNATE, Eduardo, “La posición de los tratados internacionales en el sistema de fuentes del ordenamiento jurídico chileno a la luz del derecho positivo”, *Revista Ius et Praxis*, Año 16, núm. 2, 2010, pp. 185-210.

CUENCA, Patricia, “La incidencia del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en el derecho interno: la interpretación del artículo 10.2 de la Constitución Española”, *Revista de Estudios Jurídicos*, núm. 12, 2012, pp. 1-24.

FERNÁNDEZ, Miguel Ángel, “La reforma al artículo 5 de la Constitución”, *Revista chilena de derecho*, vol. 16, núm. 3, 1989, pp. 809-825.

FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y razón*, Madrid, Trotta, 1995.

- FERRER MAC-GREGOR, Eduardo, “Eficacia de la sentencia interamericana y la cosa juzgada internacional: eficacia de la sentencia interamericana y la cosa juzgada internacional. Vinculación directa hacia los pares (*res judicata*) e indirecta hacia los Estados parte de la Convención Americana (*res interpretata*) (sobre el cumplimiento del caso Gelman vs. Uruguay)”, *Revista de Estudios Constitucionales*, Año 12, núm. 2, 2014, pp. 641-694.
- GARCÍA BARZELATO, Ana María, “Tratados Internacionales según la Reforma Constitucional de 2005”, *Revista de Derecho Público*, núm. 68, 2006, pp. 72-84.
- GUASTINI, Ricardo, *Teoría e ideología de la interpretación constitucional*, Madrid, Trotta, 2008.
- LANDA, César, “Jurisdicción constitucional y jurisdicción internacional: cooperación, conflictos y tensiones”, en *Control de convencionalidad, interpretación conforme y diálogo jurisprudencial: una visión desde América Latina y Europa*, México, Porrúa, 2012, pp. 307-332.
- NASH, Claudio, *La concepción de los derechos fundamentales en Latinoamérica*, México, Fontamara, 2010.
- NASH, Claudio y Constanza Núñez, *La tutela judicial efectiva de los derechos fundamentales en Latinoamérica*, México, Ubijus e IIDH, 2015.
- NASH, Claudio y Constanza Núñez, “Recepción formal y sustantiva del Derecho Internacional de los Derechos Humanos: experiencias comparadas y el caso chileno”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núm. 148, 2017, pp. 185-231.
- NOGUEIRA, Humberto, “Reforma constitucional del 2005 y control de constitucionalidad de tratados internacionales”, *Revista de Estudios Constitucionales*, vol. 5, núm. 1, 2007, pp. 59-88.
- NOGUEIRA, Humberto, “El bloque constitucional de derechos en Chile, el parámetro de control y consideraciones comparativas con Colombia y México: doctrina y jurisprudencia”, *Revista de Estudios Constitucionales*, vol. 13, núm. 2, 2015.
- NÚÑEZ DONALD, Constanza, *Control de convencionalidad: teoría y aplicación en Chile*, Santiago, Editorial Librotecnia, 2015.
- PFEFFER, Emilio, “Los tratados internacionales sobre derechos humanos y su ubicación en el orden normativo interno”, *Revista Ius et Praxis*, vol. 9, núm. 1, 2003, pp. 467-484.
- PÉREZ-TREMP, Pablo, *Sistema de justicia constitucional*, 2ª ed., Madrid, Thomson Reuters-Civitas, 2016.
- RISSE, Martín, “Interrelación entre el Derecho Constitucional y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos”, *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, núm. 16, 2012, pp. 305-328.

RODRÍGUEZ, Gabriela, “Artículo 29. Normas de interpretación”, Christian STEINER y Patricia URIBE (eds.), *Convención Americana sobre Derechos Humanos. Comentarios*, s. l., Fundación Konrad Adenauer Stiftung, 2014.

RUIZ MIGUEL, Alfonso, *Una filosofía del derecho en modelos históricos. De la antigüedad a los inicios del constitucionalismo*, Madrid, Trotta, 2002, pp. 270-275.

VEINTE AÑOS DE SENTENCIAS ESTRUCTURALES EN COLOMBIA

Néstor Osuna Patiño*

INTRODUCCIÓN

En el año 1998, la Corte Constitucional colombiana expidió las primeras sentencias en las que declaró la existencia de “estados de cosas inconstitucionales”. Bajo esa rúbrica abordó la protección de derechos fundamentales en casos de violaciones masivas y reiteradas de los mismos, mediante órdenes dirigidas a remediar los problemas estructurales que subyacían a los casos cuya solución se enfrentaba, más allá de los asuntos concretos sometidos a su conocimiento.¹ Desde esa época hasta la actualidad, la utilización de ese tipo de órdenes ha sido frecuente, aunque no se utilice siempre la denominación de “estado de cosas inconstitucional”. Estos años muestran un interesante aprendizaje institucional y social sobre el alcance y las características de esas sentencias, y también sobre el rol de los jueces en la protección de los derechos fundamentales.

En general, las sentencias estructurales pueden caracterizarse, tal como lo propone Andrés Gutiérrez Beltrán, como aquellas “decisiones judiciales que procuran remediar violaciones generalizadas y sistemáticas de los derechos de los ciudadanos ordenando a las autoridades el diseño y la implementación de políticas públicas”.² Cuando profieren este tipo de sentencias, los jueces se habilitan, en su calidad de máximos intérpretes y defensores de los derechos

* Doctor en Derecho, Universidad de Salamanca. Profesor de Derecho Constitucional, Universidad Externado de Colombia. nestorosuna2012@gmail.com

1 Véase Néstor Osuna Patiño, “Las sentencias estructurales. Tres ejemplos de Colombia”, en Víctor Bazán y Christian Steiner (eds.), *Justicia constitucional y derechos fundamentales No. 5: La protección de los derechos sociales. Las sentencias estructurales*, Bogotá, Konrad Adenauer Stiftung, 2015.

2 Andrés Mauricio Gutiérrez Beltrán, *El amparo estructural de los derechos*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2018, p. 28.

fundamentales, para definir el modo en que deben actuar las autoridades para garantizar el ejercicio efectivo de esos derechos, en asuntos que han sido descuidados por el Estado de manera sistemática. En consecuencia, expiden órdenes estructurales y complejas, que exceden las coordinadas *inter partes* de los casos que dieron origen a la actuación judicial, y que apuntan a resolver el problema generalizado que han detectado.

Este tipo de sentencias se ha venido haciendo frecuente en Colombia. Ya no solo la Corte Constitucional emplea esa técnica, sino que otros tribunales nacionales han adoptado esa postura cuando aprecian que concurren las situaciones de desconocimiento generalizado y sistemático de derechos fundamentales. Por supuesto, existe una controversia doctrinal amplia y abierta sobre la conveniencia, el alcance y las características de esta modalidad de actuación judicial.

Por lo que se refiere a la experiencia de la Corte Constitucional, y a riesgo de simplificar, cabe distinguir dos líneas de evolución en la jurisprudencia “estructural” colombiana de estos años: 1) abandono de las órdenes unidireccionales y preferencia por las dialógicas, y 2) elaboración de estándares para la verificación del cumplimiento de las sentencias. A continuación, se presenta una síntesis de esas líneas de evolución.

ABANDONO DE LAS ÓRDENES UNIDIRECCIONALES Y PREFERENCIA POR LAS DIALÓGICAS³

En las sentencias estructurales de los primeros años, la Corte solía expedir órdenes sustantivas, como la de construir cárceles, o la de adelantar un concurso para el nombramiento de notarios. En la actualidad prefiere órdenes de tipo procedimental, como la dirigida a las autoridades y organizaciones sociales concernidas con la salud, de evaluar periódicamente la pertinencia del plan de beneficios ofrecido a los pacientes, para establecer si es procedente la inclusión de nuevos medicamentos o procedimientos terapéuticos. Gutiérrez Beltrán sugiere denominar el primer tipo de órdenes como *unidireccionales*, por cuanto “precisan de forma detallada las actuaciones que han de adelantar las autoridades y las demás entidades que sean llamadas a participar en el resarcimiento del derecho”,⁴ y reservar para las segundas la denominación de *dialógicas*, en cuanto permiten

3 Véase una versión previa de este texto en Néstor Osuna Patiño, “Sentencias estructurales en Colombia: de las órdenes sustanciales (unidireccionales) a las procedimentales (dialógicas)”, en Humberto Nogueira Alcalá y Gonzalo Aguilar Cavallo (eds.), *Derechos sociales, grupos vulnerables y procesos políticos latinoamericanos*, Santiago de Chile, Tirant lo Blanch, pp. 371-383.

4 Gutiérrez Beltrán, *op. cit.*, p. 74.

que “sean las partes interesadas las que, bajo la dirección y la supervisión de la autoridad judicial, acuerden y pongan en ejecución las medidas que han de solventar la violación de los derechos”.⁵ Estas *órdenes* dialógicas pueden caracterizarse también del siguiente modo, tal como lo han sugerido César Rodríguez y Diana Rodríguez:

1. Las sentencias dialógicas tienden a dictar órdenes más abiertas que las del activismo clásico. [...] Las sentencias de la jurisprudencia dialógica tienden a abrir un proceso de seguimiento que alienta la discusión de alternativas de políticas públicas para solucionar el problema estructural detectado en el fallo. Los detalles de las políticas, por tanto, tienden a surgir en el transcurso del proceso de seguimiento, no en la sentencia misma. Con frecuencia, además, las órdenes de los fallos no implican obligaciones de resultado muy precisas, sino el deber de las autoridades públicas de diseñar e implementar políticas que avancen en la protección de los derechos vulnerados.⁶

El cambio en la estrategia de la Corte Constitucional puede atribuirse a varios factores. En primer lugar, es cierto que las sentencias con órdenes unidireccionales son de más fácil cumplimiento, pero no siempre garantizan que el problema detectado se solucione, como quiera que se agotan en un solo momento, sin tener en cuenta que las propias sentencias estructurales generan una dinámica de actuación estatal cuyos alcances no siempre son previsibles con antelación.

Como ejemplo de ello suele mencionarse la orden expedida en el año 1998 de construir un cierto número de cárceles, como medida para paliar el hacinamiento penitenciario. Tales órdenes fueron cumplidas y durante unos pocos años el índice de hacinamiento disminuyó, pero pronto las cárceles volvieron a estar saturadas de internos, como consecuencia de una política criminal del Estado enteramente desentendida del efecto práctico de numerosas medidas de agravación punitiva y recorte de beneficios que se fueron aprobando legalmente a principios del siglo en curso.

También es cierto que, en las órdenes unidireccionales, la intervención del juez en el diseño de políticas públicas para remediar la vulneración de los derechos es notablemente intensa, lo cual lastima el principio de separación de

5 *Ibid.*, p. 77.

6 César Rodríguez Garavito, y Diana Rodríguez Franco, *Cortes y cambio social: cómo la Corte Constitucional transformó el desplazamiento forzado en Colombia*, Bogotá, Dejusticia, 2010, pp. 52 y ss.

poderes y pone al poder judicial en un papel que resulta ajeno a su modo de funcionamiento, como lo es el diseño de políticas públicas acertadas.

Ante ese panorama, parecieran preferibles las órdenes dialógicas, que permiten superar la crítica de invasión, por parte de los jueces, de las órbitas de competencia reservadas a otros órganos estatales, y también porque habilitan que quienes tienen mayor idoneidad técnica y política para el diseño y la ejecución de las políticas públicas participen en estos procesos, aunque no hayan tenido la iniciativa de hacerlo.

Las sentencias dialógicas contienen órdenes complejas, que solo a largo plazo pueden cumplirse, y respecto de las cuales cabe hablar de cumplimientos parciales, avances, logros, retrocesos y puntos deficitarios. Todo ello resulta un tanto extraño al mundo judicial, pero parece la única forma posible de remediar esas graves violaciones de derechos humanos que los jueces detectan y frente a las cuales han decidido actuar mediante la estrategia de las sentencias estructurales.

El proceso dialógico de cumplimiento de las sentencias estructurales incluye a las víctimas cuyos derechos han sido violados, a las organizaciones de la sociedad civil relevantes, a los organismos internacionales de derechos humanos y a otros actores cuya participación resulte útil para la protección de los derechos objeto del caso, desde organizaciones de base hasta centros académicos. Por lo anterior, también podría afirmarse que, además de los resultados de justicia material que pueden derivar de la ejecución de las sentencias estructurales dialógicas, estas también tienen un importante efecto de reactivación de la democracia, desde la vigencia del derecho.⁷

Como hito en la preferencia por la expedición de órdenes de tipo dialógico suele citarse la Sentencia T-025 de 2004, en la que se declaró un estado de cosas inconstitucional en la protección de los derechos de la población desplazada por razón del conflicto armado interno que azotaba a Colombia. Aún a la fecha se sigue verificando el cumplimiento de esa sentencia, que permitió el desbloqueo institucional que existía sobre la construcción e implementación de políticas públicas para enfrentar esa situación. Dicha sentencia no ordenó la destinación de partidas presupuestales exactas para fines específicos, sino que consistió más bien en un reenvío al Poder Ejecutivo y a la administración pública, para que tales autoridades, dentro de la órbita de sus competencias, diseñaran y pusieran en ejecución políticas públicas que permitieran remediar la grave desatención estatal que padecían las víctimas de desplazamiento forzado, aunque la Corte

7 Véase Roberto Gargarella (ed.), *Por una justicia dialógica. El poder judicial como promotor de la deliberación democrática*, Buenos Aires, Siglo XXI Editores, 2014, y Rodríguez Garavito y Rodríguez Franco, *Cortes y cambio social*, op. cit., pp. 52 y ss.

Constitucional se reservó, eso sí, la potestad de hacerle seguimiento a esas políticas y verificar que las mismas acarrearán beneficios ciertos en el goce de derechos para la población destinataria.

Con posterioridad, en las sentencias T-480 de 2010 y T-388 de 2013, la Corte ha precisado que las medidas estructurales deben tener como propósito erradicar la vulneración de los “límites constitucionales” de las políticas públicas de las que depende el goce efectivo de los derechos fundamentales, y que deben por tanto ser “efectivas para desenredar el ‘marasmo institucional’”, “respetuosas de las competencias democráticas y administrativas constitucionalmente establecidas a todas las autoridades y entidades”, “prudentes y abiertas al diálogo institucional”, “sometidas a que se verifique su cumplimiento”, “variadas en cuanto a los medios y herramientas utilizadas para proteger efectivamente los derechos fundamentales” y “orientadas al goce efectivo del derecho fundamental”.⁸

Un ejemplo de este tipo de órdenes judiciales se puede apreciar en la Sentencia T-762 de 2015, nuevamente sobre hacinamiento carcelario, en la que la Corte Constitucional les ordenó al Congreso de la República, al Gobierno nacional y a la Fiscalía General de la Nación la creación, aplicación y difusión de un “estándar constitucional mínimo” de respeto de los derechos humanos de las personas privadas de libertad, a la vez que dispuso que cualquier proyecto de ley o de reforma constitucional que tuviera relación con la política criminal del Estado debía contar con un concepto del comité científico del Consejo Superior de Política Criminal del Estado, previo al inicio de su trámite en el Congreso de la República.

Tal como puede apreciarse, las órdenes dialógicas no son de cumplimiento inmediato; por el contrario, dan inicio a una dinámica de actuación estatal que se prolonga por varios años y que es susceptible de vaivenes y, por tanto, el efecto de las órdenes judiciales no se percibe con la prontitud que anhelan las personas afectadas por el déficit en sus derechos fundamentales.

ELABORACIÓN DE ESTÁNDARES PARA VERIFICAR EL CUMPLIMIENTO DE LAS SENTENCIAS

En las sentencias estructurales de los años inaugurales, la actuación judicial culminaba, por lo general, con la expedición de la respectiva sentencia. La práctica le ha permitido a la Corte Constitucional incorporar mecanismos para vigilar el cumplimiento efectivo de las órdenes impartidas, con lo cual, en la actualidad, los procesos en los que se expiden sentencias estructurales no terminan con la sentencia, sino que se extienden por varios años más, hasta que la Corte

8 Extractos de la Sentencia T-388 de 2013.

considere que se han cumplido las órdenes estructurales y complejas que ha expedido.⁹

La actividad de seguimiento se desarrolla mediante dos mecanismos: salas y autos de seguimiento. Las salas de seguimiento, conformadas por magistrados de la propia Corte Constitucional, están integradas, además, por agentes de la sociedad civil, expertos y otros interesados en la situación que fue objeto de la sentencia. En estas salas de seguimiento se hace un análisis de los informes presentados por las autoridades concernidas para verificar los avances alcanzados en el cumplimiento de la sentencia y se discuten temas relacionados con ese cumplimiento. Los autos de seguimiento, por su parte, son decisiones que profiere la Corte Constitucional, a partir de la información que recibe de las salas, con el fin de visibilizar alguna particularidad en el proceso de ejecución de la sentencia, o en los que hace observaciones sobre la implementación parcial o defectuosa de los elementos constitutivos de la sentencia.

A lo largo de varias sentencias, la Corte Constitucional ha venido perfilando el modo de hacer ese seguimiento. Cabe en esta materia citar las sentencias T-762 de 2015, T-103 de 2016 y T-302 de 2017, en las que se han propuesto los siguientes parámetros para esa actividad:¹⁰

1. El juez debe verificar que se hayan tomado acciones orientadas a garantizar el goce efectivo del derecho, por lo que “la orden se puede entender cumplida cuando exista un plan respetuoso de los mínimos constitucionales, que se esté implementando y asegure el avance hacia el goce efectivo de los derechos”.
2. Para determinar ese grado de cumplimiento de una orden se deben evaluar parámetros de estructura, de proceso y de resultado, así: los parámetros de estructura miden y valoran los instrumentos formales de la política pública, como las metas, los objetivos, el marco normativo, el cronograma, entre otros; los parámetros de proceso miden la relación entre los parámetros de estructura y la consecución de objetivos, y los de resultado miden los logros que reflejen el grado de goce efectivo de un derecho fundamental, esto es, el impacto real de la política pública.
3. Se admiten cuatro grados para calificar el cumplimiento de una orden compleja: alto, medio, bajo e incumplimiento. El grado alto se refiere a la existencia de un plan completo, coherente y racionalmente orientado a

9 Véase Luisa García Lozano, “Los autos de seguimiento de la Corte Constitucional. ¿La Constitución de un imaginario simbólico de justicia por parte de la Corte?”, *Análisis Político*, núm. 82, 2014, p. 149.

10 Extractos tomados de la síntesis de esos parámetros contenida en la aclaración de voto de la magistrada Diana Fajardo a la Sentencia T-267 de 2018.

asegurar el goce efectivo del derecho fundamental, que se está implementando adecuadamente y que evidencia progresos reales. El grado medio supone planes e instituciones formalmente aceptables, que medianamente se estén implementando y evidencien algunos resultados que impactan favorablemente en el goce efectivo del derecho. El grado bajo significa que se presentan deficientes planes e instituciones, pobres ejecuciones y resultados parciales y limitados. Finalmente, el incumplimiento implica que no se cuenta con planes e instituciones, que no se ha adelantado prácticamente ninguna acción de las planeadas, o que no se han alcanzado mejoras en la realización progresiva del goce efectivo del derecho fundamental.

4. Cuando el juez constate un cumplimiento “alto” de la orden, declarará cerrado el asunto. Si se presenta un nivel de cumplimiento medio deberá valorar si puede dar por cumplida la orden, con ciertas advertencias y medidas de protección final, o si mantiene el seguimiento de las órdenes no cabalmente cumplidas. Si el nivel de cumplimiento es bajo, el juez mantiene su competencia para exigir el cumplimiento de sus órdenes y expedir órdenes complementarias, pues la violación del derecho no ha cesado. Por último, si se presenta un incumplimiento, el juez debe tomar medidas drásticas para garantizar el derecho fundamental vulnerado, las cuales incluyen la posibilidad de imponer sanciones a los destinatarios de tales órdenes, por desacato a una orden judicial.

Esta forma de verificar el cumplimiento de las órdenes estructurales permite apreciar que la Corte Constitucional no valora como suficientes, a esos efectos, los simples actos burocráticos tales como diseño de políticas o expedición de normas, sino que tiende a centrar su atención en el goce efectivo de los derechos por parte de los beneficiarios de las órdenes que ha impartido, y a partir de tal evaluación decide el grado en que sus sentencias se han cumplido.

BIBLIOGRAFÍA

- CANO BLANDÓN, Luisa F., “La narrativa de las políticas públicas en la jurisprudencia de la Corte Constitucional Colombiana”, *Papel Político*, vol. 19, 2014, pp. 435-458.
- GARCÍA LOZANO, Luisa, “Los autos de seguimiento de la Corte Constitucional. ‘¿La Constitución de un imaginario simbólico de justicia por parte de la Corte?’”, *Análisis Político*, núm. 82, 2014.
- GARGARELLA, Roberto (ed.), *Por una justicia dialógica. El poder judicial como promotor de la deliberación democrática*, Buenos Aires, Siglo XXI, 2014.

- GUTIÉRREZ BELTRÁN, Andrés Mauricio, *El amparo estructural de los derechos*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2018.
- MUÑOZ HERNÁNDEZ, Luis Antonio, “Protección de los derechos fundamentales por la Corte Constitucional colombiana. Una mirada a las sentencias estructurales”, *Academia & Derecho*, vol. 3, 2012, pp. 35-49.
- NASH, Claudio y Constanza NÚÑEZ, “Sentencias estructurales. Momento de evaluación”, *Revista de Ciencias Sociales*, Volumen Extraordinario, 2015.
- OSUNA PATIÑO, Néstor, “Las sentencias estructurales. Tres ejemplos de Colombia”, en Víctor BAZÁN y Christian STEINER (eds.), *Justicia Constitucional y Derecho Fundamentales N° 5: La protección de los derechos sociales. Las sentencias estructurales*, Bogotá, Konrad Adenauer Stiftung, 2015.
- OSUNA PATIÑO, Néstor, “Sentencias estructurales en Colombia: de las órdenes sustanciales (unidireccionales) a las procedimentales (dialógicas)”, en Humberto NOGUEIRA ALCALÁ y Gonzalo AGUILAR CAVALLO (eds.), *Derechos sociales, grupos vulnerables y procesos políticos latinoamericanos*, Santiago de Chile, Tirant lo Blanch, 2019, pp. 371-383.
- RODRÍGUEZ GARAVITO, César, “Más allá de la jurisprudencia: el impacto de los fallos sobre derechos sociales”, en Malcolm LANGFORD (ed.), *Teoría y jurisprudencia de los derechos sociales. Tendencias emergentes en el Derecho internacional y el Derecho comparado*, Bogotá, Siglo del Hombre, 2013.
- RODRÍGUEZ GARAVITO, César, “El activismo dialógico y el impacto de los fallos sobre derechos sociales”, *Revista Argentina de Teoría Jurídica*, vol. 14, 2013.
- RODRÍGUEZ GARAVITO, César, y Diana RODRÍGUEZ FRANCO, *Cortes y cambio social: Cómo la Corte Constitucional transformó el desplazamiento forzado en Colombia*, Bogotá, Dejusticia, 2010.

ANÁLISIS DE JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL EN GUATEMALA (2011-2020)

Aylín Ordóñez Reyna*

CONTEXTO NORMATIVO Y DESARROLLO JURISPRUDENCIAL CON RELACIÓN AL BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD Y CONTROL DE CONVENCIONALIDAD

Guatemala se encuentra regida por la Constitución Política de la República promulgada en 1985, la cual se profirió en el tránsito hacia la democracia, después de una serie de gobiernos autoritarios y golpes de Estado. De ahí que su contenido posee un amplio reconocimiento a la protección de los derechos humanos. Desde el preámbulo, la Ley Suprema reconoce “la primacía de la persona humana como sujeto y fin del orden social”. Se afirma además por los constituyentes la decisión de “impulsar la plena vigencia de los derechos humanos”. A decir del constitucionalista Jorge Mario García Laguardia: “se subraya la intención de constituir un sistema realmente democrático, en el que se respete la dignidad humana y se ponga en lugar preferente el respeto de sus derechos, de los derechos humanos”.¹

Dentro de la normativa que posibilita una protección más amplia de los derechos humanos, los artículos 44 y 46 revisten particular trascendencia. El primero contiene una cláusula abierta que afirma el reconocimiento de otros derechos que, aunque no figuren expresamente en el texto constitucional, sean inherentes a la persona humana. Su texto establece: “Artículo 44. Derechos inherentes a la persona humana. Los derechos y garantías que otorga la Constitución no excluyen otros que, aunque no figuren expresamente en ella, son inherentes a la persona humana”.

* Doctora en Derecho; magíster en Derecho Pluralista Público y Privado, Universidad Autónoma de Barcelona. Coordinadora de la Maestría en Derecho Constitucional, Universidad Rafael Landívar y de Magistratura de la Corte Constitucional de Guatemala. aordonezreyna@gmail.com

1 Jorge Mario García Laguardia, *Política y Constitución en Guatemala. La Constitución de 1985*, Guatemala, Procurador de los Derechos Humanos, 1995, p. 50.

Por su parte, el artículo 46 se refiere a la preeminencia del derecho internacional de los derechos humanos (DIDH) sobre el derecho interno. Este señala: “Artículo 46. Preeminencia del Derecho Internacional. Se establece el principio general de que, en materia de derechos humanos, los tratados y convenciones aceptados y ratificados por Guatemala tienen preeminencia sobre el derecho interno”.

Respecto del artículo 46 el jurista guatemalteco Alejandro Maldonado Aguirre señala: “es probable que uno de los elementos más importantes que han acreditado la virtud constitucional se encuentre en la redacción del artículo 46 y las amplísimas derivaciones normativas e instrumentales que proyecta”. Continúa señalando el citado autor: “el origen de la norma contenida en el artículo 46 [es producto] del impulso político reactivo por la situación anterior de irrespeto sistemático de los derechos humanos y la necesidad de fortalecer los mecanismos de protección”.²

Con relación a esa norma, señala García Laguardia que:

... la fuente de esa disposición está en el artículo 105 de la Constitución peruana, pero con diferencias importantes, pues mientras ésta atribuye a los tratados sobre derechos humanos “jerarquía constitucional”, la nuestra les da “preeminencia sobre el derecho interno” lo que ha abierto la discusión si en esa expresión se incluye a la propia Constitución.³

Tal como se advirtió con anterioridad, aunque la norma contenida en el artículo 46 citado pudiera parecer clara, su contenido provocó fuertes debates en el seno del Tribunal Constitucional, donde se dieron diferentes interpretaciones.

Primera etapa: el reconocimiento de los tratados internacionales con rango constitucional pero sin con potestad reformatoria o derogatoria

En sus primeros fallos –1990–, la Corte de Constitucionalidad reflejó su preferencia por la norma constitucional respecto de los tratados internacionales, negándose a reconocer la facultad reformatoria que estos pudieran tener sobre la norma fundamental. Un ejemplo de esta postura es la sentencia emitida dentro de un expediente en el cual un candidato a la presidencia reclamaba la aplicación preferente de normativa internacional que reconoce el derecho a ser

2 Alejandro Maldonado Aguirre, “Guatemala: recepción del Derecho Internacional de los Derechos Humanos”, en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, Buenos Aires, Konrad Adenauer Stiftung, 2001, pp. 245-246.

3 García Laguardia, *Política y Constitución en Guatemala. La Constitución de 1985*, op. cit., p. 59.

electo, frente a los límites constitucionales para serlo (Expediente 280-90).⁴ En esa oportunidad, el candidato cuestionó que el artículo 186 inciso a) de la Constitución Política –que establece prohibición para optar a los cargos de presidente o vicepresidente de la República– contravenía lo establecido por el artículo 23 apartados 1 b) y c) y 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), normativa que, a la luz del artículo 46 de la Constitución, tenía preeminencia sobre el precepto constitucional. La Corte de Constitucionalidad concluyó que ninguna de las dos premisas tenía justificación, porque la prohibición contenida en el artículo 186 inciso a) de la Constitución no se encontraba en contravención con las disposiciones de la CADH; además, *porque la Convención no poseía preeminencia sobre la Constitución Política de la República*. Pese a estimar que, derivado de la falta de disconformidad entre la disposición constitucional y la disposición convencional, no era necesario elucidar la pretendida preeminencia de esta última sobre la Constitución, la Corte determinó conveniente definir su posición al respecto. En tal sentido señaló:

El artículo 46 jerarquiza tales derechos humanos *con rango superior a la legislación ordinaria o derivada, pero no puede reconocérsele ninguna superioridad sobre la Constitución*, porque si tales derechos, en el caso de serlo, guardan armonía con la misma, entonces su ingreso al sistema normativo no tiene problema, pero si entraren en contradicción con la Carta Magna, su efecto sería modificador o derogatorio, lo cual provocaría conflicto con las cláusulas de la misma que garantizan su rigidez y superioridad y con la disposición que únicamente el poder constituyente o el referendo popular, según sea el caso, tienen facultad reformadora de la Constitución. (Arts. 44 párrafo tercero, 175 párrafo primero, 204, 277, 278, 279, 280 y 281 de la Constitución Política)

El criterio anterior reconoce esa jerarquía constitucional a los tratados, pero afirma que no hay conflicto cuando estos no contravienen la constitución, pero, si lo hicieran, no podrían tener efecto reformador o derogatorio del texto supremo, porque para esas modificaciones debía seguirse el procedimiento de reforma constitucional.

Segunda etapa: los tratados internacionales no son parámetro de constitucionalidad

Posteriormente, el Tribunal Constitucional determinaría que, de existir conflicto entre normas de derecho interno y tratados internacionales sobre derechos

4 Corte de Constitucionalidad, Apelación de sentencia en amparo, Sentencia de 19 de octubre de 1990, Expediente 280-90, *Gaceta jurisprudencial* 18.

humanos, prevalecerían estos últimos, sin embargo, también afirmaría que estos no son parámetros de control constitucional. Así lo señaló en el pronunciamiento emitido dentro del Expediente 334-95,⁵ en el que fue objeto de inconstitucionalidad el artículo 201 del Código Penal. Tal disposición, debido a una reforma, extendió la pena de muerte a otros supuestos jurídicos que previamente no se encontraban contenidos en el delito de plagio o secuestro. Uno de los argumentos presentados por el ponente consistía en que el decreto que contenía la reforma era contrario al artículo 44 de la Constitución, toda vez que este consagra el principio de incorporar al derecho interno guatemalteco otros derechos y garantías inherentes a la persona humana, tal como el contenido en el artículo 4 inciso 2) de la CADH, el cual dispone que los países que no han abolido la pena de muerte no extenderán su aplicación a delitos a los cuales no se les aplique antes del momento de entrar en vigor la Convención, por lo que el Gobierno tenía un impedimento derivado de la Convención para extender la aplicación de la pena de muerte. En su pronunciamiento, la Corte de Constitucionalidad centró su análisis en la compatibilidad existente entre la norma impugnada respecto de la norma fundamental, señalando que la CADH no constituía parámetro de constitucionalidad: “en presencia de un eventual conflicto entre normas ordinarias del orden interno y los tratados y convenios sobre derechos humanos prevalecerían estos últimos”; no obstante, esa tesis adiciona que:

La inconstitucionalidad permite analizar la compatibilidad de una norma de inferior jerarquía respecto de la Constitución, y requiere un análisis comparativo entre una y otra a efecto de que la norma impugnada se mantenga dentro del ordenamiento jurídico o, en su caso, se le excluya del mismo. En consecuencia, *la Convención Americana sobre Derechos Humanos no es parámetro de constitucionalidad.*

Esta última consideración también la efectuaría el Tribunal cuando señaló como inconstitucional el artículo 2 del Decreto 67-94 del Congreso de la República –que introducía el delito de Defraudación Tributaria al Código Penal–, por considerarse que esa normativa era violatoria del artículo XXVI de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, 5 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos y 7, inciso 7, de la CADH; además, dado que los ponentes aducían que las normas posibilitaban prisión derivada de una deuda, con lo que se contravenían las normas convencionales y, como consecuencia de

5 Corte de Constitucionalidad, Inconstitucionalidad general parcial, Sentencia de 26 de marzo de 1996, Expediente 334-95, *Gaceta jurisprudencial* 39.

ello, el artículo 46 constitucional. En el fallo proferido dentro de ese expediente (131-95)⁶ la Corte indicó de nuevo que el análisis de constitucionalidad se haría frente a la norma de la Ley Suprema porque la CADH no era parámetro de constitucionalidad; de forma más precisa indicó que, si bien la Constitución otorga preeminencia a los tratados internacionales sobre el derecho interno, tal cuestión implica que en la eventualidad de que una norma ordinaria interna entre en conflicto con una o varias normas contenidas en un tratado internacional, prevalecerían estas últimas, con lo cual puede advertirse que el Tribunal entendió por no comprendida a la Constitución dentro de la expresión “derecho interno”, sino únicamente la normativa ordinaria.

Tercera etapa: el reconocimiento tácito de los tratados internacionales como parámetro de convencionalidad

Posteriormente, el Tribunal Constitucional evolucionaría en su interpretación al reconocer, aunque implícitamente, que los tratados internacionales en materia de derechos humanos constituyen parámetro de constitucionalidad de los actos de poder público y leyes. Así, por ejemplo, en la sentencia emitida dentro del expediente 1042-97,⁷ la Corte de Constitucionalidad aplicó la Convención sobre los Derechos del Niño, estimando que la autoridad no valoró ni tomó en cuenta el interés y bienestar supremo de menores de edad, como lo manda ese instrumento y, por tal motivo, otorgó el amparo requerido. Por su parte, en el Expediente 929-2008,⁸ el Tribunal Constitucional interpretó el precepto cuya inaplicabilidad al caso concreto se requería –carácter permanente del delito de desaparición forzada en el Código Penal– en consonancia con el contenido de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, así como la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH).

A partir de entonces, paulatinamente, la Corte iría incorporando, en su tesis argumentativa, la figura del bloque de constitucionalidad. En la sentencia emitida dentro del Expediente 3878-2007,⁹ contentivo de acción de amparo, en el que se reclamaba la ausencia de consulta en la realización de proyectos de

6 Corte de Constitucionalidad, Inconstitucionalidad general parcial, Sentencia de 12 de marzo de 1997, Expediente 131-95, *Gaceta jurisprudencial* 43.

7 Corte de Constitucionalidad, Apelación de sentencia de amparo, Sentencia de 8 de septiembre de 1998, Expediente 1042-97, *Gaceta jurisprudencial* 49.

8 Corte de Constitucionalidad, Inconstitucionalidad en caso concreto, Sentencia de 7 de julio de 2009, Expediente 929-2008, *Gaceta jurisprudencial* 93.

9 Corte de Constitucionalidad, Apelación de sentencia en amparo, Sentencia de 21 de diciembre de 2009, Expediente 3878-2007, *Gaceta jurisprudencial* 94.

exploración y explotación mineras que estaban desarrollándose en las cercanías de la morada de poblaciones indígenas, la Corte otorgó la protección constitucional, al concluir que la autoridad municipal se resistió a llevar a cabo las acciones necesarias, dentro de su esfera de atribuciones legalmente previstas, para atender adecuadamente el reclamo formulado por las colectividades indígenas con relación con el respeto del derecho de consulta reconocido a nivel nacional e internacional. Dentro de sus consideraciones indicó:

Como puede advertirse, el consentimiento y/o la ratificación de lo dispuesto en los documentos multilaterales antes enumerados [Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, CADH, Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial y Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas] supone para el Estado de Guatemala, en síntesis, el compromiso internacional de asumir una posición definida acerca del derecho de consulta de los pueblos indígenas, expresada en varios componentes: i) su reconocimiento normativo propiamente dicho y, por ende, su inserción al bloque de constitucionalidad como derecho fundamental, por virtud de lo establecido en los artículos 44 y 46 de la Carta Magna; ii) consecuentemente, la obligación de garantizar la efectividad del derecho en todos los casos en que sea atinente; y iii) el deber de realizar las modificaciones estructurales que se requieran en el aparato estatal –sobre todo en cuanto a la legislación aplicable– a fin de dar cumplimiento a esa obligación de acuerdo a las circunstancias propias del país.

Cuarta etapa: el reconocimiento expreso de la existencia de un bloque de constitucionalidad

Sería hasta la presente década cuando, finalmente, la Corte de Constitucionalidad establecería, de manera explícita, el contenido y alcance del bloque de constitucionalidad en la sentencia emitida dentro del Expediente 1822-2011,¹⁰ para resolver una inconstitucionalidad de carácter general en la que se reclamaba la disconformidad de la tipificación del delito de tortura regulado en el Código Penal, con el contenido de la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes y la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura. Al respecto, el Tribunal señala:

10 Corte de Constitucionalidad, Inconstitucionalidad general parcial por omisión, Sentencia de 17 de julio de 2012, Expediente 1822-2011, *Gaceta jurisprudencial* 105.

Ello [acudir a la figura del bloque de constitucionalidad] implica realizar el análisis confrontativo que requieren acciones de inconstitucionalidad como esta, por el que se posibilite verificar si en el ejercicio de la función legislativa, existe conformidad en adecuación de tipos penales no solo conforme a normas de la Constitución Política de la República de Guatemala, sino también con los estándares internacionales en materia de derechos humanos que impulsaron los compromisos estatales para la tipificación de la tortura, cuestión que ha sido consentida por la doctrina y la jurisprudencia constitucional extranjera por la figura del “bloque de constitucionalidad”, institución que ha permitido realizar dicha integración de la Constitución material, pues de no advertirse lo anterior, la omisión relativa determinada implicaría, por sí sola, contravención de los artículos 44, 46 y 149 de la Constitución Política de la República.

Asimismo, determinó:

... 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 aquellas 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, tienen 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 [...] En orden a la materia de estudio, se determina que los instrumentos internacionales en materia de derechos humanos aplicables son la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, y la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura. Esa inclusión se realiza por remisión del artículo 46 y, consecuentemente, por el carácter de *ius cogens* que tienen las normas de estos instrumentos que, como tal, asumen categoría de compromisos internacionales adquiridos por el Estado (art. 149 constitucional). Lo que involucra, en el caso concreto, verificar el cumplimiento de los compromisos adquiridos en normas internacionales en materia de derechos humanos, para evidenciar si existe una omisión legislativa parcial en la creación de la figura tipo de “tortura”.

Cabe señalar que, desde los inicios de la aplicación de la citada figura, el Tribunal la empleó no solamente en el ejercicio de control de normas jurídicas,

sino, además, de los actos del poder público, señalando que “el amparo se circunscribe a intervenir ante la amenaza o lesión de los derechos que la Constitución, el bloque de constitucionalidad o el resto del orden jurídico reconocen y garantizan”.¹¹ Aunado a lo anterior, a partir de la facultad que se reservó a sí misma, la Corte de Constitucionalidad ha ido estableciendo en sus fallos, implícita o explícitamente, los instrumentos contenidos en el bloque, dentro de los que se incluyen la CADH, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP), el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Pidesc), la Convención sobre los Derechos del Niño, la Cedaw, el derecho de consulta contenido en el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes e, incluso, la jurisprudencia de la Corte IDH.

La Corte de Constitucionalidad de Guatemala, durante la última década, también ha sido expresa en el deber de aplicación del control de convencionalidad. Incluyó la figura desarrollada por el Tribunal regional en su tesis argumentativa como justificación para la aplicación de normas del derecho internacional. De esa cuenta señaló:

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 [...] En el caso del control de convencionalidad que debe hacerse en las resoluciones judiciales en las que puedan 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.¹²

11 Corte de Constitucionalidad, Amparo en única instancia, Sentencia de 16 de junio de 2015, expedientes acumulados 5909-2013, 5985-2013, 48-2014 y 439-2014, *Gaceta jurisprudencial* 116.

12 Corte de Constitucionalidad, Apelación de sentencia de amparo, Sentencia de 23 de agosto de 2011, Expediente 2151-2011, *Gaceta jurisprudencial* 111.

Así se ha expresado la Corte de Constitucionalidad respecto de la especial obligación a cargo de los jueces nacionales:

La determinación de la compatibilidad de las disposiciones obligatorias internacionales y las normas, actos u omisiones de los órganos locales –incluyendo cualquiera de sus autoridades o dependencias– constituye la base para el ejercicio del Control de Convencionalidad, aplicable en sede internacional o forma concentrada, cuando la declaración emane de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, o bien, el Control de Convencionalidad difuso, ejercido por jueces locales.¹³

Asimismo, ha resaltado el deber de aplicar el control de convencionalidad por parte de las autoridades del Estado en la creación de la norma jurídica nacional, señalando que:

El reconocimiento de la consulta prevista en el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, como parte del catálogo de derechos fundamentales protegidos en el control de convencionalidad, demanda del Estado de Guatemala, en general, la realización de cualesquiera modificaciones estructurales que sean necesarias, en sus instituciones y legislación interna, para darle eficaz cabida en el contexto nacional; así lo han expresado este mismo Tribunal [sentencias dictadas dentro de los expedientes 3878-2007, 4419-2011, acumulados 4957/4958-2012, acumulados 156/159-2013, y 411-2014].¹⁴

Adicionalmente, el tribunal constitucional ha apuntado el deber de realizar una interpretación del derecho conforme al *corpus iuris interamericano* y la jurisprudencia emanada de la Corte IDH, llegando incluso a reconocer a esta última como parte del bloque de constitucionalidad. Al respecto, ha indicado que:

Como corolario, es necesario destacar que los órganos jurisdiccionales, en el ejercicio del control de convencionalidad a los que están sujetos de conformidad con las diversas obligaciones que el Estado de Guatemala ha adquirido al ratificar diversos tratados y convenciones internacionales en materia de Derechos

13 Corte de Constitucionalidad, Amparo en única instancia, Sentencia de 21 de octubre de 2015, Expediente 5290-2014, *Gaceta jurisprudencial* 118.

14 Corte de Constitucionalidad, Apelación de sentencia en amparo, Sentencia de 26 de mayo de 2017, expedientes acumulados 90-2017, 91-2017 y 92-2017, *Gaceta jurisprudencial* 124.

Humanos, deben hacer acopio a la vulnerabilidad a la que están sujetas las niñas víctimas de violaciones y, para ello, deben fundar sus decisiones a la luz de lo preceptuado en los estándares internacionales protectores de los derechos de los niños, niñas y adolescentes y a la *jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos como parte del bloque de constitucionalidad*.¹⁵

Ambas figuras –el bloque de constitucionalidad y el control de convencionalidad– han servido como garantía de aplicación directa de tratados internacionales ratificados por Guatemala, en procura de que el Estado cumpla de buena fe con sus obligaciones en la materia. Ello cobra especial relevancia dado el enorme reto existente en contextos como el guatemalteco, en el que se observa una carencia de normativa interna que proteja en forma adecuada los derechos humanos, lo que puede constituir un obstáculo para su protección. Como es sabido, la forma en la que se efectúa la selección de fuentes en la labor hermenéutica a cargo de las autoridades estatales, especialmente los jueces, influye de manera determinante en los alcances de la protección de los derechos humanos. Es precisamente allí donde los jueces deben asumir su rol preponderante como primeros defensores de la convencionalidad de las leyes y los actos.

Derivado del control de convencionalidad, en la última década se han promovido planteamientos de inconstitucionalidad cuestionándose la inaplicación de tratados en disposiciones legales, por lo que se solicita la exclusión de estas del ordenamiento jurídico utilizando como parámetro de constitucionalidad los tratados internacionales. Se ha alegado también la inaplicación de la jurisprudencia de la Corte IDH.

En cuanto al control de convencionalidad, un tema de especial relevancia es la exclusión del ordenamiento jurídico de la pena de muerte en delitos contenidos en el Código Penal. Lo anterior, derivado de dos sentencias en las que se realizó este control y se aplicó jurisprudencia de la Corte IDH. En la primera se cuestionó el artículo 132 del Código Penal el cual tipifica el delito de asesinato, y establecía que podría imponerse pena de muerte si por las circunstancias del caso, la manera de realizarlo y los móviles “se revelare la mayor peligrosidad del agente”.

En la sentencia de la Corte de Constitucionalidad se cita la resolución de la Corte IDH en el caso *Fermín Ramírez*¹⁶ en cuanto consideró que

15 Corte de Constitucionalidad, Amparo en única instancia, Sentencia de 24 de octubre de 2017, Expediente 6276-2016, *Gaceta jurisprudencial* 126.

16 Corte Interamericana de Derechos Humanos, “Caso *Fermín Ramírez vs. Guatemala*”, Sentencia de 20 de junio de 2005, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, núm. xx.

... la elaboración de los tipos penales supone una clara definición de la conducta inculpada, que fije sus elementos y permita deslindarla de comportamientos no punibles o conductas ilícitas sancionables con medidas no penales, previa verificación de la efectiva existencia de la conducta típica, de tal forma que no incurra en la penalización de actos no punibles en el ordenamiento jurídico. En ese sentido se ha pronunciado en cuanto a la valoración de la peligrosidad del agente por parte del juzgador, considerándola un retorno al pasado absolutamente inaceptable desde la perspectiva de los derechos humanos imponer una sanción no con base en lo que ha hecho el infractor sino en lo que es.¹⁷

Por tal motivo se declaró la inconstitucionalidad de la norma, lo cual provocó que se revisara el ordenamiento jurídico y se promoviera una nueva acción, esta vez contra la totalidad de normas que imponían pena de muerte en el Código Penal y en la Ley contra la Narcoactividad, siendo estas por los delitos de paricidio, ejecución extrajudicial, secuestro, tortura, caso de muerte. En los delitos relacionados se imponía esta pena en situación similar al caso de asesinato, es decir, considerando la peligrosidad del agente, y en otros de los casos se refería a normas que habían sido emitidas con posterioridad a la ratificación de la CADH por Guatemala, por lo que se violaba el mandato convencional de no ampliar la pena de muerte. Por tal razón, se acogieron las inconstitucionalidades y se declaró la exclusión de esas normas del ordenamiento jurídico. Con tal decisión la pena de muerte ya no quedaría vigente en Guatemala en los delitos ordinarios.¹⁸ Se mantiene aún en delitos del Código Militar.

En este fallo de nueva cuenta se realiza un análisis de convencionalidad y se excluyen las disposiciones cuestionadas del ordenamiento jurídico guatemalteco, lo que evidencia un aspecto positivo, pues, si bien en la Constitución se prevé que el Congreso posee la facultad de abolir la pena de muerte, ello no se adoptó y, por tanto, se mantenía su vigencia en una serie de delitos del Código Penal y Ley contra la Narcoactividad, disposiciones de las que fue excluida con los fallos antes relacionados.

Lo anterior evidencia que durante la presente década se han producido grandes avances con relación al control de convencionalidad, acogiéndose acciones de inconstitucionalidad de leyes y reconociéndose derechos humanos a los habitantes a partir de la aplicación directa de tratados internacionales.

17 Corte de Constitucionalidad de Guatemala, Inconstitucionalidad de Ley de Carácter General Parcial, Sentencia de 11 de febrero de 2016, Expediente 1097-2015, *Gaceta jurisprudencial* 119.

18 Corte de Constitucionalidad de Guatemala, Inconstitucionalidad de Ley de Carácter General, Expediente 5986-2016, Sentencia de 24 de octubre de 2017, *Gaceta jurisprudencial* 126.

ANÁLISIS DE CASOS RELEVANTES 2011-2020

En esta parte de la investigación se abordará el estudio de tres casos, los cuales fueron seleccionados tomando en consideración la sugerencia metodológica para la investigación y la relevancia de casos resueltos durante la década comprendida entre 2011-2020. Por ello, se analiza un caso en el cual se reclama el derecho a la salud sexual y reproductiva con pertinencia cultural para las mujeres indígenas durante la etapa de maternidad, así como el derecho al reconocimiento de las comadronas como parte del sistema de salud comunitaria. El segundo caso se relaciona con el derecho de consulta a las comunidades indígenas cuando se produce un proyecto hidroeléctrico que afectará el área de influencia de la población. Finalmente, un fallo relacionado con la elección de magistrados de salas de la Corte de Apelaciones y de la Corte Suprema de Justicia en Guatemala, el cual evidencia las dificultades que se han producido para integrar el sistema de justicia, cuya designación ha provocado serios conflictos interorgánicos y, a pesar de haber transcurrido más de un año desde la fecha en que debieron tomar posesión del cargo los mencionados funcionarios judiciales, no se ha completado el proceso de designación, lo que evidencia la necesidad de reformas sustanciales al procedimiento relacionado.

Derecho a la salud sexual y reproductiva de las mujeres indígenas, con pertinencia cultural y reconocimiento de las comadronas como parte del sistema de salud comunitaria

En septiembre de 2016 se presentó una acción de amparo por parte de autoridades indígenas, comadronas indígenas y usuarias del sistema, reclamando al Ministerio de Salud Pública y Asistencia Social la omisión de garantizar eficazmente el derecho a la salud sexual y reproductiva con pertinencia cultural de las mujeres indígenas durante su etapa de maternidad, así como la falta de respeto y promoción de los derechos de las comadronas indígenas como mediadoras del sistema de salud indígena y el sistema oficial. Cuestionaron, además, la omisión de dotarlas de insumos para prestar servicios de salud comunitaria a las mujeres de los pueblos indígenas en la etapa de maternidad.

Se dictó sentencia el 27 de marzo de 2019, Expediente 3362-2017, en la que se consideró en el peritaje antropológico y de género “el rol ancestral y contemporáneo de las comadronas en la sociedad y su relación con los servicios estatales de salud”, y se concluyó el incumplimiento de brindar y promover un sistema de salud con pertinencia cultural, toda vez que el sistema de salud oficial no respeta el rol que representan las comadronas en el sistema de salud ancestral. También

se tomó en consideración el elevado porcentaje de partos que se atienden por comadronas en Guatemala, el cual asciende al 32 % de todos los partos en el nivel nacional.

Si bien el Ministerio de Salud alegó haber cumplido con sus obligaciones de impulsar un plan de acción para reconocer las buenas prácticas en la salud materna y neonatal y dignificar la labor que realizan las comadronas, el Tribunal Constitucional determinó que la problemática persistía, al pretenderse la capacitación de las comadronas, pero sin prever la posibilidad de que el personal de salud se capacitara con los conocimientos ancestrales que poseen las comadronas y sus tratamientos de medicinas tradicionales. En la resolución mencionada estableció que el Estado debería tomar medidas específicas para que todas las mujeres disfrutaran de sus derechos económicos, sociales y culturales, lo cual implica que debe capacitar a sus funcionarios y funcionarias, profesionales de la medicina y la enfermería, docentes y, en general, todos los servidores públicos en el ámbito de la salud para que aborden los derechos de las mujeres de manera correcta, eliminando el machismo y la discriminación, diseñando programas de protección integral de los pueblos y las comunidades indígenas, respetando plenamente su cultura, donde se abarquen todos los niveles de atención.

Un aspecto interesante lo constituye el que se haya indicado en el fallo que, aunque se estableció documentalmente que existe política en materia de salud materna y neonatal con algún enfoque cultural, la situación real es de irrespeto al sistema de salud indígena, porque las soluciones debían ser colectivas, para todo el conglomerado afectado: mujeres pacientes indígenas y comadronas. Se otorgó la protección y se ordenó, entre otras medidas, la implementación de acciones de prevención, promoción, recuperación y rehabilitación de la salud de las pacientes indígenas en el área materna y neonatal; así como el establecimiento de programas y prácticas institucionales que garanticen la salud sexual y reproductiva con pertinencia cultural. Se prevé, además, que se facilite la presencia de personal maya hablante en la atención a las usuarias del sistema de salud oficial, así como dotación de insumos a las comadronas indígenas por formar parte del sistema de salud ancestral de los cuatro pueblos maya, garífuna, xinca y ladino. Además, se ordenó la emisión de las instrucciones necesarias, así como el plan de seguimiento y reglamento correspondiente para la entrega de insumos.

En Guatemala, un elevado porcentaje de mujeres es atendido durante el embarazo y el parto por comadronas, quienes poseen conocimientos ancestrales transmitidos generacionalmente y, como se señaló en el fallo, esa labor no ha sido reconocida y respaldada por el sistema oficial, y en los lineamientos se observaba el que las comadronas se capacitaran en el sistema oficial, pero no a la inversa, lo que podría producir una lesión a la cultura ancestral de las comadronas. Por ello,

a través de lo considerado en la sentencia se pretende que se dé el reconocimiento a las comadronas, sin discriminación y con respeto a la cultura que poseen.

Respecto de esa sentencia, en el Informe de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos sobre la situación de derechos humanos en Guatemala, del año 2019, se señaló que:

... la Corte de Constitucionalidad dictó una sentencia histórica a favor de aproximadamente 90.000 comadronas en el país, luego de una acción de amparo interpuesta por comadronas indígenas [...]. La Corte ordenó al Ministerio de Salud que adoptara nueve medidas para garantizar a las mujeres indígenas el acceso a sus derechos a la salud sexual y reproductiva, con pertinencia cultural. Esto incluye asegurar el acceso de las comadronas a hospitales públicos para atender a sus pacientes, y la adopción de medidas para garantizar el respeto de los medicamentos tradicionales que utilizan para la atención a lo largo del ciclo de vida de una mujer.¹⁹

La sentencia relacionada es de relevancia al reconocer la importante tarea que desempeñan las comadronas en la atención a las mujeres durante el embarazo y parto, además de ordenar la coordinación con el sistema de salud estatal. Sin embargo, la tarea de cumplimiento requiere de la implementación de una serie de acciones por parte de las autoridades del sistema de salud.

Respecto de su cumplimiento puede citarse lo indicado por el Procurador de los Derechos Humanos en su Informe anual y circunstanciado del año 2019²⁰, en el que indicó:

... se pudo establecer que no existe coordinación de sistemas de salud en Guatemala y que no hay procesos participativos para que las autoridades indígenas propongan formas y métodos para incorporar la atención adecuada a las mujeres indígenas e implementar campañas sobre su salud. Además, todas estas acciones se realizan de forma monolingüe en español, lo que dificulta los impactos positivos en las comunidades indígenas más alejadas.

Si bien el Ministerio de Salud informó que, derivado del amparo provisional otorgado, iniciaron el cumplimiento del fallo, al verificarse por el Procurador

19 Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Informe de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos sobre la situación de derechos humanos en Guatemala, 2019, p. 20. <https://www.oacnudh.org.gt/index.php/informes/informe-anual>

20 Procurador de los Derechos Humanos, *Informe anual y circunstanciado de actividades y situación de los Derechos Humanos*, 2019, Guatemala, 2020, pp. 276-277.

de los Derechos Humanos la situación es diferente, por ello se hace necesario supervisar que se ejecute lo ordenado, toda vez que se tornará inútil un fallo si no se da el debido cumplimiento a su contenido. Para ello, las partes tienen a su alcance solicitar al Tribunal que adopte las medidas que sean necesarias, e incluso el Tribunal podría hacerlo de oficio, de estimarlo necesario.

Derecho de consulta de pueblos indígenas frente a la implementación de un proyecto que ocasionará efectos en el área en la que residen

El amparo surge porque una persona particular, oriunda de la región en la que se implementará un proyecto hidroeléctrico, promueve amparo contra el ministro de Energía y Minas cuestionando que este fue autorizado sin antes haber consultado a la comunidad indígena q'eqhci, que reside en el área de influencia. En esta ocasión, se reconoció la legitimación del accionante en virtud del vínculo que desde su nacimiento había sostenido con esa comunidad y los recursos naturales que en ella se encuentran, como parte de su cosmovisión e identidad cultural.

El 26 de mayo de 2017 –expedientes acumulados 90-2017, 91-2017 y 92-2017– se emitió una sentencia estructural referente al tema. Es de mencionar que la Corte de Constitucionalidad de manera expresa no había establecido la emisión de sentencias estructurales, sin embargo, en esta oportunidad reseña todas las ocasiones en las que se han formulado cuestionamientos por la omisión de consultar a las poblaciones indígenas respecto de situaciones que podrían afectarles, lo que evidencia fallas dentro del sistema por parte de diferentes autoridades estatales que continúan en forma reiterada provocando los agravios. Se señala que a través del fallo se darán los lineamientos para integrar el ordenamiento jurídico a efecto de superar las lesiones constitucionales, y para ejecutarlo deberán vincularse, incluso, actores que no aparezcan como autoridades reprochadas.

En cuanto al análisis de fondo, en la sentencia se inicia con la consideración del Convenio 169 de la OIT como parte del bloque de constitucionalidad, señalando además la indubitable justiciabilidad de la consulta a los pueblos indígenas, la que califica como derecho fundamental de carácter colectivo, citándose para reafirmar esa postura más de diez fallos en los que este ha sido reconocido.

Al reconocerse el derecho de consulta como parte del catálogo de derechos fundamentales se demanda al Estado la realización de las modificaciones estructurales que sean necesarias, en sus instituciones y legislación interna, para darle eficacia en el contexto nacional. De esta manera, debe consultarse a los pueblos interesados mediante procedimientos apropiados y a través de sus instituciones representativas, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarlos directamente, en especial antes de emprender o

autorizar programas de prospección o explotación de recursos naturales, o de encontrarse ya en ejecución, para disponer, si fuere el caso, medidas mitigadoras, resarcitorias, reparadoras o compensatorias que garanticen el modo de vida y las proyecciones futuras de las comunidades afectadas. Se determina que dos circunstancias habrán de concurrir para que sea necesaria la realización de la consulta: a) el encuadramiento de determinadas acciones o decisiones del poder público como medidas administrativas o legislativas; b) que pueda razonablemente preverse que el proyecto, operación o actividad cuya autorización se pide originará afectación directa a las poblaciones indígenas.

Dentro de los aspectos relevantes del fallo puede señalarse que, al no existir legislación interna que facilite la implementación de la consulta, se reitera el respeto que debe darse al contenido del Convenio 169 de la OIT; además, se establecen pautas básicas que deben seguir las diferentes autoridades estatales en concordancia con estándares internacionales. Otro aspecto importante es que se fija un término al Congreso de la República –un año– para que produzca el proceso legislativo en el que se apruebe la normativa legal referente al derecho de consulta, y se señala que ello se hace porque han transcurrido más de diez años desde que se realizó la primera exhortativa al Congreso para que legislara respecto del tema, sin que se superara la omisión. También se establece que las pautas previstas en ese fallo deberán implementarse no solo para este caso, sino para los restantes, relacionados con el derecho de consulta de poblaciones indígenas, mientras no exista ley en el ámbito nacional.

En este caso, el Tribunal decidió fijar un plazo de doce meses para la realización del proceso de consulta, lapso en el cual podrían proseguir las operaciones hidroeléctricas, debiendo realizar informes trimestrales del cumplimiento del fallo. Además, se estableció una serie de consecuencias, si ello no se realizara, por el incumplimiento de las partes; en caso de incumplimiento por parte de la empresa se ordenaría la cancelación de la licencia.

Existen diferentes aspectos por analizar en el presente caso, algunos muy relevantes, como el que se haya indicado un plazo al Congreso para que legislara, pero debe señalarse que no se previó una consecuencia si ello no ocurría, lo que ha acontecido a la fecha, en la que han transcurrido más de tres años y aún persiste la carencia de una ley interna que desarrolle el citado derecho. Dentro de los avances pueden mencionarse dos proyectos de ley presentados en el seno del organismo legislativo para que se discutiera el tema; sin embargo, en ninguno de ellos se consultó a las comunidades indígenas, por lo que con ellos no se cumpliría con los estándares internacionales al respecto. El proceso legislativo no ha avanzado, por lo que se continúa sin disposición legal interna que desarrolle el citado derecho.

Este fallo constituye el primero de muchos otros que han sido emitidos por la Corte de Constitucionalidad, en los que ha determinado que, ante la ausencia de una legislación interna, deben seguirse las pautas establecidas en la sentencia para la realización del proceso de consulta, como un mecanismo para efectivizar ese derecho ante la actitud omisiva persistente del organismo legislativo.

Se han emitido otros fallos –en casos de extracción minera– en los que, ante la omisión de la realización del proceso de consulta, se ha ordenado la realización de esta y mientras ello ocurre se ha decidido la suspensión de licencias. Ello ha sido cuestionado por el hecho de no aplicar igual criterio que en el primer caso, es decir, conferir un término para que prosiguieran las operaciones mientras se llevaba a cabo la consulta, pero la Corte ha justificado que ambos proyectos –Minera San Rafael²¹ y Minera Fénix²²– difieren por las graves consecuencias de la minería. Respecto a las mineras se han presentado diferentes denuncias, entre ellas, en el caso de Minera San Rafael, se denunció contaminación del recurso hídrico. Al resolverse se ordenó que se protegiera la calidad del agua en el área de influencia, la determinación del origen de la contaminación y el riesgo de desastres vinculados al funcionamiento de la actividad minera, así como la protección de sitios arqueológicos en la región donde se desarrollan estos proyectos. En este caso se suspendió en definitiva la licencia de exploración argumentándose, entre otros aspectos, la errónea calificación del proyecto, al no exigirse estudio de impacto ambiental; en cuanto a la licencia de explotación, se requirió la actualización del estudio de impacto ambiental para determinar el área de influencia y actualizar el plan de gestión ambiental. En referencia al hecho de no suspender la licencia de operaciones en los proyectos Oxec y sí hacerlo en los proyectos de extracción minera se han generado serios cuestionamientos al Tribunal.

En síntesis, el tema de la consulta a poblaciones indígenas frente a proyectos que las pueden afectar ha sido de alta complejidad en Guatemala, lo que evidencia la necesidad de que exista una ley que posibilite su realización, así como jurisprudencia claramente definida al respecto.

Proceso de elección de magistrados de salas de Corte de Apelaciones y de Corte Suprema de Justicia

En Guatemala, el sistema de justicia está diseñado de manera que cada cinco años deben ser electos la totalidad de magistrados de las salas de la Corte de

21 Corte de Constitucionalidad, Apelación de sentencia en amparo, Sentencia de 3 de septiembre de 2018, Expediente 4785-2017, *Gaceta jurisprudencial* 129.

22 Corte de Constitucionalidad, Apelación de sentencia en amparo, Sentencia de 18 de junio de 2020, Expediente 697-2019, *Gaceta jurisprudencial* 136.

Apelaciones y de la Corte Suprema de Justicia. Para ello, se integran “comisiones de postulación” –que están conformadas por un representante de los rectores de las universidades, decanos de las facultades de Derecho, un número equivalente de representantes de magistrados y de miembros del Colegio de Abogados– a efecto de elaborar nóminas con el doble de los candidatos por elegir, para que de ellas el Congreso de la República proceda a realizar la elección. En 2014, se denunciaron influencias indebidas y presiones a las que fueron sometidos los magistrados para poder ser reelectos. En esa ocasión, después de una suspensión provisional del proceso, se convalidó lo actuado y se finalizó la elección de magistrados con un poco más de un mes de atraso de la fecha en la que debieron ser designados.

La situación no fue muy diferente para el proceso de 2019, en el que inicialmente se formularon cuestionamientos a las comisiones de postulación reprochándoles vicios en la evaluación de los integrantes de la carrera judicial. Al superarse esta etapa y cuando las nóminas se encontraban en el Congreso de la República y este se hallaba próximo a realizar la elección, la fiscal general de la República y el jefe del Ministerio Público denunciaron la amenaza de que fueran electos postulados que no reunieran los requisitos exigidos por la Constitución Política de la República de Guatemala; lo anterior, porque se habían realizado investigaciones que evidenciaban cooptación por parte de determinados grupos, entre los que se encontraban funcionarios, políticos y candidatos que podrían ejercer influencias indebidas en el proceso.

La Corte de Constitucionalidad dictó sentencia el 6 de mayo de 2020²³ –Expediente 1169-2020–, y otorgó el amparo a la fiscal ordenando al Congreso de la República elegir a los profesionales que reunieran los requisitos consignados en la Constitución, determinando que los electos fueran las personas más capaces e idóneas para los cargos, sin utilizar criterios políticos o intereses particulares, sino evaluando objetivamente y de acuerdo con criterios meritocráticos. Asimismo, ordenó al Ministerio Público que presentara la información que poseía. La sentencia puntualizaba que, para garantizar la transparencia y publicidad, cada uno de los diputados debía proferir su voto de viva voz, expresando las razones por las cuales cada candidato cumplía o no los requisitos y analizando la información recibida. Se estableció que esa escogencia debía darse conforme un sistema de meritocracia, excluyéndose profesionales cuya idoneidad y honorabilidad se viera comprometida, derivada de los hechos notorios denunciados por la peticionante del amparo.

23 Corte de Constitucionalidad, Amparo en única instancia, Sentencia de 6 de mayo de 2020, Expediente 1169-2020, *Gaceta jurisprudencial* 136.

La emisión de esta sentencia generó una crisis institucional, pues derivado de ella se iniciaron acciones de antejuicio contra magistrados de la Corte de Constitucionalidad con el fin de procesarlos penalmente. De ahí surgieron nuevas acciones de amparo y también nuevos antejuicios contra los magistrados de dicha Corte.

Han transcurrido más de doce meses desde el momento en el que los magistrados de Corte de Apelaciones y de Corte Suprema de Justicia debieron ser electos y no se ha dado cumplimiento al fallo ni se concluye el procedimiento.

El Congreso de la República argumenta que el procedimiento establecido en la sentencia tornaría la elección demasiado prolongada, además alega que se ha intentado el cumplimiento, el cual no se ha hecho efectivo por diferentes factores, pero no se advierten acciones concretas dirigidas a lograr su ejecución.

La situación es realmente preocupante porque se ha dictado un fallo relacionado con la conformación del poder judicial en Guatemala, y no se ha dado cumplimiento a este. De existir situaciones calificadas que dificultaran el cumplimiento, los sujetos procesales pueden hacerlo saber al tribunal a efecto de que dicte las medidas que lo viabilicen. De igual manera, el Tribunal Constitucional está facultado para supervisar el cumplimiento de sus decisiones, dictando las medidas necesarias para que se ejecuten. Sin embargo, existe una situación en la que se han generado tensiones entre los poderes públicos y la ejecución se vislumbra bastante compleja.

Como señala Humberto Nogueira Alcalá:

La sentencia de un Tribunal Constitucional más que un acto procesal que pone término a un conflicto jurídico, como ocurre con las sentencias de los tribunales ordinarios de justicia, es además una decisión con trascendencia política, ya que realiza una labor de interpretación de valores y principios y una actividad integradora del derecho.²⁴

La situación de incertidumbre respecto de la culminación del proceso de elección de magistrados en Guatemala es preocupante. Existe una fuerte tensión institucional entre los diferentes poderes respecto del tema. La debida conformación del poder judicial es fundamental en un Estado de derecho, por lo que en el caso guatemalteco es indispensable que concluya su conformación con jueces independientes, seleccionados mediante un sistema transparente.

24 Nogueira Alcalá, Humberto, "Consideraciones sobre las sentencias de los tribunales constitucionales y sus efectos en América del Sur", *Ius et Praxis*, vol. 10, núm. 1, 2004, pp. 113-158.

REFLEXIONES FINALES

Si bien la Constitución guatemalteca reconoce en su artículo 46 la preeminencia del derecho internacional de los derechos humanos sobre el derecho interno, la interpretación de esa norma en sus primeros años de vigencia, así como de las funciones de la Corte de Constitucionalidad, fue reconocer rango constitucional a las disposiciones internacionales en materia de derechos humanos, pero sin posibilidad de modificar o reformar la Constitución. Además, se consideró que los tratados no podían ser parámetro de constitucionalidad. Esta postura se mantuvo por más de veinte años y fue cambiando paulatinamente, hasta que en 2011 se reconoció la existencia del bloque de constitucionalidad y, a partir de allí, la jurisprudencia aplicativa del control de convencionalidad.

Su utilización en los años siguientes ha permitido la aplicación directa de tratados internacionales, lo que ha provocado también la inaplicación de normativa interna contraria a ellos. Un caso de relevancia derivado del control de convencionalidad es la declaratoria de inconstitucionalidad de la pena de muerte en Guatemala para los delitos que la contenían en el Código Penal y la Ley contra la Narcoactividad, por contrariar la Convención Americana sobre Derechos Humanos o la jurisprudencia de la Corte IDH.

La utilización del control de convencionalidad ha provocado la ampliación del reconocimiento de derechos humanos, superando los establecidos en el ámbito nacional, y con ello la ampliación de ese catálogo interno. Puede mencionarse el desarrollo por vía jurisprudencial de los derechos al nombre, a un mínimo vital, al agua, el de consulta a pueblos indígenas, a la educación multicultural, entre otros.

En lo referente a derechos sociales, el derecho de consulta ha encontrado dificultades en cuanto a su implementación en el ámbito interno. Al respecto, puede señalarse que la Corte de Constitucionalidad exhortó al Congreso de la República por más de diez años para que emitiera la normativa interna que lo desarrollara, sin que se cumpliera con ello. En fecha más reciente se fijó el término de un año para que se emitiera la normativa; no obstante, a pesar de habersele fijado expresamente un periodo para que lo hiciera, sigue sin emitirse la disposición normativa que lo desarrolle lo que, en definitiva, coadyuvaría con el proceso de consulta.

Entre otros avances relevantes de los últimos diez años puede señalarse una apertura de la legitimación de diversos actores de la sociedad para la protección de intereses colectivos y difusos, y la emisión de sentencias atípicas, dentro de ellas fallos estructurales que involucran el actuar de diversos órganos gubernamentales.

En el ámbito procesal pueden mencionarse cambios encaminados a procurar un constitucionalismo dialógico, mediante acciones como la apertura del Alto Tribunal a la participación de la sociedad en los procesos constitucionales. Se han requerido auxilios provenientes de entidades académicas, instituciones especializadas o expertos en diversas materias, que la ilustran de mejor forma en temas complejos, que exigen un abordaje interdisciplinario. Finalmente, se han considerado aportes provenientes de *amicus curiae*.

RETOS Y DESAFÍOS

Si bien se ha avanzado en cuanto a los temas relacionados, existen relevantes desafíos y retos para la Corte de Constitucionalidad de Guatemala, tales como el contar con un procedimiento de supervisión de cumplimiento de sentencias, sobre todo de aquellas con efectos dirigidos hacia una colectividad y en las que deben participar distintas autoridades. Por otra parte, se observa la presentación de acciones constitucionales reiteradas, con denuncias que evidencian las mismas violaciones de derechos humanos, por lo que el Tribunal Constitucional deberá analizar temas en los que podría hacerse necesario emitir “sentencias estructurales”, tal es el caso de reclamos de medicamentos del seguro social.

En cuanto a los derechos humanos, la Corte aún no se pronuncia en forma directa sobre reclamos de identidad sexual o matrimonio igualitario, siendo estos algunos de los temas que deberán ser desarrollados por el Tribunal Constitucional.

Por último, en cuanto a aspectos institucionales, en Guatemala se hace urgente una reforma constitucional para fortalecer el sector justicia, en la cual son varios aspectos los que deben ser considerados, como que su renovación se haga en forma parcial, para que no se produzca una ruptura del sistema. Debe fortalecerse el mecanismo de elección de jueces y magistrados, de manera que se permita su designación con transparencia y mediante métodos en los que se valore la meritocracia, se consolide el sistema de la carrera judicial con la evaluación constante y se garantice la independencia judicial.

BIBLIOGRAFÍA

- GARCÍA LAGUARDIA, Jorge Mario, *Política y Constitución en Guatemala. La Constitución de 1985*, Guatemala, Procurador de los Derechos Humanos, 1995, p. 50.
- MALDONADO AGUIRRE, Alejandro, “Guatemala: recepción del Derecho Internacional de los Derechos Humanos”, en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, Buenos Aires, Konrad Adenauer Stiftung, 2001, pp. 245-246.

NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto, “Consideraciones sobre las sentencias de los tribunales constitucionales y sus efectos en América del Sur”, *Ius et Praxis*, vol. 10, núm. 1, 2004, pp. 113-158.

OFICINA DEL ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS DERECHOS HUMANOS, Informe de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos sobre la situación de derechos humanos en Guatemala, 2019. <https://www.oacnudh.org.gt/index.php/informes/informe-anual>

PROCURADOR DE LOS DERECHOS HUMANOS, *Informe anual y circunstanciado de actividades y situación de los Derechos Humanos*, 2019, Guatemala, 2020, pp. 276-277.

Jurisprudencia

CORTE DE CONSTITUCIONALIDAD DE GUATEMALA, Inconstitucionalidad de Ley de Carácter General Parcial, Sentencia de 11 de febrero de 2016, Expediente 1097-2015, *Gaceta jurisprudencial* 119.

CORTE DE CONSTITUCIONALIDAD DE GUATEMALA, Inconstitucionalidad de Ley de Carácter General, Expediente 5986-2016, Sentencia de 24 de octubre de 2017, *Gaceta jurisprudencial* 126.

CORTE DE CONSTITUCIONALIDAD, Amparo en única instancia, Sentencia de 16 de junio de 2015, expedientes acumulados 5909-2013, 5985-2013, 48-2014 y 439-2014, *Gaceta jurisprudencial* 116.

CORTE DE CONSTITUCIONALIDAD, Amparo en única instancia, Sentencia de 21 de octubre de 2015, Expediente 5290-2014, *Gaceta jurisprudencial* 118.

CORTE DE CONSTITUCIONALIDAD, Amparo en única instancia, Sentencia de 24 de octubre de 2017, Expediente 6276-2016, *Gaceta jurisprudencial* 126.

CORTE DE CONSTITUCIONALIDAD, Amparo en única instancia, Sentencia de 6 de mayo de 2020, Expediente 1169-2020, *Gaceta jurisprudencial* 136.

CORTE DE CONSTITUCIONALIDAD, Apelación de sentencia de amparo, Sentencia de 8 de septiembre de 1998, Expediente 1042-97, *Gaceta jurisprudencial* 49.

CORTE DE CONSTITUCIONALIDAD, Apelación de sentencia de amparo, Sentencia de 23 de agosto de 2011, Expediente 2151-2011, *Gaceta jurisprudencial* 111.

CORTE DE CONSTITUCIONALIDAD, Apelación de sentencia en amparo, Sentencia de 19 de octubre de 1990, Expediente 280-90, *Gaceta jurisprudencial* 18.

CORTE DE CONSTITUCIONALIDAD, Apelación de sentencia en amparo, Sentencia de 21 de diciembre de 2009, Expediente 3878-2007, *Gaceta jurisprudencial* 94.

CORTE DE CONSTITUCIONALIDAD, Apelación de sentencia en amparo, Sentencia de 26 de mayo de 2017, expedientes acumulados 90-2017, 91-2017 y 92-2017, *Gaceta jurisprudencial* 124.

- CORTE DE CONSTITUCIONALIDAD, Apelación de sentencia en amparo, Sentencia de 3 de septiembre de 2018, Expediente 4785-2017, *Gaceta jurisprudencial* 129.
- CORTE DE CONSTITUCIONALIDAD, Apelación de sentencia en amparo, Sentencia de 18 de junio de 2020, Expediente 697-2019, *Gaceta jurisprudencial* 136.
- CORTE DE CONSTITUCIONALIDAD, Inconstitucionalidad en caso concreto, Sentencia de 7 de julio de 2009, Expediente 929-2008, *Gaceta jurisprudencial* 93.
- CORTE DE CONSTITUCIONALIDAD, Inconstitucionalidad general parcial, Sentencia de 26 de marzo de 1996, Expediente 334-95, *Gaceta jurisprudencial* 39.
- CORTE DE CONSTITUCIONALIDAD, Inconstitucionalidad general parcial, Sentencia de 12 de marzo de 1997, Expediente 131-95, *Gaceta jurisprudencial* 43.
- CORTE DE CONSTITUCIONALIDAD, Inconstitucionalidad general parcial por omisión, Sentencia de 17 de julio de 2012, Expediente 1822-2011, *Gaceta jurisprudencial* 105.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, “Caso Fermín Ramírez vs. Guatemala”, Sentencia de 20 de junio de 2005, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, núm. xx.

A DIEZ AÑOS DE LA REFORMA MEXICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS: UNA PROPUESTA DE CUATRO FASES JURISPRUDENCIALES

Alfonso Herrera García*

INTRODUCCIÓN. LA JURISPRUDENCIA EN FASES

El 10 de junio de 2011 se publicó la conocida reforma constitucional mexicana al régimen de los derechos humanos. La reforma tuvo un impacto transversal en diversas partes de la Constitución. Se modificaron principios y reglas básicas para la comprensión dogmática, la aplicación y la interpretación de las normas de derechos. Además, implicó la ampliación explícita del parámetro de los derechos hacia el orden internacional en los procesos constitucionales, así como modificaciones directas para el entendimiento general de las competencias de todas las autoridades. A ese objetivo contribuyó su reforma constitucional hermana: la del juicio de amparo del 6 de junio del mismo año.

No es este el espacio para explicar de nueva cuenta los pormenores de la reforma que, desde un primer momento, ha sido objeto de múltiples y extensos análisis en la doctrina mexicana. Pero sí interesa destacar que dicha reforma llegaba tan solo unos años y aun meses después de que México recibiera sus primeras sentencias condenatorias por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH). Se trata de los casos “Castañeda” (2008), “González y otras ‘Campo Algodonero’” (2009), “Radilla Pacheco” (2009), “Fernández Ortega y otros” (2010), “Rosendo Cantú y otra” (2010) y “Cabrera García y Montiel Flores” (2010). Desde este punto de vista, no podría dudarse demasiado al afirmar que este factor formó parte de los incentivos para la concreción política de la reforma.

El propósito de este ensayo es identificar algunos elementos para caracterizar las fases jurisprudenciales por las que ha transitado la reforma a la justicia

* Integrante por México del Grupo de Estudios en Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales del Programa Estado de Derecho para Latinoamérica de la Fundación Konrad Adenauer; investigador nacional nivel I del Consejo Nacional de Ciencia y Tecnología; jefe de la Unidad Académica de la Escuela Judicial Electoral (México). jaherrerag@yahoo.com.mx

constitucional. En este ejercicio, el objeto de identificación serán casos paradigmáticos de la Suprema Corte de Justicia de la Nación a lo largo de una década (2011-2021). Especialmente, me concentro en la jurisdicción del Tribunal Pleno, esto es, el trabajo realizado en sesiones de los once ministros y ministras de la Corte.

Esta aclaración se debe a que la Corte opera en pleno y también desagregada en dos salas, ambas con criterios y líneas propias de jurisprudencia. Por acuerdo general de la Corte, la Primera Sala se ocupa de las materias civil y penal, mientras que la Segunda Sala se ocupa de la administrativa y del trabajo.¹ Las contradicciones de criterios entre ellas son posibles en temas que son de inevitable materia común (por ejemplo, debido proceso). Las reglas procesales constitucionales resuelven este escenario con un mecanismo de contradicción de tesis, justamente competencia del Pleno.

Tómese en cuenta que esta clasificación por especialidades de las salas es herencia de la compleja evolución del juicio de amparo mexicano. Según ese devenir histórico es posible hablar de un juicio de amparo de “legalidad” (competencia de Tribunales Colegiados de Circuito) y un juicio de amparo de “constitucionalidad” o de “estricta constitucionalidad”, como lo expresa la Constitución al referirse al recurso de revisión que puede interponerse en el juicio ante la Corte. En mi opinión, esta distinción debe ser hasta cierto punto motivo de nuevas reflexiones, especial y precisamente a la luz de la reforma de derechos humanos que ahora nos interesa: desde entonces hay un fundamento claro para el control difuso y, en ese sentido, ningún juicio de amparo podría considerarse ajeno a cuestiones propiamente constitucionales.²

La jurisprudencia del Pleno (tanto la producida mediante revisión de amparo como la generada por conflictos de competencias y control abstracto de normas) es obligatoria para ambas salas. En este sentido, el propósito de categorizar fases jurisprudenciales en la jurisdicción plenaria tiene un impacto inmediato en la manera de ejercer la justicia constitucional en ambas salas, así como en todos los tribunales federales y estatales del país, al encontrarse ellos también vinculados por esa jurisprudencia.

1 Cfr. Acuerdo General 5/2013 del Tribunal Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (disposición primera), publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 21 de mayo de 2013. <https://www.dof.gob.mx/>

2 Para un desarrollo más amplio de argumentos en esta temática, véase Eduardo Ferrer Mac-Gregor y Alfonso Herrera García (coords.), “El control difuso de regularidad de las leyes en el juicio de amparo directo: complejidades conceptuales y frente al sistema interamericano de derechos humanos”, en *El juicio de amparo en el centenario de la Constitución mexicana de 1917. Pasado, presente y futuro*, México, UNAM / Instituto de Investigaciones Jurídicas, t. II, 2017, pp. 299-316.

A mi juicio, es posible reconocer al menos cuatro fases de la jurisprudencia que incide en la sistemática de los derechos humanos durante la década 2011-2021: a) una de transición hacia la reforma de derechos; b) otra de ampliación protectora de los derechos; c) una más de reducción interpretativa a la oferta constitucional de los derechos; y d) la actual: normalización creciente de aproximaciones no formalistas e internacionalistas de los derechos.

Caracterizaré cada fase con casos de los que se extrae su identidad, en función del efecto relevante que provocaron en la accidentada ruta del sistema de derechos. Como trasfondo de esa caracterización puede ser relevante destacar que tuve la oportunidad de participar en proyectos de resolución o de dictamen de algunos de estos casos en mi condición de secretario de estudio y cuenta (letrado) en la Suprema Corte de Justicia, en la etapa que va de 2010 a 2013.

Ello seguramente influyó en el proceso de selección de los casos que destaco en las primeras dos fases. Desde 2014, mi observación de la jurisprudencia ha sido externa, sin embargo, he dado seguimiento de esa evolución en una lógica anual.³ De ese ejercicio, realizado desde hace un par de lustros, abrevia la clasificación que se propone.

El periodo de tiempo que es objeto de observación en este ensayo prácticamente coincide con el tiempo en que ha venido trabajando el Grupo de Estudios de Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales del Programa Estado de Derecho para Latinoamérica de la Fundación Konrad Adenauer. Una coincidencia que, por supuesto, es digna de destacarse.

FASE DE TRANSICIÓN HACIA LA REFORMA DE LOS DERECHOS

En el papel, las reglas jurídicas que dan fundamento a las reformas constitucionales mexicanas se caracterizan por un mecanismo complejo. Sin embargo, como es muy conocido, en la práctica ese mecanismo tiene un marcado dinamismo y, por tanto, ha provocado una flexibilidad extraordinaria de cambio constitucional.⁴

3 Véanse los reportes de jurisprudencia constitucional de la Suprema Corte de Justicia de México publicados en el *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, núms. 14 a 20, 22, 23 (2) y 24 (2); 2010 a 2016, y 2018 a 2020, respectivamente.

4 El artículo 135 constitucional tiene la siguiente redacción en su primer párrafo: “La presente Constitución puede ser adicionada o reformada. Para que las adiciones o reformas lleguen a ser parte de la misma se requiere que el Congreso de la Unión, por el voto de las dos terceras partes de los individuos presentes, acuerden las reformas o adiciones, y que estas sean aprobadas por la mayoría de las legislaturas de los Estados y de la Ciudad de México”. Es un precepto que no ha sufrido, él mismo, reformas sustantivas desde su redacción

Cada vez que se emprende el procedimiento de reforma a la Constitución se genera en los tribunales una expectación por nuevas porciones normativas del máximo orden jurídico. El constitucionalismo mexicano se caracteriza por una inestabilidad textual permanente si consideramos las más de 700 reformas que ha sufrido a lo largo de 100 años. Ese fenómeno no ha cambiado en la época de la transición democrática (desde finales de los años setenta), ni en la que puede identificarse como de pluralidad política (desde finales de los años noventa).

Tan solo en los últimos dos años, a partir de la entrada en funciones del gobierno federal en turno (el cual ha sido el principal órgano promotor de propuestas de reforma constitucional) se han verificado 13 paquetes de reformas (en razón del número de decretos de reforma). De esta manera, la Constitución mexicana es una suma de porciones jurídicas que se van superponiendo a lo largo de distintos momentos históricos y políticos. Con frecuencia, en esos procesos no se cumple un ideal ensamblaje técnico con el orden previamente establecido.

En lo que a la función de los tribunales concierne, la expectativa por la sucesiva y frecuente entrada en vigor de segmentos normativos reformados afecta también la estabilidad de la aplicación del derecho. Especialmente en los últimos años, en los que se ha reforzado la concepción de la Constitución como genuina norma jurídica.

Una vez que es un hecho público y notorio que una reforma constitucional se encuentra en proceso, como no puede ser de otra manera, los tribunales siguen rigiéndose conforme al derecho vigente en el momento de juzgar los hechos sometidos a su conocimiento, esto es, conforme al derecho no reformado. Ello, por supuesto, aunque sea inminente que algún segmento de las normas constitucionales relevantes será modificado. Podríamos considerar como inminentes, por ejemplo, las reformas que ya han sido aprobadas por ambas cámaras legislativas federales y cuyo procedimiento se encuentra bajo la aprobación de los congresos de las entidades federativas.

De conformidad con el artículo 135, la reforma se concreta con la aprobación de la mitad de los congresos locales, más uno (17 de 32, como mínimo). En toda la historia de las reformas constitucionales el principio político que caracteriza a este procedimiento es el de deferencia de las cámaras locales a los cambios aprobados por las cámaras federales. Esto ha sido así incluso cuando ha habido importantes grados de pluralismo parlamentario en la composición de los congresos.

original en la Constitución de 1917. Aunque sí se modificó en una ocasión solo para un aspecto formal por decreto del 29 de enero de 2016, en el cual se sustituyó la denominación de “Distrito Federal” por la de “Ciudad de México”.

Parte del escenario descrito con anterioridad tuvo lugar con la reforma constitucional de los derechos humanos.⁵ La reforma fue inicialmente dictaminada por la Cámara de Diputados (cámara de origen) el 23 de abril de 2009, y culminó con su promulgación y publicación en el *Diario Oficial de la Federación* el 10 de junio de 2011.⁶ En ese tiempo se vivió una expectación fundada debido a la proximidad de nuevos contenidos y principios de los derechos. Fue el caso del principio *pro persona* o el mandato de interpretación conforme a tratados internacionales (ambos hoy establecidos expresamente en el artículo 1º constitucional).

Como no podía ser de otro modo, dentro de la Suprema Corte se fue conociendo el trayecto imparable de la reforma. La expectativa por su entrada en vigor fue aumentando en intensidad conforme fueron concretándose las etapas del procedimiento constitucional. En ese periodo de tiempo, la Corte no pudo dejar de ser sensible al contexto de cambio de un ordenamiento que debía hacer efectivo todos los días, máxime cuando incidía en el corazón de sus competencias, como es la tutela judicial de los derechos constitucionales en última y definitiva instancia en el sistema jurídico.

Dos casos demuestran esa sensibilidad judicial a la hora de resolver, en meses previos a la aprobación y entrada en vigor de la reforma de derechos humanos: la acción de inconstitucionalidad 22/2009 y la contradicción de tesis 6/2008.

En la acción 22/2009, el Pleno llegó a dos conclusiones inéditas en el sistema constitucional. Estableció que, en un ejercicio de control abstracto de leyes, la Comisión Nacional de los Derechos Humanos (CNDH), en su demanda, podía invocar tratados internacionales como parámetro de regularidad de las leyes. Esta decisión no era obvia, porque la Constitución era muy clara en el sentido de que la incompatibilidad de normas que implica el análisis de acciones de inconstitucionalidad involucra a la Constitución como parámetro expreso (no a los tratados) y a las normas de carácter general como objeto del control.

La posibilidad de invocar tratados para la CNDH se extrajo de una expresión indeterminada y externa al artículo 105, fracción II (base constitucional de las acciones): el artículo 102, apartado B, de la Constitución. Así, la disposición que consagra a organismos de “protección de los derechos humanos que ampara el

5 Cabe mencionar que antes de 2011, a lo largo de más de 90 años, se verificaron reformas que incidieron sobre derechos humanos específicos (entonces denominados “garantías individuales”). Para un desarrollo de esa evolución normativa, véase Héctor Fix Fierro y Jacqueline Martínez Uriarte, *Derechos humanos. Cien años de evolución de los derechos en la Constitución mexicana*, México, Fondo de Cultura Económica, 2018, pp. 92-161.

6 Para un análisis completo de ese procedimiento de reforma constitucional véase, por todos, Sergio García Ramírez y Julieta Morales Sánchez, *Constitución y derechos humanos. La reforma constitucional sobre derechos humanos*, 5ª edición, México, Porrúa / UNAM, 2019.

orden jurídico mexicano” se consideró como fundamento para la operatividad de instrumentos internacionales en este proceso constitucional.

La sesión en la que se resolvió el caso se celebró el 4 de marzo de 2010. El Pleno era consciente de que, para ese momento, un proyecto muy ambicioso de reforma constitucional en materia de derechos humanos estaba debatiéndose por los órganos constitucionalmente facultados para ello.

El segundo caso que debe destacarse como identitario de esta primera fase es la contradicción de tesis 6/2008. En este asunto, el Pleno resolvía una contraposición de criterios entre la Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación y la Primera Sala de la propia Suprema Corte. Este asunto se resolvió en un momento muy próximo al día en que se publicaría la reforma de derechos: el 26 de mayo de 2011 (solo dos semanas antes de la reforma).

Del conjunto de importantes decisiones que emergieron de esa contradicción destaco el criterio de fondo y uno de sus discutibles argumentos de base. El criterio que prevaleció fue el que proponía la Sala Superior del Tribunal Electoral: reconocer que una persona que está vinculada a proceso penal y que se encuentra en libertad caucional tiene derecho al voto activo en elecciones populares puesto que también goza del simultáneo derecho a la presunción de inocencia.

En la sentencia se estableció que este era un criterio *pro persona* y que por ello era preferible frente al contrario. Este otro postulaba la inflexibilidad de la restricción constitucional en el sentido de que cuando una persona está sujeta a un proceso penal por delito que merezca pena corporal tendrá suspendidos sus derechos ciudadanos desde el momento en que se emite un auto de formal prisión (art. 38, fracc. II). Este criterio se había sostenido por la Corte sin admitir matización alguna en la restricción, al cual incluso le era indiferente la condición jurídica que tuviera el procesado o la etapa del proceso penal en la que este se encontrara.

Al aplicar el criterio *pro persona*, la sentencia invoca un principio que aún no estaba constitucionalizado (que, por tanto, no estaba todavía vigente), pero que era un hecho notorio que formaba parte del propuesto y renovado texto del artículo 1º constitucional, en ese momento en una etapa de máxima inminencia en su entrada en vigor. Así se constataría unos días después cuando se publicara la reforma. El argumento utilizado fue que ese principio, incorporado en una reforma en curso, orientaba la selección del criterio que debía imperar en este caso. Como era de esperarse, este argumento concreto fue motivo de votos discrepantes por algunos integrantes del Pleno.

FASE DE AMPLIACIÓN PROTECTORA DE LOS DERECHOS

La reforma de 2011 prácticamente llegó con un suplemento interpretativo inicial a cargo de la Suprema Corte con la resolución del célebre expediente varios 912/2010 (recepción del caso “Radilla”). Este es uno de los más conocidos casos de la Corte y, ciertamente, también es uno de sus más relevantes en toda la década. Es un caso tan estudiado en la doctrina nacional y comparada que apenas cabe resaltar una vez más las razones de su importancia.

Para los efectos de este ensayo, cabe destacar que la recepción del caso “Radilla” significó el inicio de una fase corta pero trascendental en términos de los puntos de quiebre que significó para el modelo mexicano de justicia constitucional: la fase de ampliación protectora de los derechos humanos. Se trata de una ampliación en un triple sentido: hacia el control difuso de normas que inciden en los derechos; hacia el derecho internacional de los derechos humanos; y hacia las sentencias de la Corte IDH en casos en los que el Estado mexicano ha sido parte.

Esas determinaciones marcaron un viraje en la ruta del sistema de derechos humanos: interrumpieron una jurisprudencia que por varias décadas prohibió el control difuso en los tribunales no pertenecientes a la justicia de amparo; determinó que los tratados y la jurisprudencia interamericana son parámetro conjunto en todo control de constitucionalidad y convencionalidad; y concluyó que las sentencias condenatorias de la Corte IDH en contra del Estado mexicano son obligatorias “en sus términos”.⁷

El segundo caso que simboliza esta etapa de la jurisdicción constitucional es la acción de inconstitucionalidad 155/2007, resuelta el 7 de febrero de 2012. Esta acción alcanzó un cénit para las indeterminadas posibilidades interpretativas que abría la reforma. Consistió en un proceso de control abstracto en el que se determinó que una norma del Estado de Yucatán era conforme con la Constitución federal pero disconforme con un tratado: el Convenio 29 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT).

La cuestión subyacente fundamental que se planteó en el Pleno resultaba ineludible: ¿qué hacer cuando en el contenido del parámetro de constitucionalidad existe una “antinomía interna”, esto es, cuando emerge una contradicción dentro de los elementos que componen ese parámetro? Si, de acuerdo con el artículo 1º constitucional, los derechos constitucionales y los internacionales

7 Para una explicación más amplia de esos criterios, véase Alfonso Herrera García, *La interpretación de los derechos humanos y sus garantías por la Suprema Corte de Justicia. Una aproximación jurisprudencial*, México, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 2015, pp. 34-51.

tienen igual jerarquía normativa, ¿cómo resolver el supuesto en el que, dentro de ese bloque, el mismo derecho está más restringido en la Constitución que en un tratado internacional?

En esa acción de inconstitucionalidad se decidió a favor de la aplicación preferente del tratado. Con ello, se admitió que una restricción constitucional podía inaplicarse cuando, frente a un mismo derecho reconocido en el orden internacional, el tratado configuraba una restricción que daba mayor oportunidad al ejercicio del derecho. En este caso, se trataba del derecho a no ser sujeto a una sanción por trabajos no voluntarios o, como se decía en el tratado, “trabajos forzados”. Para el Pleno, en esa categoría se encontraban los trabajos a favor de la comunidad, no voluntarios y no remunerados.

La panorámica que ofrecía esa acción para casos subsecuentes resultaba ciertamente desconcertante: la misma Constitución permitía su propia inaplicación y, al mismo tiempo, favorecía la aplicabilidad de tratados en detrimento de la efectividad de su propio contenido: a) ella misma consagraba la igualdad normativa entre las fuentes (art. 1º, párr. 1), b) la antigua supremacía constitucional pasaba a configurar un nuevo concepto: una suerte de primacía constitucional móvil; y c) se entendió que la Constitución se respeta cuando el mayor beneficio para las personas, que ella misma ordena de modo expreso, se satisface con la aplicación de un tratado; fuente normativa que la propia Constitución enarbola como parámetro de regularidad y no solo como parámetro interpretativo para la aplicación de derechos humanos (art. 1º, párr. 2).⁸

La prospectiva generada por ese inusitado panorama de la sistemática constitucional de los derechos concluyó relativamente rápido, con la llegada de la sentencia a la contradicción de tesis 293/2011.

FASE DE REDUCCIÓN INTERPRETATIVA DE LA OFERTA CONSTITUCIONAL DE LOS DERECHOS

La contradicción de tesis 293/2011 produjo dos condiciones muy claras para el sistema de derechos humanos: es inaugural y, a la vez, definitiva de una etapa de rebaja de las expectativas de los alcances posibles de su interpretación constitucional. Este caso cerró las posibilidades abiertas, ciertamente controvertidas, de la fase anterior.

8 La sentencia de la acción de inconstitucionalidad 155/2007 se publicó en el *Diario Oficial de la Federación* el 30 de octubre de 2012.

Una nueva reflexión llevó a retomar un postulado del constitucionalismo clásico. La decisión toral de la contradicción puede describirse en estos términos: las restricciones constitucionales explícitas de los derechos humanos no pueden inaplicarse cuando colisionan con las normas internacionales. Esta conclusión es trascendental en el sistema por una razón esencial: antes de la reforma de 2011 existían en la Constitución restricciones incompatibles con el derecho internacional de los derechos humanos. Aún más, después de la reforma se han incorporado otras reformas con restricciones expresas al ejercicio de determinados derechos.

Las antinomias posibles no pueden resolverse a favor de los tratados porque la nueva lectura del artículo 1º –según la Corte– era dar cabida sistémica a una disposición que había pasado inadvertida: los tratados contienen derechos del máximo rango en el ordenamiento mexicano (en el sentido de que no tienen jerarquía alguna frente a los establecidos en la Constitución), siempre y cuando se respeten las “condiciones que la propia Constitución establece” (enunciado del propio artículo 1º).

Esta conclusión no tendría ninguna novedad en una teoría constitucional estándar de un sistema de fuentes. Sin embargo, no era una decisión obvia en el arranque interpretativo de la reforma. Tampoco era autoevidente a partir de la ambición normativa del nuevo artículo 1º constitucional. Al menos no era la única interpretación posible a partir de su nueva redacción.

La mejor demostración de que cabía una interpretación que no cerraba definitivamente la puerta a la excepción internacionalista en situaciones antinómicas (la aplicación preferente de los tratados) fue justo la argumentación de la acción 155/2007. La contradicción de tesis 293/2011 superó ese criterio (aunque no de manera explícita, como en buena técnica correspondía), y construyó otro.

Otra posibilidad era una interpretación según la cual los tratados no perderían nunca su condición de parámetro de los derechos siempre fundiéndose con su condición de referente interpretativo de la propia Constitución. Es decir, que las antinomias entre las máximas fuentes de derechos se resolvieran en el sentido de que las restricciones explícitas debían interpretarse de conformidad con tratados internacionales.

Así, el fundamento de una aplicación preferente de los tratados no tenía que considerar la posición superior de estos (como lo hacía la acción 155/2007). La aplicación preferente de los tratados podía conceptuarse a partir del mandato de interpretación conforme de las normas constitucionales restrictivas hacia los tratados internacionales. Esta construcción no es del todo equivalente con el irrestricto esquema de la contradicción 293. Hay otros esquemas posibles para dar sentido a esta sentencia, como el planteado por Francisca Pou: un modelo dialógico de la justicia constitucional con actores políticos relevantes del sistema

jurídico en torno a la eficacia de una Constitución que no está dispuesta a conceder sus restricciones.⁹

La contradicción 293/2011 contiene una segunda decisión: las sentencias interamericanas derivadas de casos en los que México no fue parte son vinculantes cuando implican un mayor beneficio para las personas, se entiende, en términos del ejercicio más protector para sus derechos humanos.

Aquí cabe otra precisión: no es que el Estado mexicano pueda sentirse vinculado solo en ese supuesto. La jurisprudencia interamericana es vinculante en todo caso, solo que en el ejercicio interpretativo puede suceder que el efecto vinculatorio de su argumentación no implique una mayor protección. La propia jurisprudencia interamericana ha admitido que sus contenidos constituyen pisos mínimos de protección. En este caso, la vinculatoriedad no se traduce en la selección del criterio supranacional, sino en el criterio interno que le supera.

En todo caso, como se mencionó en la entrega anual anterior,¹⁰ la contradicción de tesis 293 marcó una reducción de la oferta constitucional de los derechos porque preparó un esquema de condicionamiento a la eficacia de los tratados de derechos humanos y de su interpretación.

Es cierto que, en algún sentido, se trata de un esquema excepcional. Las restricciones a los derechos incompatibles con el derecho internacional (que las hay) no son especialmente prolíficas en la Constitución.¹¹ Pero se trata de un régimen de excepción muy importante porque ese conjunto de puntuales restricciones, por definición, puede contradecir normas mínimas de protección imperantes en una comunidad internacional o interamericana de las que México forma parte, ante las cuales se comprometió a proteger esos derechos internacionales y a sancionar sus violaciones.

Esta etapa de regresión se lleva a un extremo con la resolución del expediente varios 1396/2011 en la sesión del 11 de mayo de 2015. Esta decisión significó otro peldaño de retroceso interpretativo para el marco jurisprudencial de los

9 Cfr. Francisca Pou, “Lo que quisiera que la Corte hiciera por mí: lealtad constitucional y justicia dialógica en la aplicación de la CT 293/2011”, en José Luis Caballero Ochoa y Rubén Sánchez Gil (coords.), *Derechos constitucionales e internacionales. Perspectivas, retos y debates*, México, Tirant Lo Blanch, 2018, pp. 597-626.

10 Al respecto, véase mi ensayo: “Sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en contra del Estado mexicano. El papel de la Suprema Corte en la búsqueda de su cumplimiento”, en Víctor Bazán y Marie-Christine Fuchs (eds.), *Ejecución, nivel de cumplimiento e implementación de sentencias de tribunales constitucionales y cortes supremas en la región*, Berlín-Bogotá, Tirant Lo Blanch / Konrad Adenauer Stiftung, 2020, pp. 209-210.

11 Cfr. Alejandra Medina Mora, Pedro Salazar Ugarte y Daniel Vázquez, *Derechos humanos y restricciones. Los dilemas de la justicia*, México, Porrúa / UNAM, 2015, pp. 59-95.

derechos; en esta ocasión, mediante la introducción de condiciones para la recepción de sentencias interamericanas. A esta conclusión nos lleva el establecimiento por la Corte de “directrices” para concretar las obligaciones que debe cumplir el Poder Judicial de la Federación cuando sean impuestas por dichas sentencias supranacionales. Esas directrices derivaron de la recepción de las sentencias condenatorias en los casos *Fernández Ortega y otros*, y *Rosendo Cantú y otra vs. México* (ambas del 15 de mayo de 2011).

Se diseñó así un esquema de recepción con dos niveles de análisis. El primero reitera que señalar el incumplimiento de obligaciones contraídas por el Estado mexicano es una competencia exclusiva de la Corte IDH. Se insistió en que no corresponde a la Suprema Corte mexicana analizar, revisar, calificar o decidir si una sentencia de esa Corte supranacional es “correcta o no”. Este criterio es un precedente establecido desde la resolución del expediente 912/2010.

Sin embargo, el segundo nivel de análisis resulta novedoso e inquietante: consiste en la concreción de las obligaciones que debe cumplir el Poder Judicial de la Federación. La fundamentación de este análisis descansa en la “supremacía de la Constitución”, en términos de su artículo 133.¹² Una suerte de retorno al principio.

En esta cuestión –sostiene la Corte– deben analizarse los siguientes elementos: a) los “débitos” que expresamente se desprenden de las sentencias interamericanas para el Poder Judicial federal como parte del Estado mexicano; y b) la “correspondencia” que debe existir entre los derechos humanos que estimó vulnerados la Corte IDH, con los reconocidos por la Constitución o los tratados internacionales y que, por tanto, se comprometió a respetar. En ese análisis de “correspondencia” debe tomarse en cuenta que “si alguno de los deberes del fallo implica desconocer una restricción constitucional, esta deberá prevalecer”.¹³

12 El artículo 133 constitucional tiene la siguiente redacción: “Esta Constitución, las leyes del Congreso de la Unión que emanen de ella y todos los tratados que estén de acuerdo con la misma, celebrados y que se celebren por el presidente de la República, con aprobación del Senado, serán la Ley Suprema de toda la Unión. Los jueces de cada entidad federativa se arreglarán a dicha Constitución, leyes y tratados, a pesar de las disposiciones en contrario que pueda haber en las Constituciones o leyes de las entidades federativas”. Véase el comentario que de este precepto realiza Roberto Lara Chagoyán, “Artículo 133 (supremacía constitucional)”, en *El constitucionalismo mexicano en transformación: avances y retrocesos*, Querétaro, Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro / Instituto Tecnológico y de Estudios Superiores de Monterrey, 2020, pp. 261-268.

13 Ese razonamiento se incorporó a la tesis de pleno P. XVI/2015 (10ª.), de rubro: “Sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Directrices para establecer y concretar las obligaciones que debe cumplir el Poder Judicial de la Federación tratándose de restricciones constitucionales”; Décima época, Pleno, *Gaceta del Semanario Judicial de la*

No hace falta un análisis profundo para concluir que ese criterio constituye una notoria cortapisa a la recepción de condenas interamericanas; si bien en el caso del que derivaron esas directrices (expediente 1396/2011) no se producía la referida “falta de correspondencia”. Se trata de uno de esos casos en los que la creación jurisprudencial era inoportuna por no tener relevancia alguna para el caso concreto del que emanaba.

Por el contrario, la resolución relacionada con las sentencias condenatorias en los casos Fernández Ortega y otros, y Rosendo Cantú y otra vs. México reunió criterios relevantes sobre violencia sexual como tortura, acceso a la tutela judicial de personas indígenas y perspectiva de género. Como consecuencia de las sentencias interamericanas se habían ordenado un conjunto de medidas administrativas de obligatorio cumplimiento para el Poder Judicial federal. En realidad, eran dos casos de recepción de condenas interamericanas “en sus términos”.¹⁴

FASE DE NORMALIZACIÓN CRECIENTE DE APROXIMACIONES NO FORMALISTAS E INTERNACIONALISTAS DE LOS DERECHOS

Las condiciones de aplicación establecidas en la fase anterior, pese a afectar la comprensión sistémica de los derechos, no han impedido la introducción y la práctica (y aun la normalización, aunque no todavía la generalización) de metodologías asequibles a estos en la jurisprudencia de la Corte. Tampoco han impedido la introducción de estándares del derecho internacional de los derechos humanos en la adjudicación de derechos constitucionales. Dentro de esta lógica, por supuesto, las restricciones constitucionales mantienen una condición relevante: han pervivido en ese proceso de estabilización del bloque de derechos.

En los criterios del Pleno también han jugado un natural e importante papel los generados por las salas. En no pocas ocasiones, la jurisprudencia de una sala ha sido retomada por el Pleno para dar contenido definitivo a normas de derechos. Me referiré a un par de casos relevantes en este sentido.

El primero es el del derecho al matrimonio igualitario. En 2016, al resolver la acción de inconstitucionalidad 28/2015, el Pleno declaró por unanimidad la

Federación, Libro 22, septiembre de 2015, t. I, p. 237. La resolución del expediente varios 1396/2011, del que emanó esta tesis, se publicó en el *Diario Oficial de la Federación* el 14 de agosto de 2015. Ponente: Alberto Pérez Dayán.

14 Resulta destacable que el criterio bajo análisis fue adoptado por una votación de 6 votos contra 5. Por tanto, desde un punto de vista técnico, no generó obligatoriedad en el orden jurídico mexicano. Sin embargo, es un criterio que tampoco ha sido expresamente superado y que, por tanto, pervive como criterio mayoritario vigente de la Suprema Corte.

inconstitucionalidad del artículo 260 del Código Civil del Estado de Jalisco por excluir implícitamente el matrimonio entre personas del mismo sexo bajo consideraciones similares a las que previamente había construido la jurisprudencia de la Primera Sala. Dicho precepto circunscribía el matrimonio a “el hombre y la mujer”. Esta porción normativa se consideró contraria al derecho al libre desarrollo de la personalidad, a la autodeterminación personal y al principio de igualdad, al constituir un trato diferenciado a las parejas homoparentales respecto de las parejas heterosexuales, excluyéndolas injustificadamente de la posibilidad de contraer matrimonio.¹⁵

En realidad, desde años atrás, la Primera Sala había afianzado en su jurisprudencia un genuino derecho al matrimonio igualitario con razonamientos análogos.¹⁶ El Pleno abrevaba de esa argumentación para elevarlo al máximo rango jurisprudencial. Al mismo tiempo, elevó el estándar del derecho a la no discriminación en el acceso al matrimonio, que no tiene parangón en el derecho internacional o interamericano de los derechos humanos.

Otro ejemplo que a nuestros efectos puede destacarse es la acción de inconstitucionalidad 33/2015. Ahí se analizaba el denominado “certificado de habilitación” establecido por la Ley General para la Atención y Protección de Personas con la Condición de Espectro Autista. Este certificado condicionaba la posibilidad de contratación laboral de personas con esta condición a la previa obtención de dicho documento, que supuestamente avalaba sus aptitudes para ingresar en el sector laboral y productivo.

El Pleno consideró que esos certificados vulneraban los derechos a la igualdad, al trabajo digno y socialmente útil, así como a la libertad de trabajo, al no estar justificadas las razones por las que se condicionaba a las personas en situación de espectro autístico a la obtención de los referidos documentos médicos, a diferencia del resto de las personas. Para los efectos que aquí interesan, esta decisión también se fundamentó en el derecho internacional, en específico, en la Convención Interamericana para la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad y la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.¹⁷

15 Sentencia publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 21 de abril de 2016. Ponente: José Ramón Cossío Díaz. Unanimidad de 11 votos (8 votos concurrentes).

16 Véase Estefanía Vela Barba, “Same-sex unions in Mexico: Between text and doctrine”, en Macarena Sáez (ed.), *Same Sex Couples. Comparative Insights on Marriage and Cohabitation*, Dordrecht, Springer, 2015, pp. 49-83.

17 Esta sentencia fue publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 27 de mayo de 2016. Ponente: Alberto Pérez Dayán. Mayoría de 8 votos en este aspecto de la decisión (con 4 votos concurrentes).

Por otro lado, el debate que suscitó la acción de inconstitucionalidad en contra de la Constitución de la Ciudad de México –la primera en la historia para la capital del país– demuestra una proclividad a espacios de decisión amplificadores de derechos.¹⁸ Esa Constitución local acogía una generosa y novedosa carta de derechos humanos, algunos de los cuales iban más allá de los establecidos en el orden federal.

Una de las múltiples interrogantes que se formulaban en el caso fue la posibilidad para la Ciudad de México de desarrollar, y hasta qué punto, normas de derechos. La inquietud derivó de que varios de los derechos establecidos en la nueva Constitución tenían un alcance de protección mayor, o distinto, a los previstos en la Constitución Federal o en tratados internacionales.

La Corte determinó que las autoridades legislativas locales tienen facultades para reconocer, ampliar o desarrollar normas de derechos humanos, o incluso crear derechos nuevos. Estimó que ello no necesariamente significa alterar o modificar el parámetro de regularidad constitucional federal. Al no tratarse de una atribución exclusiva del Congreso federal, las entidades federativas pueden, en principio, válidamente establecer normas de derechos en sus propias constituciones. Esta atribución tiene sus límites en la no alteración de la identidad o el contenido esencial de normas federales o internacionales en la materia.¹⁹

Así, se avaló la constitucionalidad del polémico derecho al “uso médico y terapéutico del cannabis sativa”, así como la norma que estableció que: “La vida digna contiene implícitamente el derecho a una muerte digna”, ambos sin paralelo alguno en la Constitución federal.²⁰

Otro caso –en esta ocasión útil para evidenciar el talante internacionalista que suele presentarse ante la Corte en los últimos tiempos– es el que planteaba como acto reclamado la omisión legislativa del Estado mexicano por no ajustar su legislación al artículo 4º de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial. Esta disposición hace un llamado a declarar ilegales y a prohibir organizaciones, así como actividades organizadas de propaganda y toda actividad que promueva la discriminación racial e incitación a la misma, tales como discursos de odio racial.

18 La acción de inconstitucionalidad 15/2017 y sus acumuladas 16/2017, 18/2017 y 19/2017 se discutieron a lo largo de nueve sesiones plenarias que concluyeron el 6 de septiembre de 2018. La sentencia fue publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 25 de abril de 2019. Ponente: Javier Laynez Potisek.

19 La decisión por la validez en este aspecto alcanzó la unanimidad de 11 votos en el Tribunal Pleno.

20 El criterio por la validez respecto de sendos derechos se adoptó por nueve votos en el Tribunal Pleno.

En ocasión del amparo en revisión 805/2018,²¹ la Primera Sala advirtió insuficiencias legislativas a partir del señalado mandato internacional, lo cual, a su juicio, vulneró el derecho a la no discriminación por motivos raciales. Se consideró que el Estado mexicano técnicamente no incurrió en una omisión legislativa como se demandaba, pero se determinó que el marco jurídico sí resultó insuficiente, a la luz de un análisis detenido de las exigencias que se deprenenden del marco jurídico internacional.

La Ley Federal para Prevenir y Eliminar la Discriminación prohíbe los actos generalmente conocidos como discurso de odio. Pero lo hace de manera insatisfactoria porque solamente confiere al Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación la facultad para imponer medidas administrativas y de reparación, sujetando para ello a los servidores públicos a la Ley General de Responsabilidades Administrativas. Por otro lado, el artículo 149 Ter del Código Penal Federal prevé un amplio elemento subjetivo del delito. En relación con el dolo específico, se actualizaría el delito con la acreditación de cualquier acto “que atente contra la dignidad humana o anule o menoscabe los derechos o libertades”. Pero el tipo se limita a la realización de conductas específicas: a) negativa de servicios o prestaciones; b) negativa o de restricción de derechos laborales o limitación de servicios de salud; o c) negativa de derechos educativos. Por lo anterior, la Sala determinó la deficiencia del marco normativo federal de cara al cumplimiento de las obligaciones internacionales de México en la materia.

Este asunto se sumó a una línea de jurisprudencia constitucional que ha abierto el camino a la judicialización de construcciones deficientes de marcos legales en materia de discriminación, a partir de la aplicación directa de un parámetro internacional.

Cabe destacar que en esta fase jurisprudencial se han actualizado casos que impactan la condición de la Suprema Corte como tribunal para la consolidación democrática del país. Esta faceta de la Corte no podría pasar desapercibida cuando hablamos de su funcionamiento estratégico para el sistema de derechos. Rescato dos casos que la revelan: las acciones de inconstitucionalidad 6/2018 y 112/2019.

Bajo el sexenio del presidente Enrique Peña Nieto (2012-2018), el Congreso de la Unión publicó la Ley de Seguridad Interior en el *Diario Oficial de la Federación* el 21 de diciembre de 2017. Poco antes de cumplirse un año desde su promulgación, la Corte invalidó esta Ley en su integridad, con una votación de 10 a 1, de nuevo en ejercicio de un control abstracto.²²

21 Ponente: Jorge Mario Pardo Rebolledo, sesión del 30 de enero de 2019.

22 Acción de inconstitucionalidad 6/2018 y sus acumuladas 8/2018, 9/2018, 10/2018 y 11/2018. Ponente: Jorge Mario Pardo Rebolledo; encargado del engrose: Eduardo Medina Mora.

Se consideró que la ley era inconstitucional por haberse emitido por el Congreso Federal, órgano que, a juicio de la Corte, resultaba incompetente para legislar en materia de “seguridad interior”. Sostuvo que el Poder Legislativo solo puede legislar sobre materias expresamente reconocidas por la Constitución. Una expansión injustificada de competencias federales amplía de manera velada el orden legislativo federal.

La ley distinguía entre las funciones de “seguridad interior” y de “seguridad pública”, aunque constitucionalmente no existía diferencia material entre ellas. Cada clase de “seguridad” se hacía depender exclusivamente de la autoridad que la tenía legalmente encomendada. La seguridad interior, en cuanto vertiente de la seguridad nacional, se atribuía ilegítimamente a las Fuerzas Armadas, mientras que la seguridad pública se mantenía como competencia de las autoridades civiles.

Esa distinción constituyó un “fraude a la Constitución”: permitía la participación regular de las Fuerzas Armadas en la función de garantía de la seguridad pública, la cual solamente puede ser realizada por las autoridades civiles en términos del artículo 21 de la Constitución, así como de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) y su jurisprudencia. La ley pretendía encubrir la participación de las Fuerzas Armadas en funciones de seguridad pública. Una ley no puede ser fundamento de una competencia constitucional que incluya contenidos materiales de otra competencia, con alcances, parámetros y objetos diferentes.

Cabe mencionar que el 28 de noviembre de 2018 (trece días después de haberse dictado la sentencia), la Corte IDH notificó una nueva condena al Estado mexicano en el caso Alvarado Espinoza y otros. En ese caso, entre otras cuestiones, reiteró y estableció para México estándares relacionados con la participación de las Fuerzas Armadas en tareas de seguridad pública y sus condiciones de excepción.²³

Ya en el sexenio presidencial actual, encabezado por Andrés Manuel López Obrador, la Constitución mexicana fue reformada para establecer las bases normativas de la denominada Guardia Nacional, con el propósito de que esta novedosa organización asumiera el combate a la aguda inseguridad pública que, desde hace varios años, padece el país.²⁴

Sesión del 15 de noviembre de 2018. Sentencia publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 30 de mayo de 2019.

23 La sentencia fue notificada al Estado mexicano el 20 de diciembre de 2018 (Cfr. Corte IDH. “Caso Alvarado Espinoza y otros vs. México”, Sentencia de 28 de noviembre de 2018, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, núm. 370.

24 Esta reforma de la Constitución fue publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 26 de marzo de 2019.

Por cierto, pese a su configuración constitucional como institución policial de carácter civil, el artículo 5.º transitorio del decreto de esta reforma constitucional dejó establecido lo siguiente:

Durante los cinco años siguientes a la entrada en vigor del presente decreto, en tanto la Guardia Nacional desarrolla su estructura, capacidades e implantación territorial, el presidente de la República podrá disponer de la fuerza armada permanente en tareas de seguridad pública de manera extraordinaria, regulada, fiscalizada, subordinada y complementaria.

En cualquier caso, en esta disposición transitoria, la Constitución plasmó las condiciones de operación de las Fuerzas Armadas que literalmente fueron establecidas por esa sentencia condenatoria interamericana contra México.

El segundo caso que merece la pena mencionar a estas alturas es el asunto que fue conocido popularmente como caso de la “Ley Bonilla”. En la acción de inconstitucionalidad 112/2019 y acumuladas se determinó la inconstitucionalidad de una reforma a la Constitución del Estado de Baja California porque amplió el periodo del gobernador electo de esa entidad federativa, de dos a cinco años. Esta decisión también fue adoptada por unanimidad de once ministros y ministras del Pleno.

Las razones de la inconstitucionalidad fueron múltiples, pues esa reforma violaba diversos principios fundamentales del sistema democrático: principios de certeza electoral, legalidad y seguridad jurídica; las bases constitucionales de la organización política de los Estados; el derecho a votar y ser votado en condiciones de libertad e igualdad; así como los principios de no reelección y de irretroactividad de las leyes.

Además, dicha reforma también fue declarada inconstitucional por una cuestión formal de evidente acreditación: se había producido con posterioridad a la elección del gobernador, con lo cual también se violó el artículo 105 de la Constitución, el cual señala que las leyes electorales deben publicarse 90 días antes de iniciar el proceso electoral y que no puede haber modificaciones fundamentales durante el propio proceso.

Con la modificación del periodo del gobernador electo una vez que había terminado el proceso electoral, sostuvo la Corte, el poder reformador local incurrió en fraude al mandato de la Constitución federal. Sin duda, se trata de uno de los casos más trascendentes en una década en términos de la garantía de las instituciones democráticas a la que aspiramos.

A partir de la selección anterior es posible afirmar que los vaivenes sufridos por el sistema de derechos, tras el año 2011, han entrado en dinámicas de

decisión que han encontrado un sendero propicio para el cambio de estructuras normativas y metodológicas de los derechos. En particular, la fase tercera, que he denominado de regresión en las promesas constitucionales, puede considerarse aún sujeta a revisión.

La primera década de los derechos refleja tan solo una primera aproximación de la que podría ser una larga época. En ella deben esperarse progresos probablemente lentos, pero decisivamente distintos de una cultura formalista que, de manera peligrosa, era propia de un sistema autoritario al que, ojalá, nunca sea posible regresar.

APUNTES CONCLUSIVOS

A diez años de su reforma profunda en materia de derechos humanos, la Constitución mexicana presenta un rostro diametralmente distinto al que mantuvo a lo largo de más de nueve décadas desde su promulgación en 1917. Esa reforma desencadenó cambios jurídicos que tienen hoy una presencia no desdeñable en la jurisprudencia de la Suprema Corte. Comprender la desagregación en las distintas facetas jurisprudenciales, lo que se ha intentado en este ensayo, puede ser útil para afrontar los retos inmediatos que plantea la justicia constitucional.

Sin embargo, un diagnóstico general no puede evitar su ambivalencia. Por un lado, la jurisprudencia más destacada en el último lustro manifiesta pasos adelante para la tutela del sistema de derechos. En la última década, se advierte el impacto de la reforma en la consolidación de técnicas y métodos de interpretación de las sentencias constitucionales. Es el caso, por ejemplo, de las actualmente empleadas para estudiar el derecho a la igualdad y la no discriminación, y los derechos de las mujeres y de la niñez en la convivencia familiar. También en materia de igualdad de género, así como en la protección de grupos en situación de vulnerabilidad, como derechos de personas indígenas, personas adultas mayores o en situación de discapacidad.

En el último bienio, por ejemplo, el comportamiento jurisprudencial de la Corte mostró evoluciones considerables en materia de justiciabilidad de las normas por razones de omisión o deficiencia en el terreno legislativo. Incluso como consecuencia del impacto directo de parámetros internacionales. Esto orienta el rumbo de una actitud judicial menos deferente al legislador, especialmente cuando de los principios a la igualdad y a la no discriminación se trata, en una lógica de bloque superior de normas, constitucionales e internacionales.

No obstante lo anterior, a diez años no puede hablarse del éxito de la reforma del 2011. Aún no existe un reflejo de ella en la práctica generalizada en los

tribunales del país, especialmente en los locales. Son muchas las dificultades que ha tenido la comprensión general del derecho internacional de los derechos humanos, así como los principios, las técnicas y los métodos de interpretación de los derechos por parte de un numeroso sector de juzgadores a lo largo del territorio nacional.

Tampoco ha permeado del todo en la comunidad de abogados litigantes y menos aún en la cultura jurídica y social. Asimismo, no puede hablarse de un saldo positivo de la reforma de derechos humanos en términos de efectividad del nuevo marco jurídico y jurisprudencial en la vida cotidiana de las personas. No se ha conseguido un efecto palpable en el objetivo de alcanzar una igualdad material en la sociedad. Estamos ante un difícil proceso de interiorización hacia pautas y prácticas sociales en la materia, lo cual se ha agravado aún más con los saldos que ha arrojado la pandemia por el covid-19 en el territorio mexicano, así como la grave crisis de seguridad pública que se vive acentuadamente desde hace por lo menos tres lustros.

En México, como en otras latitudes del mundo, la pandemia de covid-19 ha implicado una crisis social y económica de proporciones insospechadas. En el terreno judicial seguirá involucrando decisiones relacionadas con la tensión inevitable entre los derechos y la emergencia sanitaria. Ello, tomando en consideración que no ha habido un decreto formal de estado de excepción o de emergencia constitucional en el país, pese a su drástico impacto en la sociedad mexicana, lo cual se manifiesta con los más de 170.000 fallecimientos por el coronavirus, oficialmente reconocidos, al momento en que se escriben estas líneas.

Hay que decir también que, en el futuro inmediato, se vislumbran problemáticas acuciantes de los derechos en el Poder Judicial de cara al renovado escenario del poder político. Esto se debe, en parte, al advenimiento de nuevos protagonistas políticos, tanto en el ámbito del ejecutivo, como en el legislativo federal. Un potencialmente conflictivo escenario no es ilusorio considerando que el presidente López Obrador, junto con su movimiento, ha emprendido profundas transformaciones del sistema político, social, económico y gubernamental en un sexenio que inició en 2018 y que culminará en 2024.

Los tiempos del Poder Judicial como institución principalmente responsable de salvaguardar los derechos fundamentales, en tiempos de más transformaciones institucionales, no podrían esperarse pacíficos. Por supuesto, ello es inevitable si consideramos que estas transformaciones habrán de encontrar un adecuado acomodo democrático en el sistema jurídico que tan difícilmente se ha construido a lo largo de, por lo menos, las últimas cuatro décadas.

BIBLIOGRAFÍA

- FIX FIERRO, Héctor y Jacqueline MARTÍNEZ URIARTE, *Derechos humanos. Cien años de evolución de los derechos en la Constitución mexicana*, México, Fondo de Cultura Económica, 2018.
- GARCÍA RAMÍREZ, Sergio y Julieta MORALES SÁNCHEZ, *Constitución y derechos humanos. La reforma constitucional sobre derechos humanos*, 5ª edición, México, Porrúa / UNAM, 2019.
- HERRERA GARCÍA, Alfonso, “Sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en contra del Estado mexicano. El papel de la Suprema Corte en la búsqueda de su cumplimiento”, en Víctor BAZÁN y Marie-Christine FUCHS (eds.), *Ejecución, nivel de cumplimiento e implementación de sentencias de tribunales constitucionales y cortes supremas en la región*, Berlín-Bogotá, Tirant Lo Blanch / Konrad Adenauer Stiftung, 2020, pp. 209-210.
- HERRERA GARCÍA, Alfonso, “El control difuso de regularidad de las leyes en el juicio de amparo directo: complejidades conceptuales y frente al sistema interamericano de derechos humanos”, en Eduardo FERRER MAC-GREGOR y Alfonso HERRERA GARCÍA (coords.), *El juicio de amparo en el centenario de la Constitución mexicana de 1917. Pasado, presente y futuro*, México, UNAM / Instituto de Investigaciones Jurídicas, t. II, 2017, pp. 299-316.
- HERRERA GARCÍA, Alfonso, *La interpretación de los derechos humanos y sus garantías por la Suprema Corte de Justicia. Una aproximación jurisprudencial*, México, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 2015.
- LARA CHAGOYÁN, Roberto, *El constitucionalismo mexicano en transformación: avances y retrocesos*, Querétaro, Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro / Instituto Tecnológico y de Estudios Superiores de Monterrey, 2020.
- MEDINA MORA, Alejandra, Pedro SALAZAR UGARTE y Daniel VÁZQUEZ, *Derechos humanos y restricciones. Los dilemas de la justicia*, México, Porrúa / UNAM, 2015.
- POU, Francisca, “Lo que quisiera que la Corte hiciera por mí: lealtad constitucional y justicia dialógica en la aplicación de la CT 293/2011”, en José Luis CABALLERO OCHOA y Rubén SÁNCHEZ GIL (coords.), *Derechos constitucionales e internacionales. Perspectivas, retos y debates*, México, Tirant Lo Blanch, 2018, pp. 597-626.
- VELA BARBA, Estefanía, “Same-sex unions in Mexico: Between text and doctrine” en Macarena Sáez (ed.), *Same Sex Couples. Comparative Insights on Marriage and Cohabitation*, Dordrecht, Springer, 2015, pp. 49-83.

BALANCE DEL ROL DE LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL EN LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN EL PERÚ (2009-2019)

César Landa*

INTRODUCCIÓN

Entrado el siglo XXI, se puede señalar que en la historia política moderna del Perú se han dado espasmódicos procesos de modernización, a través de la utilización de las instituciones democráticas propias del constitucionalismo clásico. En particular, desde la vigencia de la Constitución de 1979, el principio político de la soberanía popular y el principio jurídico de la supremacía constitucional quedaron nominalmente consagrados en el estrato más alto del derecho: la Constitución política (CP).

Sin embargo, es solo durante la década de los noventa cuando por primera vez en la historia del constitucionalismo peruano se hizo dramáticamente presente la demanda ciudadana por el respeto de los derechos fundamentales, debido a las graves violaciones de estos en las decisiones legislativas, judiciales y administrativas del gobierno autoritario de Fujimori.

Pero fue a partir de la *praxis* del Tribunal Constitucional como se pudo vislumbrar la viabilidad –pero también los límites– del proceso democrático peruano, habida cuenta de que a la jurisdicción constitucional le correspondió judicializar, cada vez más, los conflictos sociales y políticos basándose en la Constitución, con base en una dogmática de los derechos fundamentales, lo cual le permitió encontrar soluciones sustentables a las demandas, dado el proceso de maduración del Estado constitucional.¹

* Expresidente del Tribunal Constitucional del Perú. Profesor de Derecho Constitucional, Pontificia Universidad Católica del Perú y Universidad Mayor de San Marcos. clanda@pucp.edu.pe

1 César Landa Arroyo, *Tribunal Constitucional y Estado Democrático*, Lima, Palestra, 2007, pp. 77-113.

Ello se hizo factible a partir del retorno a la democracia en el año 2000; no obstante, desde hace una década se ha ralentizado la lucha contra la corrupción y la impunidad de las violaciones de derechos humanos, e incluso el narcotráfico ha avanzado en la esfera social y se ha acercado indirectamente a las esferas públicas. Frente a esos desafíos a la democracia del pasado y del presente, la institucionalidad constitucional –Congreso, Poder Judicial, Ministerio Público, Consejo Nacional de la Magistratura, etc.– presenta avances como la condena a prisión del expresidente Alberto Fujimori –por delitos contra los derechos humanos y corrupción–, y luego retrocesos como el indulto –con base en una negociación política para frustrar la vacancia del presidente Kuczynski–.

Pero, también, se han mostrado los límites en el juzgamiento de expresidentes de la República –Alan García, Alejandro Toledo, Ollanta Humala, Pedro Pablo Kuczynski– y líderes políticos –Keiko Fujimori–, debido a la ineficacia o a la influencia o control de ciertas instituciones judiciales.

En este contexto es que vamos a analizar cuál ha sido el rol de la justicia constitucional y cómo se expresa en algunas sentencias trascendentes, que permiten valorar el uso del bloque de constitucionalidad y la incorporación del control de convencionalidad, orientada a la protección de los derechos fundamentales de algunos grupos vulnerables.

ROL DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

El Tribunal Constitucional se ha constituido en un importante centro de impulso del proceso de maduración democrático-constitucional, en las tareas de control de los poderes públicos y privados, como en la defensa de los derechos fundamentales, que es el punto de equilibrio entre el poder de la autoridad y los derechos de libertad ciudadana. Para ello, la justicia constitucional ha necesitado de un activismo judicial moderado a fin de controlar los poderes público y privado, fundándose en una nueva concepción de la Constitución, de los derechos fundamentales y de las nuevas técnicas de la interpretación constitucional.²

De lo contrario, seguir concibiendo y aplicando el derecho constitucional, a partir de un positivismo jurídico formalista,³ podría haber significado estar encubriendo ingenuamente, bajo el manto de la mayoría electoral obtenida por los poderes públicos, a las antiguas y renovadas apuestas de los poderes fácticos. Lo

2 Rudolf Smend, *Constitución y derecho constitucional*. Madrid, CEC, 1985, p. 225; asimismo, Enrique Alonso García, *La interpretación de la constitución*, Madrid, CEC, 1984, p. 568.

3 Pablo Lucas Verdú, *La lucha contra el positivismo jurídico en la República de Weimar. La teoría constitucional de Rudolf Smend*, Madrid, Tecnos, 1997, pp. 205-219.

que no es óbice para entender la Constitución como la manifestación más alta del derecho positivo y de los valores irreductibles de libertad e igualdad.⁴

En consecuencia, se puede señalar de manera general que en la historia constitucional de las dos últimas décadas en el Perú se han dado procesos de fortalecimiento de las instituciones democráticas propias del constitucionalismo contemporáneo, durante el periodo del presidente transitorio de Valentín Paniagua (2000-2001) y del gobierno de Alejandro Toledo (2001 a 2006). Pero, también, ha habido recodos y regresiones en la lucha contra la corrupción y la impunidad en la violación de los derechos humanos, sobre todo durante el periodo gubernamental de Alan García (2006 a 2011) y, en menor medida, en el siguiente gobierno de Ollanta Humala (2011 a 2016). Sin embargo, es con los gobiernos de Pedro Pablo Kuczynski y, sobre todo, de Martín Vizcarra (2016 hasta la fecha) cuando se ha buscado remontar el control del poder y la tutela de los derechos humanos con base en reformas constitucionales de la devaluada la Constitución de 1993.

No obstante, en la actualidad, el Estado constitucional se ha convertido en una premisa democrática de la gobernabilidad, motivo por el cual la Constitución y sus veinte reformas han encontrado legitimidad social y visos de hacer recobrar el valor normativo y unitario que le otorga la Carta a todo Estado democrático. En este contexto es posible realizar cualquier programa de gobierno, a condición de que sus fines sean compatibles con la norma constitucional, así como gobernar con lealtad constitucional, que es lo mismo que decir que los objetivos políticos y económicos de las mayorías transitorias en el poder deben respetar los derechos fundamentales de las minorías políticas y a los grupos socialmente vulnerables.

Por ello se puede destacar que, por primera vez en la historia del Estado de derecho en el Perú, la idea de la supremacía jurídica y política de la Constitución sobre la ley y las decisiones políticas viene madurando, aunque con dificultades; porque, no es un simple cambio de la tradicional prevalencia, en la práctica, de la ley sobre la Constitución y más bien se trata de una profunda transformación del principio de legalidad que incluso afecta a la propia noción de derecho y de política.⁵

No obstante, son los propios operadores políticos y jurídicos quienes han contribuido a ese proceso de degradación de la democracia constitucional, debido a una concepción positivista de la Constitución interesadamente a su favor,

4 Gregorio Peces-Barba, *Los valores superiores*, Madrid, Tecnos, 1984, p. 173.

5 Manuel García Pelayo, "Estado legal y Estado constitucional de derecho", en Javier de Be-launde (comp.), *El Tribunal de Garantías Constitucionales en debate*, Lima, Consejo Latinoamericano de Derecho y Desarrollo, 1988, pp. 23 y ss.

sin valorar los derechos fundamentales, trasladando mecánicamente el viejo concepto político de la ley voluntarista y formalista, basados en haber obtenido la mayoría del voto popular. Así, frente a los avances del modelo “democrático iliberal” le ha correspondido al Tribunal Constitucional, la mayoría de las veces, resolver con base en la esencia del constitucionalismo: la racionalización y el control del poder, así como la protección de los derechos fundamentales.

En el análisis de los derechos fundamentales, el Tribunal Constitucional no ha tenido que “centrar la problemática constitucional: ni en una especulación hiperformalizada ni en una relativización sociologizante”,⁶ sino pronunciarse en el marco jurídico-político que explica –pero no justifica– el perfil mixto (democrático-autocrático) del constitucionalismo peruano. Escenario ambivalente gestado en la Constitución de 1993, desde el cual es factible comprender el desarrollo irregular de los derechos fundamentales, de acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal Constitucional del Perú.

De allí las posibilidades –pero también las debilidades– para el reforzamiento de la protección de los derechos fundamentales, lo cual es una condición *sine qua non* para una reforma política democrática, en la que “el derecho constitucional aparece como una de las escasas posibilidades sólidas para articular legítimamente una defensa de los intereses generales y ofrecer una regeneración ético-política”.⁷ Pero, no se trata de una concepción de los derechos clásicos propia del Estado liberal, ni de un Estado populista, sino de un derecho constitucional institucional y ético, propio de un Estado social y democrático de derecho, que se fundamenta en la reafirmación contemporánea en la inclusión de la comunidad social –sobre todo de los grupos vulnerables– en función de los valores democrático-constitucionales y, en particular, de la dignidad de la persona humana.

En ese entendido, la jurisdicción constitucional en el Perú ha ido avanzando progresiva y dinámicamente sobre la base de los clásicos fundamentos de la teoría y el derecho constitucional, porque, de un lado, una moderna institución como la justicia constitucional no puede funcionar eficientemente bajo los preceptos del clásico positivismo jurídico, en tanto tiene una visión formalista y reduccionista de la jurisdicción constitucional, y, de otro lado, se demanda su vinculación con los valores sociales y políticos, por ejemplo, en la lucha contra la corrupción y la violación de los derechos humanos, que demanda una sociedad abierta y dinámica como la peruana.

6 Verdú, *La lucha contra el positivismo jurídico en la República de Weimar*, op. cit., p. 168.

7 Carlos de Cabo, *Contra el consenso. Estudios sobre el Estado constitucional y el constitucionalismo del Estado social*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 1997, p. 303.

En ese sentido, para entender el rol que ha venido cumpliendo el Tribunal Constitucional en estas dos últimas décadas es importante señalar que se ha desarrollado en medio de la deformación del Estado de derecho peruano que encuentra sus raíces en la falta de lealtad constitucional de sus élites –económicas y en parte políticas–; esto se ha visto reflejado en la desobediencia civil –informalidad económica o radicalismo popular–, al no percibir que el Estado cumple su rol de brindar seguridad y protección de los derechos fundamentales de la persona a las poblaciones más vulnerables.⁸

Esta situación ha ido enraizándose, a pesar de algunos recodos de goce de la democracia con inclusión social y política, pero al final ha sucumbido a los poderes tradicionales –como el caudillismo sostenido por los poderes fácticos– representados unas veces en el presidente de la República y otras en el Congreso, los cuales siempre han apelado a la consigna de la voluntad popular, pero para favorecer intereses de grupos detrás del poder.⁹

En ese escenario, el Tribunal Constitucional ha realizado su función de garante de la Constitución en medio de un presidencialismo exorbitante en el periodo presidencial de Alan García de 2006 al 2011, de un asambleísmo opositor del aprismo de 2011 a 2016, y virulentamente obstruccionista de 2016 a 2019 con el fujimorismo y el aprismo al servicio de los poderes fácticos y privados. No obstante, con avances y retrocesos, el Tribunal Constitucional ha podido consagrar una idea de Constitución y de legalidad constitucional basada en la voluntad constituyente de establecer un orden jurídico y político gubernamental basado en la justicia.¹⁰

Ello ha sido posible gracias a la recomposición del viejo constitucionalismo, a partir de ciertos principios y realidades evidentes: la necesidad de asumir el carácter abierto y dinámico de la Constitución, lo que supone el reconocimiento de los diferentes intereses de la sociedad y no el de unos pocos; lo cual se expresa en la tolerancia social, el consenso político y, finalmente, el pluralismo jurídico y político, basados y orientados por la defensa y promoción de los derechos fundamentales, origen y razón de la existencia del Estado democrático. Sin embargo, la ciudadanía no debería sobrecargarse de expectativas en la justicia

8 Dieter Grimm, “Integration by constitution”, *I-CON*, vol. 3, núms. 2 y 3: Special May, 2005, pp. 193-208.

9 César Landa Arroyo, *Apuntes para una teoría democrática moderna en América Latina*, Lima, PUCP, 1994, pp. 125 y ss.

10 Julio Ríos Figueroa, “Instituciones para la justicia constitucional en América Latina”, en G. Helmke y J. Ríos Figueroa (coords.), *Tribunales constitucionales en América Latina*, México, SCJN, 2010, pp. 47-90.

constitucional, en la medida en que el exceso de judicialización de la política solo termina en la politización de la justicia.

En esta labor jurisprudencial de reconstrucción de la democracia constitucional y de la tutela de los derechos fundamentales en el Tribunal Constitucional ha tomado base el pluralismo constitucional de la protección multinivel de los derechos humanos, incorporando los estándares del sistema interamericano de derechos humanos —Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) y Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIHD)—¹¹ como las nuevas técnicas de la argumentación e interpretación de los derechos fundamentales propias del quehacer jurisdiccional contemporáneo.

Así, se puede observar en la jurisprudencia una doctrina institucional de la interpretación orientada a la *concretización*, donde, sin perjuicio de utilizar razonablemente el método jurídico, como una primera fase de la tarea interpretativa de la norma constitucional, luego ha correspondido incorporar los elementos de la realidad a efectos de dar sentido a la interpretación constitucional, mediante principios constitucionales explícitos e implícitos.¹²

Pero la defensa de los derechos fundamentales y la interpretación constitucional no son solo productos de las técnicas que ayudan a purificar y dinamizar a la Constitución del positivismo formalista, también ha sido determinante quiénes han sido jueces constitucionales, dado que, cuando el Tribunal Constitucional ha demostrado el grado de ejercicio de su poder jurídico, ha sido víctima de algunas fuerzas políticas en el Congreso mediante la elección como magistrados de abogados caracterizados por su militancia política partidaria o afinidad ideológica, antes que por los valores y requisitos propios para cumplir la función del control judicial de las leyes y la tutela de los derechos fundamentales.

Aunque en estos casos de manipulación grave el rechazo ciudadano y de la opinión pública han sido gravitantes para anular dichos nombramientos, como los ocurridos en el año 2007 con la anulación de la elección de cuatro magistrados debido a que uno de ellos –Ríos Castillo– fue descubierto celebrando su elección con personajes mafiosos del entorno de Montesinos, exasesor del condenado expresidente Fujimori¹³; luego, la renuncia forzada de los seis magistrados electos el año 2013 por la “repartija” inescrupulosa de dichos cargos entre las

11 Juan Carlos Bayón, “El constitucionalismo en la esfera pública global”, *Anuario de Filosofía del Derecho*, núm. 29, Madrid, Ministerio de Justicia, 2013, pp. 57-99.

12 Manuel Atienza, “Argumentación y Constitución”, en J. Aguiló, M. Atienza y J. Ruiz (coords.), *Fragmentos para una teoría de la Constitución*, Madrid, Iustel, 2007, pp. 113-159.

13 César Landa Arroyo, “La jurisdicción constitucional en Perú”, en AA.VV., *La jurisdicción constitucional en América Latina. Un enfoque desde el ius constitutionale commune*, vol. I, Bogotá, Universidad Externado - Max-Planck Institute, 2019, pp. 391-395.

cúpulas parlamentarias,¹⁴ y la anulación de la elección de un candidato a magistrado y la votación de otro en 2019.

En ese marco institucional complejo del Tribunal Constitucional se puede realizar un balance de sus sentencias emblemáticas, sin desconocer las que han significado una regresión; en este entendido, se puede señalar que en esta última década el Tribunal Constitucional ha permitido asegurar en última instancia la tutela de los derechos fundamentales y el control del poder, como a continuación damos cuenta con tres casos relevantes.

ANÁLISIS DE LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL RELEVANTE

De las cincuenta mil sentencias expedidas en la última década por el Tribunal Constitucional, se destacan dos referidas a la protección de los derechos fundamentales: una vinculada a un grupo vulnerable, como son los pueblos indígenas, relacionada con la explotación de recursos naturales por parte de la inversión extranjera; otra relativa a la libertad sexual y reproductiva en el uso de la píldora del día siguiente, y una tercera vinculada al control del poder público en el caso de la disolución presidencial del Congreso de la República, en las cuales el bloque de constitucionalidad y el control de convencionalidad han estado presentes.

Caso del derecho a la consulta de los pueblos indígenas

La Asociación Interétnica de Desarrollo de la Selva (Aidesep), gremio nacional de los pueblos amazónicos, demandó en varios casos al Tribunal Constitucional que se pronunciara sobre los alcances del derecho a la consulta previa de los pueblos indígenas, establecido en el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT). Para tal efecto, el Tribunal resolvió los expedientes 0022-2009-PI/TC (Inconstitucionalidad del Régimen de Formalización y Titulación de Tierras Rurales, Decreto Legislativo 1.089), 06316-2008-PA/TC (Pueblos indígenas no contactados) y 05427-2009-PC/TC (Cumplimiento del Convenio 169 de la OIT).

Estos casos fueron resueltos por el Tribunal Constitucional en el marco de la “doctrina” que el entonces presidente Alan García expuso en “El perro del

14 Pamela Loayza, “Los orígenes de la repartija. Balance de la selección de magistrados del Tribunal Constitucional”, *Revista Argumentos*, núm. 4, 2013. <http://argumentos-historico.iep.org.pe/articulos/los-origenes-de-la-repartija-balance-de-la-seleccion-de-magistrados-del-tribunal-constitucional/>

hortelano” I y II, difundidos por el diario *El Comercio*.¹⁵ Dicha doctrina consideraba a los pueblos indígenas como poblaciones atrasadas, que debían ser integradas, bajo los patrones políticos y morales de la nación, a los beneficios del progreso económico. Esta concepción, marcadamente jerárquica y conservadora, excluía a los pueblos indígenas de su participación en calidad de ciudadanos sobre la base de su identidad étnica y social. Sus consecuencias se vieron con crudeza en muchos conflictos sociales, como el que aconteció en Bagua en el año 2009, entre policías y nativos, que dejó un saldo cruel de 35 muertos. Prueba irrefutable del fracaso de dicha “doctrina”.

No obstante, a partir de los casos demandados por Aidesep se apreció el cambio progresivo de criterio del Tribunal Constitucional sobre la temática de la integración intercultural, por cuanto en la demanda de titulación de tierras se rechazó la petición siempre y cuando se interpretara que estas nuevas reglas no fueran de aplicación para los pueblos indígenas (FJ 56 de la STC 0022-2009-PI/TC). Además, en el caso de los pueblos indígenas no contactados, se rechazó en mayoría la demanda con el argumento de que la buena fe de la declaración de las empresas acerca de la no existencia de poblaciones no contactadas en la zona de exploración petrolera resultaba suficiente en última instancia para rechazar el pedido de suspensión de dicha actividad petrolífera (FJ 27 a 30 de la STC 06316-2008-PA/TC).

Respecto al cumplimiento del Convenio N° 169 de la OIT por parte del Ministerio de Energía y Minas, se declaró inicialmente fundado en parte el incumplimiento de dicho Convenio y se exhortó al Congreso de la República a culminar el proceso de aprobación de la Ley del Derecho a la Consulta Previa a los Pueblos Indígenas u Originarios reconocido en el Convenio 169 de la OIT (FJ 66 a 69 de la STC 05427-2009-AC/TC); no obstante que los tratados celebrados y en vigor por el Estado peruano forman parte del derecho nacional (art. 55 de la Constitución). En consecuencia, dicho Convenio –suscrito por el Perú– estaba vigente desde 1995.¹⁶

15 En dos artículos expone tal visión sobre los procesos de reestructuración económica que, de ser admitida, el país –según su opinión– debería realizar para un supuesto desarrollo. Su visión de los pueblos indígenas en general se expresa en que “existen comunidades artificiales [...] de ‘mano muerta’, en la que sus habitantes viven en extrema pobreza y esperando que el Estado les lleve toda la ayuda en vez de poner en valor sus cerros y tierras, alquilándolas, transándolas porque si son improductivas para ellos, sí serían productivas con un alto nivel de inversión o de conocimientos que traiga un nuevo comprador” (Alan García, “El síndrome del perro del hortelano”, *El Comercio*, 28 de octubre de 2007; asimismo, “Receta para acabar con el perro del hortelano”, *El Comercio*, 25 de noviembre de 2007).

16 En este importante convenio suscrito por casi todos los países con población indígena en Latinoamérica se dice, entre otras cosas, que: “Art. 13) Al aplicar las disposiciones de esta parte del Convenio, los gobiernos deberán respetar la importancia especial que para las culturas y valores espirituales de los pueblos interesados reviste su relación con las tierras

Sin embargo, durante el gobierno de Alan García, el tribunal constitucional emitió una resolución aclaratoria, de fecha 24 de agosto de 2010, recaída en el Expediente 06316-2008-AA –sobre pueblos indígenas no contactado– en la que estableció que el derecho a la consulta solo sería exigible a partir del 11 de junio de 2010, vale decir, a partir de la publicación de la Sentencia 00022-2009-PI/TC –Titulación de Tierras–, a pesar de que en esta sentencia se había señalado expresamente lo siguiente:

En el caso del Convenio N.º 169 de la OIT, la situación es distinta. Como ya ha sido desarrollado por el Tribunal Constitucional en la STC 03343-2007-PA/TC [F] 31], *tal convenio forma parte de nuestro ordenamiento jurídico, por lo tanto, como cualquier otra norma debe ser acatada*". (FJ 9)

[...] Si bien el Convenio N.º 169 está vigente en nuestro país desde 1995, su aplicación no ha sido asumida por el Estado de manera regular. De otro lado, no se han presentado ante esta instancia litigios en los que se discuta este derecho. En tal sentido, y en virtud de la finalidad propedéutica que tiene la jurisprudencia de este Tribunal, resulta relevante que se den algunas pautas a fin de que se configure claramente el proceso de consulta. (FJ 41) (Énfasis agregado)

El fraude procesal se puso de manifiesto en que: primero, se utilizó un recurso de aclaración en un proceso de amparo en defensa de los pueblos no contactados (Exp. 06316-2008-AA/TC), para modificar una sentencia sobre la inconstitucionalidad de la ley sobre titulación de tierras (Exp. 00022-2009-PI/TC); segundo, se alteró de manera inconstitucional la fecha de entrada en vigencia del Convenio 169 de la OIT en el Perú, que regía desde el año 1995, para establecer que regiría a partir de la fecha de la publicación de esta última sentencia en la página web del tribunal constitucional, vale decir desde el 11 de junio de 2010.

La consecuencia objetiva de ello era que todos los conflictos sociales –que según la Defensoría del Pueblo entonces alcanzaban la cifra de 250 en todo el país,

o territorios, o con ambos, según los casos, que ocupan o utilizan de alguna otra manera, y en particular los aspectos colectivos de esa relación [...]. Art. 14) Deberá reconocerse a los pueblos interesados el derecho de propiedad y de posesión sobre las tierras que tradicionalmente ocupan. Además, en los casos apropiados, deberán tomarse medidas para salvaguardar el derecho de los pueblos interesados a utilizar tierras que no estén exclusivamente ocupadas por ellos, pero a las que hayan tenido tradicionalmente acceso para sus actividades tradicionales y de subsistencia" (Convenio 169 de la OIT sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes, 1989). Todo ello demuestra la enorme importancia que en el nivel de los derechos fundamentales y del derecho internacional de los derechos humanos se les ha dispensado a los pueblos indígenas, en el respeto de su cosmovisión, de sus costumbres y de sus valores.

de los cuales más de 120 se referían a conflictos socioambientales en los que se encontraban involucradas comunidades nativas y campesinas– ya no iban a poder exigir el cumplimiento del Convenio 169 de la OIT.

En consecuencia, con esa aclaración, la mayoría del Tribunal Constitucional de entonces puso un dique a la exigibilidad del derecho a la consulta por parte de los pueblos indígenas del Perú, en los casos de conflictos activos o latentes, lo que adquirió visos de mayor gravedad, si se toma en cuenta que en ese entonces existían 87 conflictos en proceso de diálogo directo o a través de mediaciones, para resolver las controversias entre los pueblos indígenas y los inversionistas interesados en la explotación de los recursos naturales.

Pero en julio de 2011, una vez producida la salida del gobierno de la Alianza Popular Revolucionaria Americana (APRA) de Alan García y su doctrina del “perro del hortelano”, en el marco del nuevo gobierno nacionalista del presidente Ollanta Humala, el TC cambió nuevamente su jurisprudencia sobre la materia (STC 00024-2009-PI/TC) señalando que:

Respecto a la exigibilidad del derecho a la consulta se encuentra vinculada a la entrada en vigencia en nuestro ordenamiento jurídico del Convenio 169 de la OIT. Esto es, el 2 de febrero de 1995. [...] En ese sentido, la RTC 6316-2008-PA/C solo se limitó a establecer que desde que se expidió la STC 0022-2009-PI/TC existen criterios jurisprudenciales para resolver casos que involucran al derecho a la consulta (STC 0025-2009-PI/TC. Fund. Jur. 24). (FJ 7)

La fuerza normativa de la Constitución permitió, en una primera etapa, que el tribunal constitucional fuera estableciendo las bases de la tutela del derecho al medio ambiente y el reconocimiento de nuevos titulares, como los pueblos indígenas, desde una perspectiva intercultural. Sin embargo, cuando ha habido jueces faltos de independencia del gobierno y de las grandes empresas, se ha producido un repliegue en la construcción jurisprudencial de la tutela de los derechos fundamentales de los pueblos indígenas. Pero la interculturalidad es un proceso social contemporáneo, con profundas raíces históricas, que se ha ido insertando en las estructuras del Estado constitucional, a pesar de los recodos de alguna jurisprudencia constitucional.

Caso de la píldora del día siguiente

En el presente caso (Exp. 30541-2014-18-1801-JR-CI-01, del 16 de agosto de 2016), el Primer Juzgado Especializado en lo Constitucional del Poder Judicial de Lima otorgó una medida cautelar a favor de Violeta Gómez Hinostroza, en la cual

ordenaba al Ministerio de Salud (Minsa) que distribuyera de forma gratuita en todos los centros de salud en el nivel nacional el anticonceptivo oral de emergencia (AOE) levonorgestrel, lo cual dejó sin efecto la sentencia del Tribunal Constitucional que había dispuesto que el Minsa se abstuviera de distribuir gratuitamente el AOE.¹⁷

El juzgado recordó que la sentencia del Tribunal Constitucional no era inmutable, según lo dicho en el mismo fallo. En este sentido señaló que la Corte IDH, en el caso *Artavia Murillo y otros sobre fecundación in vitro vs. Costa Rica* (2012) había precisado que el término concepción de la vida humana no podía ser comprendido como un momento ajeno al cuerpo de la mujer debido a que, si el embrión no se implantaba en el útero de esta, su desarrollo era nulo.

No obstante, había que tener en cuenta que en dicha sentencia el Tribunal Constitucional revocó un fallo anterior del mismo que estimó como constitucional el uso de la píldora del día siguiente.¹⁸ En efecto, en un primer fallo el Tribunal Constitucional valoró la autodeterminación reproductiva como un derecho implícito del libre desarrollo de la personalidad, del cual emana de aquel a la autodeterminación reproductiva en tanto derecho implícito contenido en el derecho al libre desarrollo de la personalidad.

A juicio del Tribunal, dicho derecho consistía en la autonomía para decidir en los asuntos que solo atañen a la esfera privada e íntima de las personas. Pero también se afirmó que el derecho a la autodeterminación reproductiva se desprendía del reconocimiento de la dignidad de la persona humana y del derecho general de libertad que le es inherente, como es el de decidir usar o no la píldora del día siguiente.

De ese modo, en la primera sentencia del Tribunal Constitucional sobre la AOE la dignidad humana y la libertad personal fueron concretizadas a partir de la necesidad de reconocer el derecho de elegir libremente y sin interferencia sobre: 1) el momento adecuado u oportuno de la reproducción; 2) la persona con quién procrear y reproducirse; y 3) la forma o el método para lograrlo o para impedirlo.

No obstante, en el segundo fallo del Tribunal Constitucional sobre la AOE, la nueva mayoría acogió una interpretación subjetiva sobre un eventual efecto abortivo de la píldora, en el entendido de que, como la concepción a su juicio ocurre en el momento en que se produce la fecundación y no la implantación, el eventual efecto antiimplantatorio del embrión fecundado en el endometrio del útero de la mujer constituiría un aborto, proscrito en el ordenamiento legal peruano.

17 Tribunal Constitucional, Expediente 02005-2009-PA/TC.

18 Tribunal Constitucional, Expediente 7435-2006-PC/TC.

Sin embargo, a juicio de la Corte IDH, la protección del derecho a la vida desde la concepción se produce con la implantación del óvulo fecundado en las paredes del endometrio del útero de la mujer, motivo por el cual, antes de culminar este proceso de la anidación no se puede aplicar el artículo cuarto de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), que protege el derecho a la vida del concebido.

De otro lado, el juzgado constitucional del Poder Judicial recordó que los derechos y las libertades deben interpretarse de conformidad con la Declaración Universal de los Derechos Humanos y demás tratados de los que el Perú es parte, de acuerdo con la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución de 1993.

En virtud de ello, el juzgado constitucional consideró que era pertinente tener en cuenta la interpretación efectuada por la Corte IDH en el caso *Artavia Murillo y otros sobre fecundación in vitro vs. Costa Rica*, respecto al momento en que se originaba la concepción para determinar la protección jurídica de la vida; y, por tanto, reconoció que a juicio de la Corte la tutela jurídica se realizaba desde la anidación, esto es, desde que es viable el desarrollo de la vida humana.

En consecuencia, el juzgado constitucional hizo el control de convencionalidad de la sentencia del Tribunal Constitucional 02005-2009-PA/TC, prefiriendo la interpretación efectuada por la Corte IDH en el aludido caso *Artavia Murillo vs. Costa Rica*, sobre la protección convencional del derecho a la vida desde la anidación. Por tanto, declaró fundada la medida cautelar y ordenó al Ministerio de Salud que distribuyera de manera gratuita en todos los centros de salud el anticonceptivo oral de emergencia levonorgestrel.

Caso de la disolución constitucional del Congreso

El 14 de enero de 2020, el Tribunal Constitucional expide sentencia en el Exp. 0006-2019-CC/TC, en la que resuelve el conflicto de competencia que formuló el Congreso de la República contra el Poder Ejecutivo, a raíz de que el 30 de septiembre de 2019 la mayoría parlamentaria sometió a votación la designación de seis nuevos jueces de siete del Tribunal Constitucional, de una lista de once candidatos que la Comisión Especial del Congreso había elaborado, sin concurso público; en esta se eligió al abogado Gonzalo Ortiz de Zevallos y quedó para voto la elección del exjuez supremo Sánchez Palacios.¹⁹

19 El 22 de mayo de 2020, el Pleno del Congreso de la República anuló la elección de Gonzalo Ortiz de Zevallos por 128 votos de 130 congresistas; asimismo, rechazó la postulación de Sánchez Palacios por la misma votación. Véase: <https://andina.pe/agencia/noticia-pleno-del-congreso-desestima-eleccion-gonzalo-ortiz-zevallos-como-miembro-del-tc-798501.aspx>

Ello, a pesar de que el presidente del Consejo de Ministros había solicitado al Congreso una “cuestión de confianza”, de acuerdo con el artículo 134 de la Constitución Política, sobre la urgente necesidad de modificar el sistema de elección de los candidatos a magistrados, con base en principios democráticos de concurso público, transparencia en la evaluación de sus perfiles, con veeduría institucional, la mayoría parlamentaria pretendió elegirlos sin dar prioridad a la cuestión de confianza.

La Constitución y el Reglamento del Congreso disponen que un pedido de confianza es una medida que debe verse de forma prioritaria y urgente, pero la mayoría del Congreso trató de evitar que el presidente del Consejo de Ministros, Del Solar, pudiera hacer efectivo dicho mandato y evitó físicamente que se incorporara al Pleno del Congreso para sustentar la cuestión de confianza.

Sin embargo, el presidente hizo valer su derecho como ministro a incorporarse a los debates del Pleno del Congreso (art. 129, CP), oportunidad que aprovechó para plantear la cuestión de confianza, la cual fue puesta a votación en el sentido de que sí debía debatirse y fue desestimada por 80 votos de 130 parlamentarios, lo que configuró técnicamente el rechazo a la confianza solicitada por el gobierno.

Después de esto, el presidente de la República se pronunció por la disolución del Congreso, como dispone el artículo 134 de la Constitución, al haberse negado la confianza a dos gabinetes –el primero fue el de Zavala el año 2017–. En esa medida, la oposición lo suspendió en el cargo del presidente de la República, por incapacidad moral, previsto en el artículo 114-1 de la Constitución y, acto seguido, nombró a la vicepresidenta Mercedes Araoz como presidenta, la cual juró el cargo, pero renunció al día siguiente.

La disolución del Congreso se materializó con la publicación del Decreto Supremo 165-2019-PCM, en el cual se convocó a elecciones parlamentarias en cuatro meses (domingo 26 de enero de 2020). Con base en esto, al día siguiente el Jurado Nacional de Elecciones publicó el calendario electoral.

En ese interregno parlamentario quedó en operación la Comisión Permanente del Congreso para recibir los decretos de urgencia con que gobernaría el Poder Ejecutivo, a falta del funcionamiento del Poder Legislativo. Por este motivo, el presidente de dicha Comisión planteó un conflicto de competencia contra el Poder Ejecutivo ante el Tribunal Constitucional, el mismo que admitió la demanda pero rechazó la solicitud de medida cautelar para que, provisionalmente, se suspendieran los efectos del DS 165-2019-PCM, hasta la expedición de la sentencia. Dicho rechazo se basó en que no había visos de inconstitucionalidad de la medida constitucional tomada por el presidente de la República, de conformidad con el artículo 134 de la Constitución.

Con motivo de la renovación de la Presidencia del Tribunal Constitucional en diciembre de 2019, la magistrada Marianela Ledesma fue elegida como la primera presidente mujer del Tribunal, lo que ha significado introducir una visión más abierta del proceso constitucional. Por eso, en el Pleno del Tribunal se acordó publicar el proyecto de sentencia del ponente del conflicto de competencia, para recibir aportes cual *amicus curiae*; asimismo, tanto la audiencia pública como la deliberación interna de los magistrados se transmitieron al público a través del canal institucional que permitió su retransmisión en vivo por el canal de televisión del Estado.

La sentencia fue aprobada por mayoría rechazando la demanda de la Comisión Permanente con los siguientes argumentos:

Primero, que el Poder Ejecutivo tenía competencia para presentar un proyecto de ley para modificar la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, a fin de garantizar un proceso de selección y elección de magistrados del Tribunal Constitucional transparente y público, que permitiera contar con candidatos idóneos, lo cual no significaba menoscabar atribuciones del Congreso de la República para deliberar dicha propuesta y votarla, ni menos que el Poder Ejecutivo pretendiese elegir a los magistrados constitucionales, como se demandó.

Segundo, que cuando el Poder Ejecutivo, a través de la Presidencia del Consejo de Ministros, hizo cuestión de confianza del mencionado proyecto de ley ante el Congreso, el rechazo que formuló a su deliberación antes de elegir a los candidatos a magistrados constitucionales constituyó una clara manifestación de voluntad política de rechazo; por tanto, no fue inconstitucional que el presidente de la República la haya considerado como una negativa de confianza en los hechos o fáctica. De modo que el Congreso no solo puede otorgar o no la confianza de forma expresa, sino también, como en el presente, cuando por sus actos parlamentarios propios deja sentada claramente su voluntad política de rechazo.

En consecuencia, al haberse producido el segundo rechazo de confianza a un gabinete ministerial en el periodo constitucional de gobierno de cinco años (2016-2021), el presidente de la República Martín Vizcarra quedó habilitado para disolver el Congreso, llamar a elecciones en el plazo de cuatro meses y, durante dicho interregno parlamentario, gobernar mediante decretos de urgencia, de los cuales quedó obligado a dar cuenta a la Comisión Permanente, de conformidad con los artículos 134 y 135 de la CP.

En tercer lugar, la cuestión de confianza tiene una naturaleza política ordinaria y extraordinaria; ordinaria cuando se instala un nuevo gobierno y el presidente del Consejo de Ministros y sus ministros acuden al Congreso para exponer el plan de gobierno y las medidas principales de su gestión, para lo cual solicitan el voto de confianza; y extraordinaria, cuando en circunstancias políticas

determinadas se requiere el respaldo parlamentario a una política gubernamental que es importante para el Poder Ejecutivo. Esta última fue la que solicitó el presidente del Consejo de Ministros al Congreso con carácter de urgencia, como faculta el artículo 105 de la Constitución Política; de modo que el 30 de septiembre debió debatirse y someterse a votación, motivo por el cual la prerrogativa de la autorregulación del Congreso no podía prevalecer ante dicho mandato constitucional. De esta forma, por una mayoría de cuatro votos contra tres, el Tribunal Constitucional declaró infundada la demanda competencial, señalando la validez constitucional del acto de disolución del Congreso de la República, contenido en el Decreto Supremo 165-2019- PCM.

PERSPECTIVAS

Las reformas que tiendan al fortalecimiento de la justicia constitucional solo son posibles de llevarse a cabo en el marco tanto de una reforma de la justicia constitucional como de la maduración del Estado democrático, en el que se pongan en evidencia sus relaciones institucionales de control y balance con los poderes del Estado. En ese sentido, en el Perú la justicia constitucional se encuentra inserta en un régimen político presidencialista, pero con un fuerte acento asambleísta del Congreso, caracterizado por apelar a la voluntad popular, de acuerdo con sus objetivos políticos y económicos, de pragmatismo y eficiencia, lo que configura prácticas neopopulistas.

Sin embargo, la alternativa no pasa por cambiar el régimen presidencial por un régimen parlamentarista, por el peligro que se vive con el dominio político de una mayoría parlamentaria populista o autoritaria, sino que, en concordancia con las raíces y el estado de conciencia de la vida cívica y política en el Perú, el presidencialismo debe controlarse, limpiando las impurezas para el establecimiento de un sistema moderado o atenuado. Asimismo, el asambleísmo del Congreso también debe moderarse debido a que, cuando la oposición al gobierno ha controlado el Congreso, históricamente ha realizado una función obstruccionista, lo que ha afectado la gobernabilidad y la estabilidad del país.

Si bien, pasar de un gobierno de los hombres a un gobierno de las leyes, en aras de buscar el control de los poderes, muchas veces ha significado entrar al gobierno de los jueces, las relaciones del Tribunal Constitucional con los poderes políticos no solo han sido conflictivas.²⁰ También con el Poder Judicial se

20 Tribunal Constitucional, *Tribunal Constitucional y control de poderes: documentos de debate*, Lima, Konrad Adenauer Stiftung, 2006, p. 135.

han planteado conflictos y dilemas, cuando la justicia ordinaria ha desafiado la supremacía de la interpretación constitucional del Tribunal Constitucional. Ello en principio es posible de entender, como una manifestación más de la crisis de legitimidad de los poderes públicos, lo cual alumbró la necesidad de crear una justicia constitucional especializada en la Constitución de 1979.

Por ello, se debe reforzar la jurisdicción constitucional, en el seno de un Estado de derecho pluralista y tolerante, donde la legitimidad democrática del poder se justifique a partir de la existencia y tutela en el nivel real de los derechos fundamentales, en el marco de un buen gobierno. Pero, también, se debe seguir potenciando la implementación del derecho internacional de los derechos humanos en el nivel nacional, mediante el control de convencionalidad, que obliga al Estado a respetar los convenios internacionales con base en los principios del *pacta sunt servanda* y la buena fe, así como garantizando que los ciudadanos apelen al sistema interamericano a partir de los tratados internacionales sobre derechos humanos, a fin de suplir la falta de tutela judicial de sus derechos en el nivel nacional.

En ese sentido, es importante señalar que la democratización del Estado constitucional desde inicios del nuevo siglo ha reforzado la defensa de los derechos fundamentales con el papel que cumple el sistema interamericano; esto ha permitido, entre otras cosas, reabrir el debate en torno al grado de intensidad de la protección internacional de los derechos humanos en el ámbito nacional.²¹ Por ello, se puede afirmar que la tendencia en la justicia constitucional de estas dos últimas décadas ha sido otorgar a los tratados de derechos humanos y a su jurisprudencia una posición preferente frente a la ley, incluso en determinados casos en el nivel de la propia Constitución, cuando se refiere a los tratados sobre derechos humanos.

No obstante, la eficacia de dichas normas internacionales se sostiene no solo en su legitimidad, sino, en última instancia, en la legitimidad de poder internacional, que asegura su cumplimiento. Por eso, la defensa de los derechos fundamentales a través de la jurisdicción internacional requiere que funcione independientemente, tanto de los intereses particulares de las potencias internacionales, como del uso radical de la soberanía estatal, a través de la articulación

21 César Landa Arroyo, “¿Diálogo entre la justicia constitucional y la jurisdicción internacional? Entre la incorporación y la manipulación de los estándares de derecho internacional de los derechos humanos en el ordenamiento jurídico peruano”, en Luis López Guerra y Alejandro Saiz Arnaiz (dirs.), *Los sistemas interamericano y europeo de protección de los derechos humanos. Una introducción desde la perspectiva del diálogo entre tribunales*, Lima, Palestra, 2015, pp. 187-227.

convencional de los sistemas de protección de la justicia nacional e internacional, en aras de tutelar la democracia y los derechos humanos.²²

Sin embargo, la protección multinivel de los derechos fundamentales no puede defenderse de sus enemigos basándose en construcciones positivistas e interpretaciones superformalizadas, alejadas de las realidades nacionales. Por ello, la jurisprudencia constitucional tiene que redimensionarse fortaleciendo su función de limitación del gobierno por el derecho; es decir, defendiendo el orden y los valores de la persona humana, propios del principio de supremacía jurídica de la Constitución y de supremacía política de la democracia. Esto solo es posible partiendo de reconocer –junto al carácter jurídico de la labor de la justicia constitucional– la naturaleza y las consecuencias políticas de su jurisprudencia constitucional.

Ello solamente será factible con un Tribunal Constitucional integrado por magistrados que actúen con independencia e integridad; de allí que sea necesario reformar el sistema de selección y elección de los magistrados constitucionales, a fin de fortalecer orgánicamente al cuerpo encargado de la justicia constitucional. En este sentido, las agendas política y ciudadana deben demarcar temas fundamentales como: la elección técnica-política de los magistrados constitucionales, mediante la preselección de los candidatos y su evaluación en audiencias públicas; un perfil adecuado de los candidatos en el que se prefiera a los que muestren una trayectoria democrática, alta competencia técnico-jurídica, imparcialidad profesional, compromiso con la voluntad popular, cualidades humanas de tolerancia y pluralismo, así como también capacidad de trabajo en grupo, pero, sobre todo, cualidades éticas y morales.

Repensar en estos términos la posición del Tribunal Constitucional y de su justicia constitucional de cara al Bicentenario de la Independencia del Perú (2021) supone concluir precisando algunos elementos constitutivos del mismo. Así, una teoría constitucional renovada éticamente constituye la columna que vertebrará y sostiene a las críticas y propuestas constitucionales que se han formulado. Partiendo de la idea de las instituciones sociales o los ordenamientos concretos que yacen en la sociedad –distantes del neo y el nuevo constitucionalismo²³–, se plantea que el pluralismo y la tolerancia son la fuente permanente del cambio social, gestado no por la fuerza normativa de los hechos, sino por

22 César Landa Arroyo, “El impacto del control de convencionalidad en el ordenamiento peruano: entre la época de la dictadura y la consolidación de la democracia constitucional”, en S. Castañeda (coord.), *Constitucionalismo y democracia en América Latina: Controles y riesgos*, Lima, Adrus, 2014, pp. 219-254.

23 Roberto Viciano y Rubén Martínez, “La Constitución democrática, entre el neo constitucionalismo y el nuevo constitucionalismo”, en *El constitucionalismo por encima de la crisis*.

la fuerza normativa de la Constitución, como expresión de la correspondencia entre la normalidad y normatividad constitucional, y la recuperación de las nociones básicas de la ética y la utopía constitucionales, pero con responsabilidad hacia las nuevas generaciones.

Ello solo es posible en tanto el grado de desarrollo de los derechos fundamentales se convierta en la medida del avance y la calidad de la vida constitucional de los ciudadanos. Si bien existen diversas formas de entender los derechos fundamentales, es desde una perspectiva institucional de estos que interesa afirmarlos; la misma que propone cerrar el divorcio entre los derechos subjetivos del individuo y los derechos objetivos del Estado,²⁴ a través de garantizar proporcional y equilibradamente el contenido esencial de los derechos y deberes constitucionales, así como otorgándoles un carácter procesal y activo a los derechos fundamentales como una forma de evitar, muchas veces, el abuso judicial en la manipulación de los derechos.

Por eso, respecto al perfil de quien debe ser un juez, incluido el constitucional, vale la pena traer a colación las palabras del presidente del Tribunal de la Cámara de los Lores y Lord Canciller, lord Lynhurst; cuando se le preguntó acerca de quién debería ser un juez, él respondió: “Busco a un caballero y si conoce un poco sobre leyes mucho mejor”.²⁵

BIBLIOGRAFÍA

AGENCIA DE NOTICIAS ANDINA, “Pleno del Congreso desestima elección de Gonzalo Ortiz de Zavallos como miembro del TC”, 22 de mayo de 2020. <https://andina.pe/agencia/noticia-pleno-del-congreso-desestima-eleccion-gonzalo-ortiz-zavallos-como-miembro-del-tc-798501.aspx>

ATIENZA, Manuel, “Argumentación y Constitución”, en J. AGUILÓ, M. ATIENZA y J. RUIZ (coords.), *Fragmentos para una teoría de la Constitución*, Madrid, Iustel, 2007, pp. 113-159.

BAYÓN, Juan Carlos, “El constitucionalismo en la esfera pública global”, *Anuario de Filosofía del Derecho* 29, Madrid, Ministerio de Justicia, 2013, pp. 57-99.

DE CABO, Carlos, *Contra el consenso. Estudios sobre el Estado constitucional y el constitu-*

Propuestas para el cambio en un mundo (des)integrado, Bologna, Filodiritto Editore, 2016, pp. 230-250.

24 Rudolf Smend, *Constitución y derecho constitucional*, Madrid, CEC, 1985, pp. 225-235.

25 Shimon Shetreet, *Judges on Trial. A Study of the Appointment and Accountability on the English Judiciary*, Netherlands, North-Holland, 1976, p. 293.

- cionalismo del Estado social*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 1997.
- GARCÍA PELAYO, Manuel, “Estado legal y Estado constitucional de derecho”, en Javier BELLAUNDE (comp.). *El Tribunal de Garantías Constitucionales en Debate*, Lima, Consejo Latinoamericano de Derecho y Desarrollo, 1988.
- GARCÍA, Alan, “El síndrome del perro del hortelano”, *El Comercio*, 28 de octubre de 2007.
- GARCÍA, Alan, “Receta para acabar con el perro del hortelano”, *El Comercio*, 25 de noviembre de 2007.
- GARCÍA, Enrique, *La interpretación de la constitución*, Madrid, CEC, 1984.
- GRIMM, Dieter, “Integration by constitution”, *I-CON*, vol. 3, núms. 2 y 3: Special May, 2005, pp. 193-208.
- LANDA ARROYO, César, “¿Diálogo entre la justicia constitucional y la jurisdicción internacional? Entre la incorporación y la manipulación de los estándares de derecho internacional de los derechos humanos en el ordenamiento jurídico peruano”, en Luis LÓPEZ GUERRA y Alejandro SAIZ ARNAIZ (dirs.), *Los sistemas interamericano y europeo de protección de los derechos humanos. Una introducción desde la perspectiva del diálogo entre tribunales*, Lima, Palestra, 2015, pp. 187-227.
- LANDA ARROYO, César, “El impacto del control de convencionalidad en el ordenamiento peruano: entre la época de la dictadura y la consolidación de la democracia constitucional”, en S. CASTAÑEDA (coord.), *Constitucionalismo y democracia en América Latina: Controles y riesgos*, Lima, Adrus, 2014, pp. 219-254.
- LANDA ARROYO, César, “La jurisdicción constitucional en Perú”, en AA.VV., *La jurisdicción constitucional en América Latina. Un enfoque desde el ius constitutionale commune*, vol. I, Bogotá, Universidad Externado - Max-Planck Institute, 2019.
- LANDA ARROYO, César, *Apuntes para una teoría democrática moderna en América Latina*, Lima, PUCP, 1994.
- LANDA ARROYO, César, *Tribunal Constitucional y Estado Democrático*, Lima, Palestra, 2007, pp. 77-113.
- LOAYZA, Pamela, “Los orígenes de la repartija. Balance de la selección de magistrados del Tribunal Constitucional”, *Revista Argumentos*, núm. 4, 2013. <http://argumentos-historico.iep.org.pe/articulos/los-origenes-de-la-repartija-balance-de-la-seleccion-de-magistrados-del-tribunal-constitucional/>
- PECES-BARBA, Gregorio, *Los valores superiores*, Madrid, Tecnos, 1984.
- RÍOS FIGUEROA, Julio, “Instituciones para la justicia constitucional en América Latina”, en G. HELMKE y J. RÍOS FIGUEROA (coords.), *Tribunales Constitucionales en América Latina*, México, SCJN, 2010, pp. 47-90.
- SHETREET, Shimon, *Judges on Trial, A Study of the Appointment and Accountability on the English Judiciary*, Netherlands, North-Holland, 1976.

- SMEND, Rudolf, *Constitución y derecho constitucional*, Madrid, CEC, 1985.
- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, *Tribunal Constitucional y control de poderes. Documentos de debate*, Lima, Konrad Adenauer Stiftung, 2006.
- VERDÚ, Pablo Lucas, *La lucha contra el positivismo jurídico en la República de Weimar. La teoría constitucional de Rudolf Smend*, Madrid, Tecnos, 1997.
- VICIANO, Roberto y Rubén MARTÍNEZ, “La Constitución democrática, entre el neo constitucionalismo y el nuevo constitucionalismo”, en *El constitucionalismo por encima de la crisis. Propuestas para el cambio en un mundo (des)integrado*, Bologna, Filodiritto Editore, 2016, pp. 230-250.

Jurisprudencia

- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, Caso Artavia Murillo y otros (“fecundación *in vitro*”) vs. Costa Rica”, Sentencia de 28 de noviembre de 2012, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, núm. 257.
- PODER JUDICIAL, 16 de agosto de 2016, Exp. 30541-2014-18-1801-JR-CI-01, Resolución 3.
- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, “6226 ciudadanos contra el Poder Ejecutivo”, 26 de julio de 2011, Exp. 00024-2009-PI/TC
- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, “Asociación Interétnica de Desarrollo de la Selva Peruana (Aidesep)”, 30 de junio de 2010, Exp. 05427-2009-PC/TC.
- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, “Asociación Interétnica de Desarrollo de la Selva Peruana (Aidesep)”, 11 de noviembre de 2009, Exp. 06316-2008-PA/TC.
- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, “Caso sobre la disolución del Congreso de la República”, 14 de enero de 2020, Exp. 0006-2019-CC/TC.
- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, “Gonzalo Tuanama Tuanama y 5.000 ciudadanos”, 09 de junio de 2010, Exp. 00022-2009-PI/TC.
- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, “ONG Acción de Lucha Anticorrupción”, 16 de octubre de 2009, Exp. 02005-2009-AA/TC.
- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, “Susana Chávez Alvarado y otras”, 13 de noviembre de 2006, Exp. 7435-2006-PC/TC.

DIEZ AÑOS DE JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL EN URUGUAY

Martín Risso Ferrand*

INTRODUCCIÓN

En los últimos diez años, el Grupo de Justicia Constitucional y Derechos Humanos ha realizado distintos estudios y un seguimiento de la jurisprudencia relevante en el país de cada uno de los miembros del grupo, lo que ha permitido comparar, advertir evoluciones y retrocesos, así como obtener elementos para comprender la situación de América Latina en estos temas.

Al cumplir diez años de trabajo se ha decidido realizar una evaluación de la década en cada país siguiendo ejes temáticos preestablecidos.

A los efectos de cumplir con lo anterior, en este artículo se abordará la situación de Uruguay de acuerdo con el siguiente esquema de trabajo: en primer lugar, se mencionará la situación jurisprudencial imperante al inicio de la década y que constituye el punto de partida para comprender lo ocurrido. A continuación, se analizará la jurisprudencia uruguaya respecto al bloque constitucional o de constitucionalidad y al control de convencionalidad y cómo siguió evolucionando. Luego, se pasará al análisis del constitucionalismo latinoamericano en el país y, en especial, a la brecha entre las normas constitucionales e internacionales en Uruguay y la realidad jurisprudencial en estos temas.

El análisis se centrará en la evolución de dos cuestiones: el cumplimiento de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) (en especial la sentencia “Gelman”¹) y las acciones de amparo.

* Director de la Maestría en Derecho con énfasis en Derecho Constitucional y Derechos Humanos; profesor de Derecho Constitucional, Universidad Católica del Uruguay. martinrisso@estudiorisso.com.uy

1 Corte IDH, Caso Gelman vs. Uruguay, Sentencia de 22 de noviembre de 2012, Serie C, núm. 221.

ANTECEDENTES

Hasta el año 2009, Uruguay vivió en cierta forma de espaldas al sistema interamericano de derechos humanos y a la jurisprudencia de la Corte IDH. Las razones de esto no son sencillas de comprender. Podrían atribuirse a que la doctrina nacional en materia constitucional y de derechos humanos era escasa. También a una realidad en la que las principales situaciones de violaciones de los derechos humanos que son frecuentes en el continente no estaban presentes o, al menos, no con la intensidad con que se presentaban en otros países. Al mismo tiempo, Uruguay nunca había sido demandado ante la Corte IDH (sin perjuicio de que sí hubo denuncias ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos [CIDH]). Tan importante ha sido este último aspecto que cuando en el año 2011 llegó la primera sentencia de la Corte IDH, en el caso *Gelman vs. Uruguay*, se produjo una suerte de conmoción en ámbitos judiciales, políticos y académicos que, en general, y en medio de una gran confusión, enfrentaban lo que para ellos era una novedad.

El cambio se produjo en octubre de 2009, cuando la Suprema Corte de Justicia dictó la sentencia 365 de 2009, en que declaró la inconstitucionalidad de los artículos 1, 3 y 4 de la Ley 15.848, comúnmente conocida como Ley de Caducidad (en realidad fue una ley de amnistía para delitos cometidos durante el gobierno militar de 1973-1984). La sentencia adhiere a lo que denomina como una “poderosa corriente” que reconoce un bloque de derechos humanos integrado por los derechos explícitamente consagrados en la Constitución y en el derecho internacional, más los derechos implícitos en ambos órdenes. Reconoce, asimismo, que en casos de diversa regulación de un derecho el operador debe optar por la fuente que mejor proteja y garantice el derecho.² Descarta que la noción de soberanía pueda oponerse a los derechos humanos, y señala que, por el contrario, debe procederse al revés.

Si bien en aquellos tiempos no era frecuente la cita de la jurisprudencia interamericana, la Suprema Corte cita las sentencias de la Corte IDH en los casos “Barrios Altos”, “La Cantuta” y “Almonacid Arellano”, y sigue los criterios postulados en ellas.

Es en este contexto auspicioso que Uruguay llegó al año 2010, cuando comienza el seguimiento del Grupo de Estudio.

2 Sobre esta sentencia, véase Martín Risso, “El Derecho Internacional de los Derechos Humanos en la jurisprudencia reciente de la Suprema Corte de Justicia”, *Estudios Jurídicos*, núm. 8, 2010, pp. 301-322.

EL BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD EN LA JURISPRUDENCIA

Con anterioridad a la sentencia de la Corte IDH en el caso “Gelman”, en el periodo 2005-2010, la Comisión de Constitución, Legislación y Códigos de la Cámara de Senadores, bajo la presidencia del senador (y constitucionalista) José Korzeniak, analizó detenidamente este tema y varias alternativas, aunque todos los caminos que se proponían terminaban chocando con el principio de irretroactividad en materia penal.

En el año 2010, ante la inminencia del pronunciamiento de la Corte IDH, se revitalizó la idea, impulsada entre otros por el canciller uruguayo Almagro. Durante la discusión del proyecto recayó la sentencia de la Corte IDH (caso “Gelman”) y, en definitiva, el proyecto fue aprobado en el Senado, pero en la Cámara de Representantes faltó un voto, por lo que la iniciativa fue rechazada.

Poco después de la sentencia “Gelman”, y pese a no ser necesario legislar (lo que había que hacer era cumplir con la sentencia de la Corte IDH) comenzó un tercer intento, con un texto distinto, y se terminó aprobando por apretada mayoría la Ley 18.831, cuyos artículos 2 y 3 fueron declarados luego inconstitucionales. Esta ley establece:

Artículo 2º. No se computará plazo alguno, procesal, de prescripción o de caducidad, en el período comprendido entre el 22 de diciembre de 1986 y la vigencia de esta ley, para los delitos a que refiere el artículo 1º de esta ley.

Artículo 3º. Declárase que los delitos a que refieren los artículos anteriores son crímenes de lesa humanidad de conformidad con los tratados internacionales de los que la República es parte.

Esta ley se aprobó luego de un arduo proceso parlamentario en el que hubo intensas y largas discusiones, y en las comisiones especializadas de ambas cámaras se convocó a especialistas para conocer su opinión. La mayoría de las opiniones técnicas recibidas señalaban que no se precisaba la sanción de ninguna ley, sino que bastaba con cumplir con la sentencia de la Corte IDH. Por mi parte, expresé:³

- a) La sentencia de la Corte IDH no ordena a Uruguay ni derogar ni anular la ley de caducidad, sino que establece que la ley de caducidad es nula (contraria a la Convención Americana). Tampoco ordena la Corte Interamericana el dictado de ninguna ley, sino que, entendiendo nula la ley de caducidad, se debía cumplir con la sentencia sin demora.

3 Pueden verse los diarios de sesiones de Comisión de Constitución del Senado y de la Cámara de Representantes de los años 2011 y 2012.

- b) Asimismo, atendiendo a que la Corte IDH ordenó “remover los obstáculos” que impedían las investigaciones y, eventualmente, la sanción de los responsables, el proyecto de ley no solo no implicaba cumplimiento de la sentencia (no removía ningún obstáculo pues la Corte IDH ya partía de la nulidad de la ley), sino que además creaba otro obstáculo. En efecto, conforme a la Constitución uruguaya, en cualquier proceso en trámite, una de las partes puede interponer una “excepción de inconstitucionalidad” contra una ley que resulte aplicable al caso, agregando que la interposición de esta excepción tiene efecto suspensivo (detiene el proceso y el expediente es enviado a la Suprema Corte) hasta la sentencia definitiva. Fácil era prever que se interpondrían estas excepciones y se lograría una suspensión en el entorno de dos años *en las investigaciones, cosa que efectivamente ocurrió*.
- c) Además, y considerando algunos pronunciamientos recientes de la Suprema Corte, en que había analizado si los delitos cometidos durante la dictadura eran de lesa humanidad y el principio de irretroactividad, la Corte podría llegar a declarar la inconstitucionalidad de la ley.
- d) En definitiva, en 2011 entendí que la ley no era necesaria (se podía cumplir con la sentencia de la Corte IDH sin que fuera necesario el dictado de ninguna ley) e implicaba crear nuevos obstáculos para las investigaciones, pues estas se iban a demorar por el referido efecto suspensivo y, posiblemente, sería declarada inconstitucional.

Como era de prever la nueva ley, además de innecesaria, terminó siendo un nuevo obstáculo para las investigaciones sobre las graves violaciones de derechos humanos, pues en todos los expedientes en que se estudiaban estos casos *se interpusieron excepciones de inconstitucionalidad paralizando por un periodo cercano a los dos años los procesos judiciales*.

Y todavía, por sentencia 20 de 22 de febrero de 2013, la Suprema Corte de Justicia uruguaya falló: “haciendo lugar, parcialmente, a la excepción de inconstitucionalidad opuesta y, en su mérito, declarando inconstitucionales y, por ende, inaplicables a los excepcionantes los artículos 2 y 3 de la Ley no 18.831”.

La sentencia, que se dictó por cuatro votos contra uno,⁴ desde el punto de vista estrictamente jurídico no debía tener otro efecto que haber constituido un obstáculo para las investigaciones (creado luego de la sentencia de la Corte IDH), pero la cuestión terminaba ahí, pues en nada obstaba la declaración de inconstitucionalidad al cumplimiento de la sentencia “Gelman”.

4 El voto disidente fue el de Ricardo Pérez Manrique.

Ciertamente, ¿qué efecto tiene una sentencia que declara en Uruguay disposiciones legales? Pues bien, conforme la Constitución uruguaya el efecto es para el caso concreto (no tiene efectos generales) y su efecto, en las vías de excepción u oficio, es la inaplicabilidad de las disposiciones declaradas inconstitucionales (art. 258 CP5) en el proceso de que se trate.

En definitiva, este punto es clarísimo. En cada expediente judicial en que se declare la inconstitucionalidad, el único efecto jurídico de la sentencia de la Suprema Corte es la inaplicabilidad de los artículos 2 y 3 de la Ley 18.831. O sea, la situación era que, en cada expediente, se volvía al *año 2011*, antes de la aprobación de la ley 18.831 (cuyos arts. 2 y 3 no se pueden aplicar), y la cuestión es, prescindiendo de esta norma legal, cumplir con la sentencia de la Corte IDH.

Claro que no todo era igual al 2011. Antes de la Ley 18.831 un juez, ordenando que se agregara en el expediente copia de la sentencia de la Corte IDH, debía llevar adelante las investigaciones y, si fuera el caso, sancionar a los responsables. Ahora, ese mismo juez tendrá en el expediente, además, una sentencia de la Suprema Corte que, si bien solo tiene como efecto jurídico la imposibilidad de aplicar los artículos 2 y 3 de la Ley 18.831, expresa posiciones parcialmente contrarias a lo ordenado por la Corte IDH en la sentencia de febrero de 2011. La situación del juez era mucho mejor antes de la ley, pues es claro que esta norma, y la declaración de inconstitucionalidad que recayó, generaron más confusiones. Veamos:

- a. La jurisprudencia de la Corte IDH, seguida por la Suprema Corte en 2009, en los casos “Barrios Altos”, “La Cantuta” y “Almonacid Arellano”, no era seguida y esto se señalaba en forma expresa.
- b. Se vuelve al análisis en términos tradicionales, los anteriores a 2009.

5 Artículo 256. Las leyes podrán ser declaradas inconstitucionales por razón de forma o de contenido, de acuerdo con lo que se establece en los artículos siguientes.

Artículo 257. A la Suprema Corte de Justicia le compete el conocimiento y la resolución originaria y exclusiva en la materia; y deberá pronunciarse con los requisitos de las sentencias definitivas.

Artículo 258. La declaración de inconstitucionalidad de una ley y la inaplicabilidad de las disposiciones afectadas por aquella podrán solicitarse por todo aquel que se considere lesionado en su interés directo, personal y legítimo.

1) Por vía de acción, que deberá entablar ante la Suprema Corte de Justicia.

2) Por vía de excepción, que podrá oponer en cualquier procedimiento judicial.

El Juez o Tribunal que entendiere en cualquier procedimiento judicial, o el Tribunal de lo Contencioso Administrativo, en su caso, también podrá solicitar de oficio la declaración de inconstitucionalidad de una ley y su inaplicabilidad, antes de dictar resolución.

En este caso y en el previsto por el numeral 2), se suspenderán los procedimientos, elevándose las actuaciones a la Suprema Corte de Justicia.

- c. Se habla del control de convencionalidad, pero aquí se aprecian dos situaciones diversas: i) por un lado se enfatiza que la jurisprudencia general de la Corte IDH no es obligatoria, con lo que rechaza la *cosa interpretada*; pero ii) no advierte que la sentencia “Gelman”, para Uruguay, no era *cosa interpretada*, sino *cosa juzgada* y el único comportamiento válido del Estado era su cumplimiento.

Las sentencias de la Suprema Corte de 2013 no fueron claras en cuanto a la existencia del bloque de constitucionalidad, pues, esta no se pronunció expresamente al respecto, por lo que hoy no tenemos certeza en cuanto a la subsistencia de los criterios contenidos en la Sentencia 365 de 2009 en la actual integración de la Corte.

Asimismo, las referencias al bloque de constitucionalidad que comenzaron a aparecer en la jurisprudencia en el periodo 2009-2013, siguiendo los nuevos criterios de la Suprema Corte, prácticamente desaparecieron después de 2013.

Además, la justicia penal se dividió. El Tribunal de Apelaciones en lo Penal de Primer Turno ha mantenido los criterios del bloque, la obligatoriedad de la sentencia de la Corte IDH en el caso “Gelman”, el control de convencionalidad, los derechos de las víctimas, el derecho a la verdad y ha citado expresa y constantemente normas internacionales, la sentencia de la Suprema Corte 365 de 2009 y múltiples sentencias de la Corte IDH. Hay una clara sintonía entre esta jurisprudencia y los criterios de la Corte IDH y de la propia Suprema Corte de 2009.

Pero esto no fue seguido por otros tribunales penales, que manejaron criterios difíciles de comprender, tales como que la Corte IDH no puede meterse en temas judiciales.⁶

La pregunta original en cuanto a la aceptación del bloque de constitucionalidad en el nivel jurisprudencial no tiene una respuesta clara. El paso fundamental y positivo dado por la Suprema Corte en 2009 fue desandado en 2013, aunque no es claro hasta qué punto. No sabemos con certeza si la Suprema Corte ha abandonado el bloque de constitucionalidad. En la jurisprudencia inferior la cuestión está dividida y tiene diferencias sustanciales.

De todas formas, no todo es negativo. De un análisis de la base de datos jurisprudencial realizada en 2019 en la Suprema Corte y los tribunales de apelaciones se pudo extraer algo novedoso, que consiste en la referencia a varias sentencias de la Corte IDH. Por ejemplo, “Mendoza vs. Argentina”, “Tristán Donoso vs. Panamá”, “Norín Catrimán y Otros vs. Chile”, “López Mendoza vs. Venezuela”, “Mohamed vs. Argentina”, “Barrios Altos”, “La Cantuta”, “Almonacid Arellano”, entre otros

6 Siguiendo la línea de la Sentencia 20 de 2013 de la Suprema Corte de Justicia.

casos. También se han utilizado las Opiniones Consultivas 5/85, 9/87 y 11/90. Incluso las referencias se encuentran en la jurisprudencia de la Suprema Corte.

Quizás el balance objetivo de lo acontecido en el periodo sea que hubo marcha atrás en 2013, y es difícil de determinar hasta dónde se retrocedió, pero también comienza a verse el uso de la jurisprudencia interamericana, lo que es algo muy positivo.

ENTRE LA NORMA Y LA REALIDAD

La relación existente entre la Constitución escrita y la realidad ha sido siempre uno de los temas centrales de estudio. En Alemania, partiendo de la conferencia de Ferdinand Lasalle⁷ “¿Qué es la Constitución?”, los aportes de Jellinek,⁸ Heller,⁹ Hesse,¹⁰ entre muchos otros, permiten una aproximación clara a la cuestión. No debe perderse de vista que estos desarrollos pueden relacionarse y enriquecerse con la noción estadounidense de interpretación no originalista o, especialmente, con la *living constitution*.¹¹

De todas formas, lo que se solicita para este trabajo es más sencillo y refiere a la distancia entre el derecho positivo y la realidad en materia constitucional y de derechos humanos.

Si analizamos el marco normativo, constitucional e internacional en vigor en Uruguay, se aprecia que están dados todos los elementos necesarios para la plena aplicación y protección de los derechos humanos. En Uruguay no han habido cambios normativos ni institucionales drásticos y, en general, los estándares logrados en la protección de los derechos humanos son altos si se les compara con América Latina.

Sin perjuicio de esto, y pese a que durante años la principal garantía jurisdiccional de los derechos humanos –la acción de amparo–¹² funcionó con razona-

7 Ferdinand Lasalle, *¿Qué es una Constitución?*, Monografías Jurídicas 79, Bogotá, Temis, 2005.

8 Georg Jellinek, *Reforma y mutación constitucional de la Constitución* (trad. de Christian Förster), Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991.

9 Hermann Heller, *Teoría del Estado*, Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica, 1955.

10 Konrad Hesse, *Escritos de Derecho Constitucional*, Madrid, Democracia y Derecho, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2011.

11 David A. Strauss, *The Living Constitution*, New York, Oxford University Press, 2010. Me remito a lo dicho en Martín Risso Ferrand, “Mutación e interpretación evolutiva en la Constitución. Dos casos uruguayos”, *Estudios Constitucionales*, Año 15, núm. 1, 2017, pp. 217-254.

12 Asimismo, debe consignarse que desde finales del siglo XX hasta hace unos diez años la acción de amparo gozaba de buena salud. Estas acciones, con base en la Constitución y en

ble efectividad, en el último lustro se ha producido una inaceptable involución judicial que ha conducido a que esta garantía prácticamente desaparezca en la realidad. Esto ha producido una brecha entre la norma y la realidad evidente e intolerable que conduce a que, en general, los derechos humanos no tengan en Uruguay una protección jurisdiccional medianamente efectiva.

En el año 2017 se dispararon las alarmas al finalizar la primera parte de una investigación jurisprudencial que incluía las acciones de amparo.¹³

En un periodo de tres años se relevaron las sentencias de amparo, excluyendo los amparos “médicos” (en que normalmente se pretende la entrega de medicamentos de alto costo) y los amparos contra particulares (que constituyen una minoría), focalizándose en las acciones de amparo contra entidades estatales. Se detectaron solo 74 expedientes con 116 sentencias, 74 de primera instancia y 42 de segunda instancia. El resultado final, contando primera instancia y apelación, nos muestra que, de los 74 casos, solo en uno se acogió totalmente el amparo y en 4 se acogió la demanda parcialmente (un proceso fue clausurado). Las restantes demandas fueron rechazadas.

Dos cosas se hacen evidentes: a) el bajo número de acciones de amparo, que demuestra que ante los fracasos constantes los abogados dejaron de visualizar estas acciones como herramientas idóneas para la defensa de los intereses de sus clientes, y b) el bajo número de acogimientos y el muy elevado número de rechazos.

Con la lectura de estas sentencias se aprecian sin dificultad las principales causas del problema detectado.

TIPOS DE AMPARO Y DISTINTAS REGULACIONES

En general, y este es sin duda el principal problema, la jurisprudencia se focaliza en el amparo legal (Ley 16.011) sin considerar que en nuestro derecho hay tres acciones de amparo que aparecen superpuestas: el amparo internacional, el constitucional y el legal.¹⁴

la Ley 16.011, son competencia de los juzgados letrados de primera instancia en lo civil o en lo contencioso administrativo, dependiendo de quién sea el demandado, y solo admite recurso de apelación ante los tribunales de apelaciones civiles (la Suprema Corte jamás se pronuncia sobre un amparo). A finales de la primera década del presente siglo, los tribunales eran razonablemente garantistas y, en general, protectores de los derechos humanos.

13 Martín Risso *et al.*, “Jurisprudencia sobre responsabilidad del Estado. Avance de investigación”, *Revista de Derecho*, núm. 16, 2017, pp. 197-232.

14 Martín Risso, “La acción de amparo”, *Estudios de Derecho Administrativo* 12, Montevideo, La Ley, 2015.

Un rápido repaso de las principales normas internacionales de derechos humanos nos permite constatar la existencia de una acción de amparo internacional.

Así, el artículo 8 de la Declaración Universal de Derechos Humanos dispone: “Toda persona tiene derecho a un recurso *efectivo* ante los tribunales nacionales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la constitución o por la ley” (énfasis agregado).

El artículo XVIII de la Declaración Americana sobre Derechos Humanos (CADH) expresa: “Toda persona puede ocurrir a los tribunales para hacer valer sus derechos. Asimismo, debe disponer de un procedimiento *sencillo y breve* por el cual la justicia lo ampare contra actos de la autoridad que violen, en perjuicio suyo, alguno de los derechos fundamentales consagrados constitucionalmente” (énfasis agregado).

También debe recordarse el artículo 25 de la CADH (que debe interpretarse en el marco de los artículos 1 y 2 de la CADH).

La existencia de un amparo de rango internacional, para garantía de las personas contra las violaciones de sus derechos fundamentales, no puede discutirse. Así como las exigencias del proceso en cuanto a que sea sencillo, rápido y efectivo.

Nuestra doctrina no ha sido unánime en cuanto a cuál es la base constitucional del amparo, aunque sí ha existido una cierta unanimidad en reconocerle rango constitucional. Así, algunos autores como Cassinelli Muñoz han señalado que la base del amparo se encuentra en el artículo 7º de la Constitución, cuando se consagra el derecho de los habitantes a ser *protegidos* en el goce de los derechos preexistentes.¹⁵ Es obvio que *proteger* es sinónimo de *amparar*, e incluso puede mencionarse que el derecho chileno denomina el amparo como *acción de protección*. Otros, en cambio, señalaron el rango constitucional de la acción de amparo, pero con base en el artículo 72 de la Constitución, ya que, advirtiendo su condición de garantía inherente a la persona humana, fácilmente la norma referida da pie para admitir dicho instituto en nuestra Carta.¹⁶ En realidad, parece claro que a ambas posiciones doctrinales –no coincidentes– les asiste razón y son susceptibles de armonización total. En efecto, no puede ignorar el intérprete que asiste razón a Cassinelli Muñoz cuando destaca el derecho a ser *protegido* en el goce de los derechos preexistentes como fundamento claro del amparo, pero

15 Horacio Cassinelli Muñoz, “Acción de amparo”, *Revista de la Oficina Nacional del Servicio Civil*, 2013, pp. 24 y ss. También Daniel Ochs Olazábal, *La acción de amparo*, Montevideo, FCU, 2013, pp. 33 y ss.

16 José Korzeniak, *Derecho Constitucional*, Montevideo, FCU, 1986, p. 88. Alberto Ramón Real, “La acción de amparo en la jurisprudencia argentina y ante el derecho uruguayo”, *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales*, 1963.

también es obvio que el amparo aparece incuestionablemente como una garantía inherente a la personalidad humana.

La jurisprudencia nacional, basándose en los artículos 7, 72 y 332 de la Constitución, sin texto legal reglamentario del instituto, admitió la procedencia de la acción de amparo señalando sus principales características.¹⁷ En definitiva, sin reglamentación legal, de acuerdo con la doctrina, y perfilando acertadamente su contenido y alcance básico, nuestra jurisprudencia comenzó a aceptar la procedencia de la acción de amparo mediante la aplicación directa de las normas constitucionales e internacionales referidas.¹⁸

Y, por supuesto, encontramos también el amparo legal, regulado por la Ley 16.011, de 19 de diciembre de 1988. Sin duda, este es el amparo más restrictivo o, si se prefiere, menos protector de los derechos humanos.

Estas tres regulaciones, todas en vigor, pueden presentar discordancias normativas que deberán resolverse conforme la directriz de preferencia de normas, esto es, optando y aplicando siempre la solución más favorable al derecho o garantía en juego, la opción más protectora.

Llama la atención que en la jurisprudencia no se encuentren referencias a esta triple regulación, sino que, en general, los tribunales se limitan a aplicar la regulación legal. Esta ausencia, y la aplicación de la regulación más restrictiva del amparo, conduce inevitablemente a una visión limitada del amparo y a que muchos casos queden fuera por razones derivadas de la ley y que no están en las normas superiores (plazo de accionamiento, por ejemplo).

PLAZO DE CADUCIDAD

El plazo de caducidad, que no está ni en la regulación constitucional ni en la internacional (sería absurdo que estuviera, tanto como poner un plazo de caducidad a un *habeas corpus*, lo que conduciría a que la persona se mantenga en prisión indebida si caducó el recurso), ha sido uno de los principales problemas.

17 Véase, por ejemplo, Sentencia 219 de 26 de diciembre de 1984, del Tribunal de lo Contencioso Administrativo, *Revista Uruguaya de Derecho Constitucional y Político*, vol. I, núm. 5. También Eduardo Esteva Gallicchio, “Algunos aspectos de la acción de amparo ante la jurisprudencia del Tribunal de lo Contencioso Administrativo y el proyecto de ley reglamentaria elaborado por el Poder Ejecutivo”, *Revista Uruguaya de Derecho Constitucional y Político*, vol. I, núm. 6, 1985, pp. 260 y ss.

18 Véanse sentencias en *Revista Uruguaya de Derecho Constitucional y Político*, vol. II, núms. 10-11; vol. III, núms. 13 y 14, pp. 75 y ss. y pp. 79 y ss.; vol. III, núms. 16-17, pp. 406 y ss.; núms. 19-20, pp. 73 y ss., 84 y ss., 93 y ss. LJU caso 10.819, caso 10.939, etc.

En una acción de amparo contra la Intendencia de Montevideo, en que se solicitaba que se ordenara al demandado que resolviera recursos administrativos pendientes, y que fue acogido por el juez de primera instancia en lo contencioso-administrativo de Primer Turno, el Tribunal de Apelaciones en lo Civil de Sexto Turno revocó la sentencia y desestimó el amparo. La cuestión fue determinar desde cuándo se computaba el plazo de caducidad de treinta días: el actor pretendía que se computara desde que tuvo acceso a los antecedentes administrativos (y conoció el estado de las actuaciones), el Tribunal consideró que el plazo debía computarse desde la configuración de la denegatoria ficta. Con el criterio del actor no había caducidad, pero sí con el criterio del Tribunal. Entre dos posibles interpretaciones se optó por la que era más favorable a la entidad estatal demandada y más perjudicial para el titular de los derechos humanos (sentencia de 22 de julio de 2016).

OTROS MEDIOS IDÓNEOS

El Tribunal de Apelaciones en lo Civil de Quinto Turno (sentencia de 27 de abril de 2015), desestimó un amparo promovido contra el Ministerio del Interior. Si bien parecen surgir elementos de juicio que justifican el rechazo de la acción, hay algunas expresiones más que discutibles. Por ejemplo, el Considerando IV: “Por demás, el actor ha iniciado la vía administrativa y, de serle adversa su resolución, tiene abierta la vía anulatoria ante el Tribunal de lo Contencioso Administrativo y, eventualmente, la reparatoria ante el fuero competente en el Poder Judicial”.

Al final del Considerando VII insiste en el tema señalando que, luego de los recursos administrativos interpuestos, puede acudir al TCA, “cuya alegada tardanza en resolver los litigios planteados no significa que sea ineficaz o inidóneo para la tutela de un derecho”.

Pero si vamos a la ley encontramos que el artículo 2 de la Ley 16.011 establece que “la acción de amparo solo procederá cuando no existan otros medios judiciales o administrativos que permitan obtener el mismo resultado previsto en el literal B) del artículo 9 o cuando, si existieren, fueren por las circunstancias claramente ineficaces para la protección del derecho”.

El resultado que prevé el artículo 9, que se obtiene en un breve plazo de pocas horas, no puede ser comparable con una vía recursiva que suele terminar en denegatoria ficta (plazo mínimo de 150 días que se amplía si hay recursos subsidiarios), ni con un proceso de dos o tres años en el TCA.¹⁹

19 Sobre otros medios impugnativos: LJU, casos 11.554, 11.575, 11.599, 12.005, 12.673, 12.320, etc.

En efecto, es obvio que no constituye un medio idóneo que excluya el amparo: a) un juicio ordinario (no menos de un año solo en primera instancia y esto en forma excepcional), b) la vía recursiva (150 días mínimo²⁰), c) la acción de nulidad ante el TCA (unos tres años), c) el procedimiento de suspensión de la ejecución del acto previsto en el artículo 2 de la Ley 15.869 (un par de años), d) los recursos contra las personas de derecho público no estatales. Ninguna de estas vías cumple con la pauta de ser sencilla, efectiva y breve, ni encuadra en el artículo 2 de la Ley 16.011. La tardanza impide considerar estas vías como idóneas.

En definitiva, los criterios jurisprudenciales en análisis (presentes en todos los tribunales de apelaciones) no se ajustan al artículo 2 de la Ley 16.011, ni a las regulaciones internacionales ni constitucionales del amparo.

ILEGITIMIDAD MANIFIESTA

La sentencia de 4 de septiembre de 2013, del Tribunal de Apelaciones en lo Civil de Primer Turno, si bien al igual que la anterior parece, en principio y según lo que se puede apreciar solo con la lectura de la sentencia, como razonable, presenta el problema de la noción de la ilegitimidad manifiesta. Así, en el Considerando IV recurre a los conceptos habituales en cuanto a que la ilegitimidad debe ser clara, notoria, indubitable, inequívoca, cierta, ostensible, palmaria, etc.

Lo anterior no es otra cosa que lo que dicen la doctrina antigua y la jurisprudencia mayoritaria: habrá *ilegitimidad manifiesta* cuando la ilegitimidad de la lesión sea palmaria, escandalosa, se pueda apreciar *in continenti*, aparezca como más allá de toda duda razonable, no pueda contestarse seriamente la existencia de ilegitimidad, etc.²¹ A su vez, se ha señalado que el amparo no procede cuando se trata de cuestiones opinables.²²

En los primeros tiempos de la acción de amparo en Uruguay, y con las dudas que siempre genera lo nuevo (que en este caso implicaba un problema especial al requerir la aplicación directa de la Constitución, a lo que los operadores jurídicos

20 Aunque los plazos del jerarca y, eventualmente, del Poder Ejecutivo en caso de anulación se redujeron con base en la Ley 17.292. Al respecto véase Augusto Durán Martínez, “Recursos administrativos. Modificaciones dispuestas por la Ley 17.292”, *Revista de Derecho de la Universidad Católica del Uruguay*, vol. II, 2001; Augusto Durán Martínez, *Contencioso Administrativo*, Montevideo, FCU, 2015.

21 Véanse LJU, casos 12.746, 12.802, 12.673, 12.320, 10.939, 10.482, 10.573, 11.135, 11.755, 11.699, 11.726, 12.005, 10.753, 11.394, 11.395, etc.

22 *Revista Universidad de Derecho Procesal*, núm. 1/92, casos 505, 507, 509, 512, 513; núm. 2/90 caso 449.

uruguayos no estaban acostumbrados), la jurisprudencia fue tan exigente con la ilegitimidad manifiesta que prácticamente ningún amparo procedía. Esto, en algún momento, generó una suerte de desmotivación y el número de acciones de amparo se redujo significativamente.

Pero en la actualidad, cuando podríamos considerar superadas las dudas derivadas de la novedad, de la sumariedad del proceso y de la aplicación directa de la Constitución, no parece razonable seguir con tantas exigencias en cuanto a la ilegitimidad manifiesta, sino que se podría analizar esta noción con más tranquilidad. Dentro de la lógica del amparo ¿qué significa esta exigencia? Su fundamento radica en no lesionar los derechos del demandado (que cuenta con un exiguo plazo para defenderse) y entonces, en función de esto, conviene situar la ilegitimidad manifiesta en sus justos términos. El tribunal concluirá que hay ilegitimidad manifiesta cuando considere que el proceso puede resolverse con razonable grado de seguridad por el procedimiento sumario del amparo. Nada de exigir ilegitimidades escandalosas, obvias, evidentes y palmarias. Lo único que precisa el juez es que la ilegitimidad sea lo suficientemente clara como para resolver por este proceso con el grado de seguridad habitual (no con mayor certeza).²³

Recordemos que en el famoso caso “*Marbury v. Madison*”, que si bien presentaba complejísimas cuestiones (basta pensar en los límites entre la jurisdicción y la política, nacimiento del *judicial review*, etc.), sí se pudo dictar sentencia en el marco del *writ of mandamus*, que es uno de los antecedentes del actual amparo.

En definitiva, el concepto extremo y antiguo de ilegitimidad manifiesta que se utiliza con frecuencia parece ser excesivo y no compatible con las regulaciones constitucionales, internacionales y legales del amparo.

DAÑO IRREPARABLE

En la sentencia de 22 de diciembre de 2013, del Tribunal de Apelaciones en lo Civil de Segundo Turno, se rechaza la demanda por entender que no hay ilegitimidad manifiesta y “tampoco se advierte la existencia de un daño irreparable que ni siquiera fue alegado en la demanda como fundamento de la pretensión”.

Desde los primeros años de vida de la acción de amparo, la jurisprudencia desarrolló el concepto (con base en muy viejos aportes doctrinales) de que el amparo tendría naturaleza excepcional y, por ende, solo se podría aceptar en casos excepcionales. Este concepto es más que problemático. La solución de principio es que los sujetos tienen derecho a la más rápida y efectiva protección de sus

23 Martín Risso, “La acción de amparo”, *Estudios de Derecho Administrativo*, núm. 12, 2015.

derechos constitucionales y esto se realizará a veces a través del amparo y otras veces por otros medios como el *habeas corpus*, *habeas data* e incluso el juicio ordinario. La cuestión no es una excepcionalidad que no exigen ni la Constitución ni la ley, sino que se trata de determinar cuál es la vía correspondiente. A nadie se le ocurre decir que el juicio ordinario es de excepción, pues procede cuando no resulta aplicable ningún otro proceso. Lo mismo pasa con el amparo, por lo que no debe exigirse excepcionalidad ni limitar su alcance con conceptos que no contienen ni la Constitución ni la ley.

Otras veces creemos que, por reflejo inadvertido de los primeros tiempos del amparo, se exige que haya un *daño irreparable*. La exigencia no puede aceptarse: a) pues ni la Constitución, ni el DIDH ni la ley exigen esto y no puede el intérprete, por sí solo, limitar el alcance de una garantía constitucional con nuevas exigencias; b) con este criterio el amparo desaparecería ya que todo, hasta la pérdida de la vida, puede ser objeto de reparación económica; y c) la Constitución, artículo 7, ordena “proteger” los derechos humanos y no permite, implícitamente, dejar que se violen los derechos para luego “indemnizar” los daños causados (el DIDH habla de recurso rápido, efectivo y sencillo), por lo que el argumento no es aceptable. Si se dan los elementos exigidos por la ley para el amparo, no se puede agregar nuevas exigencias, no establecidas en el orden jurídico, para limitar la garantía.

PROBLEMAS DE FONDO

También podemos encontrar algún problema de fondo, como en la sentencia de 1 de marzo de 2017, del Tribunal de Apelaciones en lo Civil de Primer Turno, en la que se hace mención, correctamente, a que los derechos tienen dos límites: a) los provenientes de actos de autoridad y b) los que surgen de la coexistencia con derechos de otros sujetos. Sin advertir que se estaba en la hipótesis “a”, pretende realizar una armonización que solo es válida en la hipótesis “b” (armonización entre derechos de distintos sujetos, pero no es viable frente a actos de autoridad –estos no son titulares de derechos– que deben ajustarse a derecho).

SÍNTESIS

Como se anunció, se ha producido una brecha entre la normativa y la realidad respecto a la principal garantía jurisdiccional de los derechos humanos.

Esto, que no pasaba hace una década, resulta verdaderamente inexplicable. ¿Qué pudo haber conducido al Poder Judicial a prescindir de la acción de amparo

y, salvo los amparos médicos, prácticamente excluirla de los tribunales? No hay respuesta para esta pregunta. Solo se puede constatar que la garantía constitucional, internacional y legal ha dejado prácticamente de existir en los tribunales.

¿Será esta una de las extrañas paradojas del Uruguay? Pese a tener altos umbrales de protección de los derechos humanos si comparamos con el resto del continente, la protección judicial de estos derechos se ha reducido a su mínima expresión y esto tiene base en los criterios desarrollados por los jueces. Solo puede desearse una reacción judicial en esta materia.

BIBLIOGRAFÍA

- CASSINELLI MUÑOZ, Horacio, “Acción de amparo”, *Revista de la Oficina Nacional del Servicio Civil*, 2013.
- DURÁN MARTÍNEZ, Augusto, “Recursos administrativos. Modificaciones dispuestas por la Ley Nº 17.292”, *Revista de Derecho de la Universidad Católica del Uruguay*, núm. II.
- DURÁN MARTÍNEZ, Augusto, *Contencioso Administrativo*, Montevideo, FCU, 2015.
- ESTEVA GALLICCHIO, Eduardo, “Algunos aspectos de la acción de amparo ante la jurisprudencia del Tribunal de lo Contencioso Administrativo y el proyecto de ley reglamentaria elaborado por el Poder Ejecutivo”, *Revista Uruguaya de Derecho Constitucional y Político*, vol. I, núm. 6, 1985, pp. 260 y ss.
- HELLER, Hermann, *Teoría del Estado*, Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica, 1955.
- HESSE, Konrad, *Escritos de Derecho Constitucional*, Madrid, Democracia y Derecho, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2011.
- JELLINEK, Georg, *Reforma y mutación constitucional de la Constitución* (trad. Christian Förster), Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991.
- KORZENIAK, José, *Derecho Constitucional*, Montevideo, FCU, 1986.
- LASALLE, Ferdinand, *¿Qué es una Constitución?*, Monografías Jurídicas 79, Bogotá, Temis, 2005.
- OCHS OLAZÁBAL, Daniel, *La acción de amparo*, Montevideo, FCU, 2013.
- REAL, Alberto Ramón, “La acción de amparo en la jurisprudencia argentina y ante el derecho uruguayo”, *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales*, 1963.
- RISSE FERRAND, Martín, “Mutación e interpretación evolutiva en la Constitución. Dos casos uruguayos”, *Estudios Constitucionales*, Año 15, núm. 1, 2017, pp. 217-254.
- RISSE FERRAND, Martín, “El derecho internacional de los derechos humanos en la jurisprudencia reciente de la Suprema Corte de Justicia”, *Estudios Jurídicos*, núm. 8, 2010, pp. 301-322.

RISSE FERRAND, Martín, “La acción de amparo”, en *Estudios de Derecho Administrativo*, núm. 12, Montevideo, La Ley, 2015.

RISSE FERRAND, Martín *et al.*, “Jurisprudencia sobre responsabilidad del Estado. Avance de investigación”, *Revista de Derecho*, núm. 16, 2017, pp. 197-232.

STRAUSS, David A. *The living constitution*, New York, Oxford University Press, 2010.

Jurisprudencia

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, Caso Gelman vs. Uruguay, Sentencia de 22 de noviembre de 2012, Serie C, núm. 221.

JURISPRUDENCIA URUGUAYA. <http://bjn.poderjudicial.gub.uy/BJNPUBLICA/>

DIEZ AÑOS DE JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL EN VENEZUELA: LA CONSOLIDACIÓN Y EXACERBACIÓN DEL PROTAGONISMO JUDICIAL AUTORITARIO

Jesús María Casal*

INTRODUCCIÓN

Abordar el desempeño de la jurisdicción constitucional en Venezuela, en una obra colectiva dedicada a examinar la jurisprudencia constitucional latinoamericana de la última década, es una tarea bastante compleja, porque ya en el año 2010 la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia había quedado desfigurada como órgano jurisdiccional, a causa del protagonismo que venía ejerciendo en el desmantelamiento de la institucionalidad democrática. La subordinación partidista y el activismo autoritario de la Sala Constitucional se hicieron más evidentes después de la ampliación del número de integrantes del Tribunal Supremo de Justicia en 2004-2005, que había estado precedida por la purga de algunos miembros incómodos. Esta segunda y más intensa captura política¹ del Tribunal Supremo de Justicia decantó claramente a este Tribunal –y en particular a su Sala Constitucional– en la dirección contraria al Estado de derecho y a la democracia en la que venía avanzando.

Se ha tratado de una complicidad militante con el gobierno y su dominación ideológica, que se ha puesto de manifiesto no solo en sentencias que lo han favorecido, sino también en la falta de admisión y tramitación de recursos

* Doctor en Derecho, Universidad Complutense de Madrid. Profesor de Derecho Constitucional y exdecano de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica Andrés Bello (Caracas/Venezuela). Actualmente es investigador invitado del Instituto Max Planck de Derecho Público Comparado y Derecho Internacional, Heidelberg (Alemania). jesusmariacasal@gmail.com

1 La primera captura u ocupación política se había producido mediante la designación de los magistrados del Tribunal Supremo de Justicia por la Asamblea Nacional Constituyente en diciembre de 1999 y por la maniobra llevada a cabo en la Asamblea Nacional en diciembre de 2000 para dar carácter definitivo a muchos de esos nombramientos y excluir a algunos magistrados insumisos.

interpuestos por la oposición, o de su tramitación hasta estado de sentencia u otra fase previa del proceso, a partir de la cual la causa queda paralizada por omisión de la propia Sala. Se ha acudido igualmente a la declaración de la perención de la instancia, por una inactividad que no podía atribuirse al accionante, ya que procesalmente el deber de actuar era de la Sala. Las decisiones explícitamente favorables al régimen han sido de distinta naturaleza: a veces de fondo o mérito, a veces meramente procedimentales o formales; en ocasiones han sido sentencias definitivas, pero a menudo se han dictado medidas cautelares que permiten lograr el objetivo querido por el gobierno, sin que la causa haya sido instruida con posterioridad, pese a la obligación judicial de dirección e impulso del proceso. En varias oportunidades lo determinante, desde el ángulo del respaldo al gobierno y del daño causado a las instituciones democráticas o a los derechos humanos, han sido las medidas de ejecución de lo acordado en una sentencia cautelar o de fondo.

Con esta diversidad en la modalidad de las respuestas, y homogeneidad en el sentido de estas, la Sala Constitucional ha vulnerado reiteradamente la libertad de expresión e información, incluyendo el acceso a la información pública, así como los derechos de reunión o manifestación y de asociación. Igualmente, ha lesionado los derechos políticos y económicos.² Ni siquiera los derechos sociales o prestacionales han sido tutelados de manera efectiva, ya que, al no existir un Estado de derecho y prevalecer el populismo, aquellos pierden su significación de pretensiones constitucional y judicialmente aseguradas, y pasan a integrar la política de clientelismo social que el Ejecutivo, en esta clase de regímenes, debe estar en capacidad de definir y ejecutar, a su libre arbitrio. La jurisprudencia de la Sala Constitucional ha sido ciertamente iliberal, pero no solo eso, ha sido también antidemocrática y contraria al Estado social de derecho.

Pese a la dificultad antes mencionada, el estudio del papel cumplido por la Sala Constitucional en estos años es pertinente desde una perspectiva comparada, pues muestra cómo la jurisdicción constitucional, concebida principalmente para salvaguardar la Constitución y los derechos humanos

os, de acuerdo con los postulados de un Estado democrático de derecho, puede desviarse de estas funciones y convertirse en un instrumento determinante en la desnaturalización de esos fines y principios. De allí que dicha Sala esté siendo

2 Además de las sentencias que luego serán citadas, véase Allan Brewer-Carías, *Crónica sobre la "in" Justicia Constitucional. La Sala Constitucional y el autoritarismo en Venezuela*, Caracas, EJV, 2007, pp. 350 y ss.; Jesús María Casal, "Los actuales desafíos de la justicia constitucional en Venezuela", en *Estado de Derecho, Administración de Justicia y Derechos Humanos (XXX Jornadas Domínguez Escovar)*, Barquisimeto, IEJEL, 2005, pp. 316 y ss.

considerada como uno de los ejemplos más inquietantes de erosión de la democracia apuntalada por la jurisdicción constitucional.³

No será posible abarcar en este trabajo la evolución en la actuación de esa Sala desde su creación en 1999-2000 hasta el presente, ni el conjunto de factores que explica su protagonismo en la estructura de dominación política impuesta. Tampoco podremos abordar cada uno de los conceptos y mecanismos de los que se ha valido para afianzar su rol destacado en el desmantelamiento de la institucionalidad democrática.⁴ La radiografía sobre el desempeño de la Sala Constitucional en esta década se centrará, primeramente, en el significado que en su jurisprudencia se ha atribuido al bloque de constitucionalidad y al control de convencionalidad. Esta aproximación se justifica porque, además de facilitar la comparación con los demás estudios que conforman esta obra, la apertura de la Constitución a la protección internacional de los derechos humanos y los niveles de observancia de los pronunciamientos correspondientes representan, especialmente en América Latina, un índice apropiado para medir la conformidad con el Estado de derecho y la salud democrática de un sistema institucional. En segundo término, se examinarán corrientes generales o latinoamericanas del constitucionalismo que podrían estar vinculadas con la Constitución de 1999. Respecto de estas últimas conviene preguntarse si se corresponden con la evolución institucional y jurisprudencial de Venezuela en estos años. También se considerará el diseño constitucional de 1999, en el que se inserta la actividad jurisdiccional de dicha Sala, lo cual es importante a fin de dilucidar si el comportamiento que ha tenido esta instancia judicial viene preconizado por las mismas disposiciones constitucionales. Luego se apreciará globalmente la jurisprudencia de la Sala, se tratará el papel que ha jugado en la erosión del Estado democrático de derecho y se analizará un caso ilustrativo de esta orientación. Por último, se hará un balance conclusivo sobre el rol de la Sala Constitucional en esta década.

3 David Landau y Rosalind Dixon, "Abusive judicial review: Courts against democracy", *UC Davis Law Review*, vol. 53, 2020, pp. 1313 y ss.

4 En relación con algunos de ellos, véase Jesús M. Casal, *Asamblea Nacional: conquista democrática vs. demolición autoritaria. Elementos de la argumentación y práctica judicial autoritaria de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia*, Caracas, UCAB, 2017, pp. 175 y ss.

EL BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD Y EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD EN LA JURISPRUDENCIA DE LA SALA CONSTITUCIONAL DEL TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA

El bloque de constitucionalidad

La figura del bloque de constitucionalidad ha sido útil para poner de relieve la existencia de fuentes normativas diversas que componen, en ciertas materias, el parámetro de la constitucionalidad. Surgió en Francia para comprender, junto al listado de derechos contemplado en la Constitución de 1958, los proclamados en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 y otros previstos en el Preámbulo de la Constitución de 1946, a los cuales remite el Preámbulo de la Constitución de 1958. Ha sido empleada también en España, en el ámbito de la organización y distribución político-territorial del poder, a fin de abarcar principalmente la Constitución y los Estatutos de Autonomía. Ha tenido una importante recepción en América Latina, en relación especialmente con los derechos humanos.⁵

El bloque de constitucionalidad, en nuestros ordenamientos, ha sido un cauce que ha hecho posible integrar el texto constitucional y los tratados u otros instrumentos internacionales de derechos humanos. En algunos países se ha extendido a los tratados de derecho internacional humanitario (DIH) y a otros campos, conservando a tales derechos como el eje del concepto. Asimismo, se ha sostenido que pertenecen a dicho bloque las decisiones, resoluciones o recomendaciones de los organismos internacionales encargados de velar por la interpretación y aplicación de esos tratados.⁶

La acogida que el concepto ha tenido en la región se explica en cierta medida porque permite dejar a salvo la supremacía de la Constitución, al tiempo que la materia o fuente constitucional se hace plural o compleja. Se trata de abrazar en el nivel constitucional esos instrumentos internacionales, sin renunciar a la idea de la supremacía de la Constitución, dado que la propia Carta sirve de fundamento, bajo unas u otras disposiciones o fórmulas, a esa integración y a veces contiene pautas para lograr la armonía en la interpretación de estas fuentes. Además, en ocasiones, dicho concepto ha sido empleado para preservar la primacía del texto constitucional y evitar la afirmación de la supraconstitucionalidad de

5 Martín Risso Ferrand, “Interrelación entre el Derecho Constitucional y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos”, *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, vol. 16, 2012, pp. 305 y ss.

6 Rodrigo Uprimny, “El bloque de constitucionalidad en Colombia. Un análisis jurisprudencial y un ensayo de sistematización doctrinal”. https://www.dejusticia.org/wp-content/uploads/2017/04/fi_name_recurso_46.pdf

otros componentes del bloque.⁷ De esta manera, la categoría ha sido compatible con diversas concepciones sobre las relaciones del derecho internacional con el derecho interno o, en otras palabras, ha permitido incluir a los instrumentos internacionales de derechos humanos en el plano constitucional sin tener que resolver completamente esa cuestión. Esto se aviene con el dualismo aún reinante en varios países latinoamericanos. Sin embargo, los progresos obtenidos en la garantía internacional de los derechos humanos y la admisión de los principios hermenéuticos respectivos han relativizado la supremacía de la Constitución y propugnan el tránsito hacia un bloque de derechos humanos,⁸ en el que los tribunales o cortes constitucionales no tienen la última palabra en la articulación de las fuentes internacionales con las constitucionales.

En Venezuela se fijaron, desde los años noventa, criterios que propiciaban la adopción del bloque de constitucionalidad en materia de derechos. Con antelación a la vigencia de la Constitución de 1999, nuestra Corte Suprema de Justicia había dictado sentencias que impulsaron lo que se denominaría la constitucionalización de los derechos humanos, es decir, el reconocimiento del valor constitucional de los derechos garantizados en instrumentos internacionales de derechos humanos, lo cual fue favorecido por el carácter expresamente enunciativo del elenco de derechos consagrado en la Constitución. Esta tendencia halló amplio respaldo doctrinal y fue apuntalada también por el desarrollo de la actividad de organizaciones no gubernamentales de defensa de los derechos humanos y de movimientos sociales vinculados a estos derechos. Todo esto repercutió en el proceso de elaboración de la Constitución de 1999, cuyas normas hicieron explícito el compromiso con estos derechos y con su protección internacional. Esa Constitución recogió los principales estándares internacionales referidos al respeto y la garantía de los derechos humanos, y fue generosa en la previsión de sus mecanismos de tutela en el orden interno y en la apertura a su protección internacional.⁹

El bloque de constitucionalidad o el bloque de derechos humanos hubiera sido una herramienta provechosa para hacer valer en el orden interno las obligaciones dimanantes de las convenciones o los instrumentos internacionales correspondientes. Ello hubiera estado en consonancia con lo previsto en los artículos 22 y 23 de la Constitución venezolana. El primero de ellos establece el carácter meramente enunciativo del catálogo constitucional de derechos y garantías y deja a salvo otros derechos “inherentes a la persona” que no estén

7 Véase Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-400 de 1998. <https://www.corte-constitucional.gov.co/relatoria/1998/C-400-98.htm>

8 Risso, “Interrelación entre el Derecho Constitucional”, *op. cit.*, pp. 318 y ss.

9 Jesús M. Casal, *Los derechos humanos y su protección*, Caracas, UCAB, 2009, pp. 45 y ss.

contemplados en dicho catálogo o en instrumentos internacionales de derechos humanos.¹⁰ Mediante esta cláusula constitucional de apertura a derechos nuevos o implícitos, se admiten los llamados derechos innominados, lo cual entronca con una corriente extendida en América Latina, cuyos antecedentes se remontan a la IX Enmienda de la Constitución estadounidense,¹¹ a la Constitución argentina de 1860,¹² a la paraguaya de 1870,¹³ a la uruguaya de 1918¹⁴ y a la venezolana de 1961,¹⁵ entre otras. Las numerosas cláusulas constitucionales de apertura a tales derechos y el pensamiento que las ilumina han encontrado reflejo en el artículo 29 c) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), según el cual ninguna disposición de esa Convención puede ser interpretada en el sentido de “excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano o que se derivan de la forma democrática representativa de gobierno”.

Por su parte, el artículo 23 de la Constitución venezolana reconoce la jerarquía constitucional de los tratados sobre derechos humanos ratificados por Venezuela y su aplicación preferente en el orden interno, cuando contengan una regulación sobre estos derechos más favorables que la de la Constitución y las leyes nacionales.¹⁶ Esta segunda cláusula de apertura confiere directamente jerarquía constitucional a estos tratados. Los artículos 22 y 23 de la Constitución

10 Artículo 22. La enunciación de los derechos y garantías contenidos en esta Constitución y en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos no debe entenderse como negación de otros que, siendo inherentes a la persona, no figuren expresamente en ellos. La falta de ley reglamentaria de estos derechos no menoscaba el ejercicio de los mismos.

11 Enmienda IX. No por el hecho de que la Constitución enumera ciertos derechos ha de entenderse que niega o menosprecia otros que retiene el pueblo.

12 Artículo 33. Las declaraciones, derechos y garantías que enumera la Constitución no serán entendidos como negación de otros derechos y garantías no enumerados, pero que nacen del principio de la soberanía del pueblo y de la forma republicana del gobierno.

13 Artículo 34. Las declaraciones, derechos y garantías que enumera esta ley fundamental, no serán entendidos como negación de otros derechos y garantías no enumerados, pero que nacen del principio de la soberanía del pueblo y de la forma Republicana democrática representativa.

14 Artículo 173. La enumeración de derechos y garantías hecha por la Constitución no excluye los otros que son inherentes a la personalidad humana o se derivan de la forma republicana de gobierno.

15 Artículo 50. La enunciación de los derechos y garantías contenida en esta Constitución no debe entenderse como negación de otros que, siendo inherentes a la persona humana, no figuren expresamente en ella. La falta de ley reglamentaria de estos derechos no menoscaba el ejercicio de los mismos.

16 Artículo 23. Los tratados, pactos y convenciones relativos a derechos humanos, suscritos y ratificados por Venezuela, tienen jerarquía constitucional y prevalecen en el orden interno, en la medida en que contengan normas sobre su goce y ejercicio más favorables a las

terminan extendiendo la garantía constitucional de los derechos a los proclamados en los tratados o las convenciones sobre derechos humanos, así como a otros derechos que no estén consagrados ni en la Constitución ni en tales tratados.¹⁷ Las declaraciones internacionales de derechos humanos son un medio principal para la identificación de esos derechos innominados o implícitos, a lo cual han de agregarse los derechos que sean respaldados por fuentes del derecho internacional distintas a los tratados, en particular por normas de *ius cogens*. Estas últimas se suelen hallar en tratados o declaraciones, pero esta no es una condición para su validez. El juez constitucional puede reconocer también otros derechos inherentes al ser humano.

Pese al sólido sustento constitucional para la aplicación de los tratados u otros instrumentos de derechos humanos en el derecho venezolano, en un plano constitucional, eventualmente con apoyo en categorías como la del bloque de constitucionalidad, la Sala Constitucional ha obstruido la apertura de los artículos 22 y 23, y de otras disposiciones de la Constitución de 1999 (como los artículos 19, 27, 29, 30 y 31), al derecho internacional de los derechos humanos. En su jurisprudencia ha sobredimensionado el concepto de la soberanía nacional y este “soberanismo constitucional”¹⁸ le ha llevado a fijar barreras a la eficacia de los artículos 22 y 23 y a tergiversar su sentido. La jerarquía constitucional de los tratados de derechos humanos y su prevalencia, de acuerdo con el principio *pro homine o pro persona*, o de favorabilidad, a tenor del artículo 23 de la Constitución, han sido sustituidas por la primacía de las interpretaciones realizadas por la Sala Constitucional respecto tanto de dicho texto como de esos mismos tratados, con prescindencia de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH). Según la jurisprudencia constitucional, los informes o las recomendaciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) y las sentencias de la Corte IDH solo son aplicables en Venezuela si no contradicen criterios sentados por la Sala Constitucional, y le corresponde a esta última pronunciarse sobre esta compatibilidad.

La categoría del bloque de constitucionalidad fue invocada tempranamente por la jurisprudencia de esa Sala, pero en relación con la serie de normas que, con arreglo a jurisprudencia de la misma Sala, pasaron a integrar el nivel

establecidas por esta Constitución y en las leyes de la República, y son de aplicación inmediata y directa por los tribunales y demás órganos del Poder Público.

17 Casal, *Los derechos humanos*, op. cit., pp. 49 y ss.

18 Ángela Di Gregorio, “Constitutional courts in the context of constitutional regression: Some comparative remarks”, en M. Belov (ed.), *Courts, Politics and Constitutional Law: Judicialization of Politics and Politicization of the Judiciary*, London, New York, Routledge, 2020, pp. 209 y ss.

constitucional, junto a la Constitución, al haber sido dictadas por la Asamblea Nacional Constituyente de 1999. Se trataba de normas adoptadas por este cuerpo constituyente cuya validez resultaba más que dudosa, dado que no tenían base en la Constitución aprobada en diciembre de ese año ni fueron sometidas a referendo popular, como sí lo fue esa Constitución. No obstante, la Sala Constitucional se sirvió de la noción del bloque de constitucionalidad para elevarlas al rango constitucional, con el fin de poder posponer la vigencia de varios preceptos y principios de la Constitución.¹⁹ La Sala emplearía también este concepto en su significación general referida a los derechos humanos, pero al hacerlo anticipó su visión sobre el papel que le correspondería, de determinar cuál es la norma más favorable en caso de discrepancias regulativas, al margen de lo que pudieran establecer los organismos internacionales competentes.²⁰ Esto conduciría después a su doctrina sobre la necesidad de un “pasavante” o visto bueno, supeditado a la conformidad con los principios y las normas constitucionales, para la eficacia (ejecutabilidad) de decisiones de órganos judiciales internacionales en el orden interno,²¹ lo cual a su vez allanaría el camino para los pronunciamientos de la Sala en los que ha declarado inejecutables sentencias de la Corte IDH.

Todo esto implica que el bloque de constitucionalidad o de derechos humanos no ha tenido en nuestro ordenamiento la acogida y el significado que ha obtenido en otros países latinoamericanos. Contrariando un proceso iniciado varios años antes de la entrada en vigor de la Constitución y que logró cristalizar en varias de sus disposiciones, la Sala Constitucional adulteró el reconocimiento del valor constitucional de los tratados de derechos humanos y de los derechos inherentes al ser humano no plasmados en el texto constitucional, y cerró el ordenamiento jurídico a las respectivas fuentes internacionales y a las decisiones de los órganos contemplados en tales instrumentos.

El control de convencionalidad

Como es de suponer, con estas premisas era imposible que el control de convencionalidad fuera bien recibido.²² Sin perjuicio de alguna mención aislada del

19 Sala Constitucional, sentencias 179 de 28 de marzo de 2000; 1562 de 12 de diciembre de 2000.

20 Sala Constitucional, Sentencia 1077 de 22 de septiembre de 2000.

21 Sala Constitucional, Sentencia 1942 de 15 de julio de 2003: “En caso de menoscabo de la Constitución, es posible sostener que, aun en esta hipótesis, no hay lugar a responsabilidad internacional por la inejecución del fallo, por cuanto este atenta contra uno de los principios existenciales del orden internacional, como es el debido respeto a la soberanía estatal”.

22 Respecto del control de convencionalidad véase Víctor Bazán, “El control de convencionalidad: incógnitas, desafíos y perspectivas”, en Víctor Bazán y Claudio Nash, *Justicia*

concepto en su significación jurídico-internacional, la Sala Constitucional lo ha invocado irónicamente, como fórmula utilizada para desafiar el dominio sobre la interpretación vinculante en materia de derechos humanos que, a juicio de esa Sala, la Corte IDH ha pretendido asumir. La Sala Constitucional ha llevado a cabo lo que podríamos calificar como un control de convencionalidad a la inversa, es decir, una revisión por la misma Sala de la compatibilidad de las interpretaciones y decisiones de la Corte IDH con el orden constitucional, o con otros tratados, tal como la Sala Constitucional estima que deben ser interpretados.

La Sala Constitucional ejerció explícitamente este control de convencionalidad a la inversa cuando se atribuyó la competencia para conocer de la “acción innominada de control de constitucionalidad” interpuesta por el procurador general de la República contra la sentencia dictada por la Corte IDH en el caso *López Mendoza vs. Venezuela*.²³ Después de citar párrafos de esta sentencia alusivos al alcance del control de convencionalidad, la Sala Constitucional declaró que

... asume la competencia para verificar la conformidad constitucional del fallo emitido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, control constitucional que implica lógicamente un “control de convencionalidad” (o de confrontación entre normas internas y tratados integrantes del sistema constitucional venezolano), lo cual debe realizar en esta oportunidad esta Sala Constitucional, incluso de oficio.²⁴

Nótese que la Sala se refiere a tratados “integrantes del sistema constitucional venezolano”, porque con este matiz pretende abonar su postura, evidentemente errónea e interesada, según la cual a ella le corresponde fijar los criterios definitivos sobre el significado de esos tratados, de la misma forma en que sucede respecto de cualquier “otra” norma constitucional. Esta facultad interpretativa tendría fundamento en el artículo 335 de la Constitución, conforme al cual las interpretaciones de la Carta establecidas por dicha Sala son vinculantes para todos los tribunales de la República. Olvida o soslaya la Sala que el valor o rango constitucional de los tratados de derechos humanos no implica que estos pierdan su naturaleza de fuentes de derecho internacional. Al contrario, siguen siéndolo, y precisamente por eso rige lo dispuesto en la Convención de Viena sobre el Derecho de los

constitucional y derechos fundamentales. El control de convencionalidad, Bogotá, KAS, 2012, pp. 17 y ss.

23 Corte IDH, Caso *López Mendoza vs. Venezuela*, Sentencia C-233 de 1 de septiembre de 2011, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, núm. XX.

24 Sala Constitucional, Sentencia 1547 de 17 de octubre de 2011.

Tratados, en relación con el *principio pacta sunt servanda* y la imposibilidad de invocar disposiciones de derecho interno como justificación del incumplimiento de las obligaciones que estos contemplan (arts. 26 y 27 de esta Convención).

A partir de esta inversión del control de convencionalidad, convertido en un examen llevado a cabo por la Sala Constitucional para verificar si lo ordenado en una sentencia de la Corte IDH es compatible con el sistema constitucional o con otros tratados ratificados por Venezuela, según la interpretación que la Sala les atribuya, esta resolvió que la sentencia de la Corte IDH dictada en el caso citado era inejecutable, pues no satisfacía “un estándar mínimo de adecuación del fallo al orden constitucional interno” ni se avenía con otras normas previstas en tratados ratificados por Venezuela, “como lo son las consagradas en la Convención Interamericana contra la Corrupción y la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción”. En realidad, ni la Constitución ni estos tratados resultaban contrariados por la sentencia de la Corte IDH, la cual se había limitado a exigir la observancia del artículo 23.2 de la CADH, que solo permite la restricción de los derechos políticos basada en la comisión de una conducta ilícita, cuando exista una “condena, por juez competente, en proceso penal”. Esto lo requiere igualmente la Constitución (art. 42) y no resulta contrario a las obligaciones contenidas en las convenciones relativas a la lucha contra la corrupción. El supuesto estándar mínimo de adecuación de lo dispuesto por la Corte IDH al orden constitucional es, más bien, un criterio maximalista de concordancia con las interpretaciones constitucionales de la Sala, que es en sí mismo violatorio del control de convencionalidad y de los deberes estatales que se derivan de la CADH.²⁵

Este es solo un episodio de un largo recorrido de desconocimiento por la Sala Constitucional y por el Estado venezolano de recomendaciones o medidas cautelares de la CIDH y de sentencias o medidas provisionales de la Corte IDH.²⁶ Ya antes esta Sala había declarado inejecutable la sentencia emitida en el caso Apitz Barbera y otros (“Corte Primera de lo Contencioso Administrativo”) vs. Venezuela,²⁷ había solicitado al Poder Ejecutivo denunciar la CADH²⁸ y había

25 Jesús M. Casal, “La justicia constitucional en Venezuela y su creciente instrumentalización”, en Víctor Bazán y Claudio Nash, *Justicia constitucional*, op. cit., pp. 191 y ss.

26 Carlos Ayala Corao, “La doctrina de la inejecución de las sentencias internacionales en la jurisprudencia constitucional de Venezuela (1999-2009)”, en Armin von Bogdandy, Eduardo Ferrer Mac-Gregor y Mariela Morales Antoniazzi (coords.), *La justicia constitucional y su internacionalización*, México, UNAM/Max-Planck-Institut, 2010, t. II, pp. 85 y ss.

27 Sala Constitucional, Sentencia 1939 de 18 de diciembre de 2008; Corte IDH, Caso Apitz Barbera y otros (“Corte Primera de lo Contencioso Administrativo”) vs. Venezuela, Sentencia de 5 de agosto de 2008, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, núm. 182.

28 Sala Constitucional, Sentencia 1939 de 18 de diciembre de 2008.

sentado la objetable doctrina del pasavante como requisito para la ejecución en Venezuela de decisiones de órganos judiciales internacionales. Ello prefiguraba el control de convencionalidad a la inversa comentado. No sería pertinente hacer ahora un recuento de esas violaciones al derecho internacional, basta con insistir en que el control de convencionalidad no ha podido hallar terreno fértil en el marco institucional autoritario al cual el país ha sido sometido, dentro del cual la Sala Constitucional ha desempeñado un papel protagónico en el desmantelamiento de la democracia y el Estado de derecho.

Después de un reiterado incumplimiento de decisiones de los órganos del sistema interamericano, el gobierno venezolano, violando la Constitución,²⁹ formalizó la denuncia de la CADH en septiembre de 2012,³⁰ la cual se haría efectiva un año después. La actuación que desplegaría la Organización de los Estados Americanos (OEA) para la defensa de la democracia en el país motivaría luego la denuncia de la Carta de la OEA,³¹ que habría entrado en vigor en abril de 2019, pero que puede considerarse que se encuentra suspendida en virtud de la aceptación, por el Consejo Permanente de esta organización, en abril de 2019, y luego por la Asamblea General, del nombramiento del representante permanente designado por la Asamblea Nacional venezolana –presidida por el diputado Juan Guaidó– “hasta que se celebren nuevas elecciones y el nombramiento de un gobierno democráticamente electo”.³² Por tanto, correspondería a las autoridades que resultaren electas en tales comicios decidir al respecto, todo ello sin perjuicio de los cuestionamientos que existen en torno a la licitud y eficacia de la denuncia por Venezuela de la Carta de la OEA. La CIDH conserva, por tanto, sus competencias respecto del Estado venezolano, en relación con posibles violaciones de los derechos reconocidos en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, así como en lo concerniente a otras convenciones interamericanas sobre derechos humanos que Venezuela no ha denunciado. Sin

29 Carlos Ayala, “Inconstitucionalidad de la denuncia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos por Venezuela”, *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, Bogotá, KAS, 2013, pp. 43 y ss.

30 Véase Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), Comunicado. CIDH lamenta decisión de Venezuela de denunciar Convención Americana sobre Derechos Humanos. <https://www.oas.org/es/cidh/prensa/comunicados/2012/117.asp>

31 BBC, “Venezuela presenta la solicitud formal para salirse de la Organización de los Estados Americanos (OEA)”, *BBC News*, 28 abril 2017. <https://www.bbc.com/mundo/noticias-america-latina-39753590>

32 Consejo Permanente de la OEA, “Consejo Permanente acepta nombramiento de Representante Permanente Designado de la Asamblea Nacional de Venezuela ante la OEA”. https://www.oas.org/es/centro_noticias/comunicado_prensa.asp?sCodigo=C-019/19

embargo, Nicolás Maduro, quien detenta la Presidencia de la República, desconoce esta subsistencia de las atribuciones de los órganos de la OEA. El presidente de la Asamblea Nacional, el diputado Juan Guaidó, ha llevado a cabo gestiones dirigidas a dejar sin efecto la denuncia de Venezuela a la Carta de la OEA y a ratificar nuevamente la CADH. Se encuentra en trámite ante la Corte IDH una solicitud de opinión consultiva referida a asuntos afines a los antes mencionados.³³

Esta ruptura con el sistema interamericano de protección de los derechos humanos y con la OEA ha de visualizarse en el contexto del proceso de demolición de la institucionalidad democrática que Venezuela ha sufrido desde 1999 y que se ha agudizado desde 2004-2005.³⁴ El régimen que ocupó aceleradamente el poder judicial desde 1999, y que nunca estuvo dispuesto a someterse a un control jurisdiccional interno, tampoco consintió el control internacional de sus actuaciones, mucho menos cuando este recayó sobre los fundamentos de esa captura política de la judicatura, como lo puso de manifiesto el caso *Apitz Barbera y otros vs. Venezuela* (“Corte Primera de lo Contencioso Administrativo”) y la ulterior sentencia de la Sala Constitucional que declaró inejecutable el fallo de la Corte IDH y solicitó al Ejecutivo denunciar la CADH.

LA CONSTITUCIÓN DE 1999 Y EL CONSTITUCIONALISMO LATINOAMERICANO

La Constitución de la República Bolivariana de Venezuela refleja corrientes constitucionales diversas, que influyeron en el proceso constituyente de 1999. También es expresión de aspiraciones políticas e ideológicas concretas. Por un lado, esa Constitución incorporó propuestas de reforma constitucional que venían planteándose en el país desde finales de la década de los ochenta, relativas a la introducción de algunos mecanismos de participación directa de la ciudadanía en los asuntos públicos; la reorganización del poder judicial; la creación de la Defensoría del Pueblo o de los Derechos Humanos; el fortalecimiento de la jurisdicción constitucional, y el reconocimiento de la jerarquía constitucional de los tratados sobre derechos humanos, entre otros temas. Por otro lado, incluyó modificaciones vinculadas al proyecto político y al liderazgo o las ambiciones de Hugo Chávez, tales como la extensión del periodo presidencial, con posibilidad

33 República de Colombia, “Solicitud de opinión consultiva”. https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/sol_oc_26_esp.pdf

34 Véase Javier Corrales, “Why polarize? Advantages and disadvantages of a rational-choice analysis of government-opposition relations under Hugo Chávez”, en T. Ponniah y J. Eastwood (eds.), *The Revolution in Venezuela. Social and Political Change under Chávez*, Cambridge, MA, David Rockefeller Center for Latin American Studies, 2011, pp. 83 y ss.

de reelección inmediata, por una vez; la eliminación del bicameralismo; la ampliación de las facultades del Poder Ejecutivo Nacional; la supresión del control parlamentario sobre los ascensos militares a los más altos rangos de la Fuerza Armada Nacional; la expansión del papel de los militares en la vida pública; el debilitamiento de la representación política y de los partidos políticos, y la apuesta por una democracia participativa o protagónica.

La Constitución es, en términos generales, democrática. Reconoció los elementos fundamentales de un Estado de derecho, así como un generoso catálogo de derechos humanos, junto a la apertura constitucional a su protección internacional. Al mismo tiempo, reforzó el presidencialismo, que estaba presente durante la vigencia de la Constitución de 1961, y respecto del cual desde entonces se habían formulado ideas encaminadas a ponerle coto, e incorporó otras regulaciones que debilitaron la contención en el ejercicio del poder público. El texto constitucional albergaba, pues, luces y sombras, orientaciones encontradas, pero no se correspondía en varios aspectos con las ambiciones del liderazgo autoritario emergente. Lo que terminó inclinando la balanza en esta dirección fue, primero, la actuación de la Asamblea Nacional Constituyente, que mediante un Decreto sobre el Régimen de Transición del Poder Público y otros actos neutralizó lo que esa Constitución podía significar desde la perspectiva del constitucionalismo y el control del poder. El propio proceso constituyente estuvo rodeado de excesos que anticiparon el desarrollo posterior de los acontecimientos. En segundo lugar, el desempeño de los órganos y las autoridades que debían reivindicar en estos ámbitos la fuerza normativa de la Constitución y no lo hicieron.

Algunos han sostenido que la Constitución venezolana de 1999, junto a la ecuatoriana de 2008 y la boliviana de 2009, forman parte de una corriente que ha sido calificada como el nuevo constitucionalismo latinoamericano,³⁵ la cual se caracterizaría porque determinadas reivindicaciones o reclamos de mayorías populares son canalizadas por los medios de participación política, preferiblemente directa, en contextos en los que resulta decisivo el ejercicio del poder constituyente por el pueblo como su titular, y en los que se enfatiza la vertiente democrática del sistema constitucional, lo cual puede conducir luego a transformaciones impulsadas gracias al protagonismo popular.

Es indudable que existen afinidades entre estos procesos y que una de estas es la invocación directa del poder constituyente del pueblo. Sin embargo, no ha de perderse de vista que uno de los modelos de referencia del caso venezolano, y

35 Viciano Pastor y Rubén Martínez Dalmau, "El nuevo constitucionalismo latinoamericano", *Revista General de Derecho Público Comparado*, vol. 9, 2011, pp. 1 y ss. <https://dialnet.unirioja.es/ejemplar/283272>

mediante su influencia, también de los otros dos mencionados, fue la experiencia constituyente colombiana de 1990-1991, cuya impronta ha sido distinta en varios temas, incluyendo la evolución ulterior de la dinámica político-constitucional, sin perjuicio del hecho popular-constituyente desencadenante. Además, en lo que respecta a Venezuela, y sin querer entrar ahora a considerar los otros países señalados, realmente lo que ha ocurrido es que un liderazgo carismático-personalista y la concentración de poderes que logró rápidamente, sirviéndose de la asamblea constituyente, devastaron el orden constitucional y arrasaron con los pilares de la democracia, del Estado de derecho y de la garantía nacional e internacional de los derechos humanos. En este sentido, el caso venezolano se corresponde no propiamente con un nuevo constitucionalismo latinoamericano, sino con la huida fuera del campo de este,³⁶ lo cual no implica desconocer las legítimas demandas populares de cambio que hubieran podido animar un ciclo político constitucional y democrático, si el afán de poder personal, de capturar políticamente a los órganos de control y de imponer una ideología no hubiera prevalecido. También se ha subrayado que en Venezuela, Ecuador, Bolivia y Nicaragua se ha desarrollado un constitucionalismo “radical”, que rompe con consensos liberales dominantes en la región y propugna el respeto de la soberanía nacional y la defensa de la no intervención en los asuntos internos.³⁷ Es posible reconocer este denominador común a los países señalados, en el periodo analizado por el autor, aunque en el caso venezolano habría que insistir en que el alcance de ese radicalismo durante los gobiernos de Chávez y luego de Maduro ha ido mucho más allá de lo establecido en la Constitución.

Ha llegado a afirmarse que la actuación de la Sala Constitucional ha estado ceñida al paradigma del neoconstitucionalismo, pero esto merece igualmente objeciones. Si bien esa conceptualización sobre la manera de entender y aplicar la Constitución tiende a expandir los poderes del juez constitucional, también presupone la independencia judicial,³⁸ atributo que nunca ha ostentado la Sala Constitucional. Hay semejanzas entre el neoconstitucionalismo y algunas de las orientaciones interpretativas de esta Sala, pero esta no se ha dedicado propia ni primordialmente a enfatizar la fuerza normativa y de irradiación de la Constitución a fin de cumplir funciones jurisdiccionales en ámbitos sustantivos

36 Al respecto véase Jesús M. Casal, *Las transformaciones del constitucionalismo y la justicia constitucional*, México, Porrúa, 2017, pp. 77 y ss.

37 Javier Couso, “Back to the future? The return of sovereignty and the principle of non-intervention in the internal affairs of the states in Latin America’s ‘radical constitutionalism’”, en C. Crawford y D. Bonilla Maldonado (eds.), *Constitutionalism in the Americas*, Cheltenham, Northampton, Elgar, 2018, pp. 140 y ss.

38 Casal, *Las transformaciones*, op. cit., pp. 1 y ss.

que en principio podrían resultarle ajenos, como es característico de aquella concepción, sino que, sobre todo, ha sobredimensionado y pretendido desplegar un proyecto político subyacente a la Constitución, a expensas de su normatividad. Nuevamente, la clave está en que esta Sala ha socavado hasta tal punto la idea de la normatividad constitucional que no sería exacto identificar sus ejecutorias con la corriente constitucional mencionada, tal como ha sido esbozada.

LA CONSTITUCIÓN DE 1999 Y EL SOCAVAMIENTO DE LA INSTITUCIONALIDAD DEMOCRÁTICA

Son múltiples las tensiones internas que pueden identificarse en la Constitución de 1999. Vamos a considerar algunas de ellas, relativas a la idea de la democracia contemplada en la Carta, que repercuten en varios ámbitos institucionales. También aludiremos en términos generales al diseño constitucional. Todo ello con el fin de esclarecer si dicha Constitución impulsaba a la Sala Constitucional a avanzar en la dirección iliberal y antidemocrática que ha seguido hasta ahora.

La idea de la democracia en la Constitución de 1999

La Constitución venezolana de 1999 consagra un sistema democrático, el cual es definido a partir del paradigma de la “sociedad democrática, participativa y protagónica” a la que se refiere su preámbulo. Abordar en detalle los fundamentos y el alcance del cambio constitucional de 1999 en esta materia sobrepasaría el propósito de este trabajo, pero es importante tratarlo, aunque sea someramente. Varias disposiciones de la Constitución se corresponden con ese planteamiento, que tuvo pretensiones refundacionales. Lo ponen de manifiesto, entre otros, los artículos 5 y 6 de la Constitución, ya que el primero alude al ejercicio directo e indirecto de la soberanía popular, en ese orden. El segundo suprime el carácter representativo del gobierno al que se refería el artículo 3 de la Constitución de 1961, y lo sustituye por la mención a la naturaleza electiva y participativa del gobierno y a la revocabilidad de los mandatos. Este cambio es significativo, porque el artículo 6 de la actual Constitución y el artículo 3 de la de 1961 se remontan, con modificaciones, a la Constitución de 1830, que estableció, en su artículo 6, principios inderogables por futuras revisiones constitucionales.³⁹ A diferencia del Proyecto de Reforma General de la Constitución elaborado por la Comisión Bicameral de Revisión Constitucional (1992), que proponía añadir el calificativo

39 Artículo 6. El gobierno de Venezuela es y será siempre republicano, popular, representativo, responsable y alternativo.

de participativo junto al de representativo, se optó por eliminar este último término. Adicionalmente, el artículo 70 de la Constitución enuncia un conjunto de “medios de participación y protagonismo del pueblo en ejercicio de su soberanía”, entre los cuales se encuentra la asamblea de ciudadanos, “cuyas decisiones serán de carácter vinculante”, así como una serie de espacios sociales, laborales o económicos que también serían expresión de esa soberanía y de ese protagonismo. Otras normas de la Constitución abonan esta politización, colectivización o estatización en algunas esferas sociales o económicas,⁴⁰ que puestas en conexión con el paradigma de la “sociedad” participativa y protagónica tienden a adquirir una cierta organicidad.

Ello se vincula con la extendida afirmación de que la democracia participativa es un principio transversal a la Constitución. La reivindicación de una democracia (social y) participativa fue una idea central de la convocatoria a la Asamblea Nacional Constituyente promovida en 1999. Así se expresaba en una de las preguntas formuladas al pueblo en el referendo del 25 de abril de 1999. La cuestionada Exposición de Motivos de la Constitución se refiere en este sentido al “tránsito de la democracia representativa a una democracia participativa y protagónica”.⁴¹ Más allá de su plasmación en los referendos y otros mecanismos de participación directa o semidirecta, la democracia participativa de la Constitución de 1999 se proyecta sobre la regulación de la institucionalidad del Estado, que opta por minusvalorar o preterir las instancias representativas y los partidos políticos como forma de organización para la actividad política. La opción por el unicameralismo, en una Constitución que proclama la naturaleza federal del Estado y en una tradición constitucional como la nuestra, es una manifestación clara de la minusvaloración de la representación política. Ello se refleja también en el tratamiento de ámbitos de desarrollo de la persona, que están inscritos en la realización de determinados fines públicos y, en general, en la forma en que se concibe la relación entre el Estado y la sociedad, cuya separación tiende a diluirse.

Los antecedentes de la idea de una democracia participativa para Venezuela se encuentran en debates promovidos en el país al menos desde los años setenta,⁴² que se intensificaron a mediados de los ochenta en el contexto de la crisis

40 Véase, por ejemplo, la forma en que se reconocen determinados derechos (art. 102); la imposición de ciertos deberes relacionados con la participación (art. 132); y algunos de los principios rectores del régimen socioeconómico (art. 299).

41 Pandectas Digital, “Exposición de Motivos de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela”, *Pandectas Digital*, 20 de febrero de 2009. <https://pandectasdigital.blogspot.com/2016/05/exposicion-de-motivos-de-la.html>

42 Margarita López Maya, *Democracia participativa en Venezuela (1999-2010)*, Caracas, Fundación Centro Gumilla, UCAB, 2011, pp. 7 y ss.

de los partidos como instancias mediadoras para la participación política. Los movimientos que en esos años apostaron por el reconocimiento de la sociedad civil como actor relevante en la esfera pública respondieron en parte a la aspiración a una mayor participación ciudadana, pero eran a la vez expresión de la voluntad de hacer política desde espacios distintos a los partidos, los cuales eran percibidos como elitistas o cogollocráticos, poco permeables a nuevos liderazgos y proclives al tráfico de influencias y otras formas de corrupción. Los reclamos de mayor participación surgieron, en parte, con un carácter antagónico respecto de los medios tradicionales de organización para la acción política, hasta tal punto que algunos desembocaron en la propuesta de la convocatoria de una Asamblea Nacional Constituyente, tesis que años después sería tomada por Hugo Chávez.

De acuerdo con lo resuelto en la convocatoria constituyente de 1999, el texto constitucional acogió diversos elementos participativos, pero es discutible que haya adoptado un específico y coherente “modelo” de democracia participativa. Normalmente las constituciones no reproducen modelos o sistemas teóricos puros, pero no es ocioso advertir que tampoco en este caso ha ocurrido. Más bien pareciera que detrás de la idea participativa de la Constitución hay un conjunto heterogéneo de aportes ideológicos con una inspiración y radicalidad diversas.⁴³ Ello se explica porque la misma noción de democracia participativa puede tener alcances diferentes.

Está claro que la Constitución apuesta por una democracia participativa, la cual intenta superar las supuestas deficiencias de la democracia representativa. Esta decisión está presente desde la misma gestación del proceso constituyente, que fue adelantado al margen de los procedimientos de revisión de la Constitución de 1961 y eclipsando la normatividad del Estado de derecho. La sentencia de la antigua Corte Suprema de Justicia del 19 de enero de 1999, que quiso tender un puente de normatividad entre esta Constitución y su desmoronamiento, puso la primera piedra de la actual democracia participativa, ya que se fundamentó, entre otros argumentos, en la premisa de que en una democracia de este tipo el pueblo debía poder ejercer el poder constituyente sin ataduras resultantes de la Constitución en vigor, transformando de esa forma la democracia representativa reflejada en el artículo 4 de aquella Constitución, al menos en su fase o momento terminal, en una de carácter participativo.

Pero la Constitución de 1999, aunque intentó ocultarlos, dejó en pie los principales pilares del sistema representativo. Algunas opiniones ilustran el afán rupturista y, al mismo tiempo, las líneas de continuidad presentes en esta

43 *Idem*.

Constitución.⁴⁴ Tanto las elecciones como el carácter no imperativo del mandato parlamentario –que es compatible con la rendición de cuentas a los electores–, los estrictos requisitos impuestos para la activación por iniciativa popular y la eficacia de los referendos de carácter decisorio, incluyendo la revocatoria del mandato, junto a la regulación constitucional general sobre el ejercicio del poder público, se avienen con el esquema democrático-representativo. A lo anterior ha de agregarse el reconocimiento constitucional del derecho de todo ciudadano a participar “libremente” en los asuntos públicos, “directamente o por medio de sus representantes elegidos o elegidas”. Esta aproximación desde el derecho a la participación política y los demás derechos humanos, que tienen valor preeminente según la propia Constitución (art. 2), puede ayudar a enderezar muchas formulaciones del texto constitucional, en especial al tener en cuenta y observar los estándares interamericanos. Lo dicho no obsta para que surjan tensiones con las disposiciones y el paradigma antes esbozados.

La propia Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia se ha referido a la base representativa del sistema político en la Constitución vigente, en una sentencia interpretativa de su artículo 71,⁴⁵ que no está exenta de puntos contrastantes con posturas previas y posteriores de la misma Sala y que respondió a intereses políticos, pero que recoge una lectura posible de la Constitución. En esta ocasión, la Sala Constitucional sostuvo que la Constitución “funda las bases axiológicas e institucionales para profundizar la democracia en Venezuela, al completar las tradicionales formas e instancias representativas de los sistemas democráticos contemporáneos, con novedosos y efectivos mecanismos y medios de participación”. Con lo cual la decisión constitucional favorable a la democracia participativa es interpretada como un esfuerzo por complementar, perfeccionar o mejorar la democracia representativa. De ahí la referencia a la necesidad de “superar los déficits de gobernabilidad” que habían afectado al sistema político, mediante esta ampliación de la participación. La Sala añadió, citando a Bobbio, que “la democracia participativa no se opone a la democracia representativa, por el contrario, aquella no implica sino el perfeccionamiento o complemento de esta”. Esta visión fue reforzada con la invocación de la concepción de la

44 “La Constitución se rige por el principio de la democracia participativa y protagónica, que a diferencia de la democracia representativa, implica la concepción de un pueblo protagonizando directamente su destino, o por medio de representantes electos que deben rendir cuentas de su actuación, así como responder ante sus electores por su programa de acción comprometido en las elecciones, y cuyo mandato es revocable por decisión popular” (Ricardo Combellas, “Bases institucionales de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela”, *Memoria Política. Universidad de Carabobo*, vol. 8, 2003, pp. 11 y ss.).

45 Sala Constitucional, Sentencia 23 de 22 de enero de 2003.

democracia de la Carta Democrática Interamericana.⁴⁶ El valor decisorio de algunos mecanismos de participación política habría de determinarse en función de su regulación concreta.⁴⁷

De acuerdo con la Constitución, el ejercicio directo de la soberanía por el pueblo no implica una negación de la normatividad constitucional, ya que dicho ejercicio solo es admisible “en la forma prevista en esta Constitución y en la ley” (art. 5 CP). Es decir, ello no significa que el pueblo se coloque al margen o por encima del Estado de derecho; solo indica que los respectivos cauces de participación están directamente a su alcance y puede hacer uso de ellos por sí mismo, en las condiciones constitucionales y legales, mientras que en el despliegue de la soberanía mediante el sufragio se eligen representantes que tendrán en sus manos los correspondientes mecanismos de acción y toma de decisiones. En ambos casos, la soberanía está sometida o domesticada por la normatividad constitucional. Por otra parte, en lo que concierne a la posible subordinación del desarrollo individual a fines y procesos estatales, el mandato constitucional de respetar la dignidad de la persona y su derecho al libre desenvolvimiento de su personalidad (arts. 3 y 20) se opone a interpretaciones que la conviertan en simple instrumento de aquellos.

Quedan, por supuesto, problemas sin resolver en orden a la compatibilización de la representación con la participación directa, y la existencia de choques entre ambas vertientes de la democracia plasmada constitucionalmente parece,

46 “...como lo afirma la Carta Democrática Interamericana suscrita el 11 de septiembre de 2001 en Lima, capital de la República del Perú, el carácter participativo de la democracia en Venezuela en los diferentes ámbitos de la actividad pública tiende progresivamente a la consolidación de los valores democráticos y a la libertad y la solidaridad en los distintos niveles político-territoriales en que se distribuye el Poder Público a lo largo y ancho de la República, y por ello mismo, si bien la democracia representativa es la base del Estado de derecho y de los regímenes constitucionales de los Estados Miembros de la Organización de los Estados Americanos, esta se refuerza y profundiza únicamente con la participación y protagonismo permanente, ético y responsable de la ciudadanía” (*idem*).

47 Esta sentencia estuvo precedida y fue sucedida por decisiones en mayor o menor medida contrastantes con ella en la cuestión relativa a las relaciones entre la institucionalidad representativa y la participación directa. Serias críticas merece, en sus conclusiones y en sus fundamentos, la sentencia en la cual se sostuvo que lo dicho por el pueblo en un referendo consultivo u otros referendos no solamente tiene alcance decisorio, sino es manifestación del “poder constituyente” (Sala Constitucional, Sentencia 1490 de 1 de diciembre de 2000), criterio que implicaría la completa disolución de la normatividad constitucional. También es objetable la visión de la participación subyacente a las decisiones que estimaron compatible con los principios fundamentales de la Constitución la revisión constitucional para hacer posible la reelección presidencial indefinida o sucesiva (Sala Constitucional, Sentencia 1488 de 28 de julio de 2006).

en todo caso, inherente al diseño constitucional. Una tarea difícil es armonizar el Estado de derecho y la representación democrática con los factores de disolución de la distinción entre Estado y sociedad presentes en la Constitución de 1999, pero esta diferenciación sigue teniendo sustento en la Carta. Tal distinción, que no ha de confundirse con la rígida separación característica del orden político decimonónico, es imprescindible para garantizar las libertades y la autonomía sobre las que gravita el Estado de derecho.

Hubiera sido interesante esbozar la evolución que ha tenido en la práctica la idea participativa de la Constitución de 1999, pero nos limitaremos a advertir que el esquema participativo de esa Constitución no ha sido implementado en rigor. La participación desde la comunidad libremente organizada fue sustituida o envilecida por cauces controlados políticamente desde el Ejecutivo nacional, que han servido como canales de distribución clientelar de recursos, ello sin perjuicio de las experiencias positivas de participación y empoderamiento comunitario que pese a la manipulación oficial hayan tenido lugar. La mejor prueba de esta afirmación se encuentra en que la legislación relativa a los distintos medios de participación política previstos en el artículo 70 de la Constitución aún no ha sido aprobada. Esta debía ser, en un orden constitucional como el de 1999, una legislación prioritaria con miras a la consolidación de la democracia participativa, pero aún no ha sido sancionada. Después de muchos años de mora del legislador en la materia, y de algunas normativas parciales, en diciembre de 2010 se precipitó la avalancha legislativa sobre el Poder Popular y el Estado comunal, pese a lo cual muchos mecanismos enunciados en el artículo 70 siguen sin desarrollo legal. En particular, no ha sido dictada la ley sobre los referendos, que están bloqueados en la práctica cuando pretenden ser activados por iniciativa popular, con aval del Tribunal Supremo de Justicia y del Consejo Nacional Electoral.

Algunas instancias de supuesta participación en el ámbito político y socioeconómico se encuentran reguladas en las leyes del poder popular, las cuales, sin embargo, al imponer el control estatal y el socialismo, responden a una lógica extraña a la de la Constitución, ya que esta reconoce al pluralismo político como valor superior del ordenamiento jurídico, y parte de la libre organización de la comunidad como base de la participación (arts. 2 y 62). A lo cual se añade el socavamiento de la institucionalidad federal y de la organización político-territorial que supone el Estado comunal, así como el desconocimiento del papel que los estados y municipios deben jugar en la interacción de lo público con lo asociativo y comunitario (art. 184 CP). El texto del Proyecto de Reforma Constitucional de 2007 es una prueba de que, incluso para los principales promotores de la Constitución de 1999, el proyecto participativo que querían impulsar no cabía, ni cabe, en esta Constitución.

Lo cierto es que, en virtud de la adopción del denominado Estado comunal,⁴⁸ se ha establecido legalmente al socialismo como ideología vinculante y las estructuras del llamado poder popular han minado las facultades de las entidades político-territoriales previstas en la Constitución, todo en beneficio de la concentración de poderes en el presidente de la República. La evolución de los últimos años ha conducido a que incluso la institucionalidad representativa nacional haya sido liquidada, como lo demuestra el desconocimiento de la Asamblea Nacional tras las elecciones de diciembre de 2015. Adicionalmente, en 2017 fue implantada una pretendida asamblea nacional constituyente, sin permitir que el pueblo decidiera sobre el ejercicio de su poder constituyente,⁴⁹ lo cual implicó lanzar al mar los últimos vestigios de la participación y de la democracia contempladas en la Constitución, para seguir a flote y navegar en una dirección francamente autoritaria.

El diseño constitucional general de 1999

Restaría por considerar si la Constitución de 1999 es, en su contenido, contraria a la democracia, por establecer un régimen de concentración de poderes como el que hemos padecido en estos años, incompatible con el Estado de derecho y la garantía de los derechos humanos. Hay ciertamente elementos normativos en la Constitución que propenden al desequilibrio entre los poderes, en favor del presidente de la República: se ampliaron las atribuciones del presidente en temas como los ascensos militares a los altos rangos, al haberse eliminado la exigencia de aprobación parlamentaria; la organización de la Administración Pública Nacional, y la emisión de decretos con fuerza de ley. Igualmente, se debilitó al Poder Legislativo, al suprimir el bicameralismo; se previó la facultad presidencial de disolver la Asamblea Nacional, bajo ciertas condiciones; se extendió el periodo presidencial a seis años y se introdujo la reelección presidencial inmediata, por una sola vez. Por otra parte, el federalismo y la descentralización apenas avanzaron respecto de lo que se había logrado en el país desde 1989, con la elección popular de gobernadores y la transferencia de competencias del poder nacional a los estados, y en algunos aspectos hubo modificaciones regresivas en la

48 Para una crítica del Estado comunal, véase Allan Brewer-Carías, *Sobre la democracia*, Caracas, EJV, 2019, pp. 205 y ss. Esta organización comunal se corresponde, en teoría, con uno de los modelos de democracia analizados por Held, basado en el pensamiento de Marx (David Held, *Modelos de democracia*, Madrid, Alianza Editorial, 2007, pp. 145 y ss.).

49 Véase Allan Brewer-Carías y Carlos García Soto (coords.), *Estudios sobre la Asamblea Nacional Constituyente y su institucional convocatoria en 2017*, Caracas, Bogotá, Editorial Jurídica Venezolana, Temis, 2017.

Constitución, como la remisión de la división político-territorial a una ley orgánica y la eliminación del bicameralismo. El concepto de seguridad de la nación fue sobredimensionado y el replanteamiento del rol de las Fuerzas Armadas, que incluye su participación activa en el desarrollo nacional, representaba en su contexto un riesgo. La mayor presencia del Estado en la esfera económica y social implicaba también peligros, a los que han de sumarse los referidos a la idea de la participación reflejada en la Constitución.

Sin embargo, la Constitución no recoge de modo homogéneo una tendencia a la concentración de poderes incompatible con la democracia y el Estado de derecho. La disolución presidencial de la Asamblea Nacional quedó sujeta a requisitos de difícil cumplimiento, que la propia Asamblea Nacional puede administrar; se clarificaron las potestades parlamentarias de control e investigación; se exigió una mayoría calificada para la aprobación de las leyes de habilitación o de delegación; se fijó un periodo de cinco años para la Asamblea Nacional, distinto al periodo presidencial; se consagraron principios fundamentales de un Estado de derecho, entre ellos la independencia judicial, y controles institucionales diversos; se reconoció un extenso elenco de derechos, así como una franca apertura de la Constitución al derecho y a la protección internacional de los derechos humanos, y se estableció una regulación estricta respecto de los estados de excepción. La propia legitimidad del sistema político quedó supeditada a la adhesión a los derechos humanos y a los principios democráticos.

Si bien hay serios problemas en el diseño constitucional, a los que ha de añadirse la introducción de la posibilidad de la reelección indefinida en 2009, que favorecen la concentración de poderes, el continuismo y orientaciones estatistas, y deben ser corregidos, el texto constitucional de 1999 no sobrepasó las fronteras de una Constitución de contenido democrático. La clave de la degeneración autoritaria característica de este ciclo político ha estado principalmente en la dinámica política y en la praxis institucional. El propio proceso constituyente de 1999 fue responsable del naufragio de la naciente Constitución, en virtud del régimen de transición del poder público aprobado por la Asamblea Nacional Constituyente, que postergó la vigencia plena de la Constitución, interinato o paréntesis constitucional durante el cual fueron capturados políticamente los órganos de control, entre los que se ha destacado la Sala Constitucional, como protagonista en el desmantelamiento de la institucionalidad democrática prevista en la Constitución. El ejercicio del poder se fue haciendo cada vez más autoritario, a expensas de la Constitución y del Estado democrático de derecho. Algunas disposiciones constitucionales facilitaron esta degeneración, pero esta no se hubiera producido, o al menos no merced a la Constitución, si los aspectos constitucionales de garantía de derechos y de control y limitación del poder público

hubieran sido respetados. El Proyecto de Reforma Constitucional de 2007, que por negar el pluralismo político, imponer un modelo de legitimación política por medio de comunas ideologizadas, minimizar el derecho de propiedad privada, autorizar la reelección presidencial sin restricciones y por otras razones desbordaba los moldes democráticos, era nuevamente ilustrativo de lo que la llamada revolución bolivariana quería realmente lograr y de los límites que para ello representaba la Constitución de 1999. El reconocimiento por el Consejo Nacional Electoral del resultado negativo del referendo de 2007 era también indicativo del hilo democrático que, a pesar de todos los abusos cometidos inconstitucionalmente, aún no se había roto por completo.

En los últimos diez años el proceso de dismantelamiento de la institucionalidad democrática se ha profundizado significativamente. Ya con la actitud asumida por Hugo Chávez ante el rechazo popular de la propuesta de reforma constitucional de 2007, que consistió en seguir adelante por otros medios en la implementación de sus postulados, incluyendo la reiteración en 2009 de su iniciativa para la modificación constitucional destinada a hacer posible nueva e indefinidamente su reelección en la Presidencia de la República, se había abierto una grieta en la estructura democrático-constitucional que se iría ensanchando progresivamente. Ello porque a partir de allí el gobierno se sintió facultado para determinar lo que era mejor para el pueblo, esto es, el socialismo del siglo XXI, sin que fuera decisivo lo que los propios electores pudieran considerar al respecto. De allí las críticas de Chávez al resultado del referendo de 2007,⁵⁰ en el que parte importante del electorado chavista se abstuvo de votar; en el fondo, el liderazgo chavista pensaba que su derrota había sido producto de mentiras propagadas por la oposición,⁵¹ que habían desviado al pueblo llano de lo que realmente le convenía. Cuando Chávez insiste en 2009 en la modificación constitucional en materia de reelección, que esta vez fue aprobada, el proceso político se hizo aún más plebiscitario e implícitamente se constitucionalizó el personalismo político. El pueblo se habría equivocado en 2007 y su líder estaba dispuesto a hacerlo entrar en razón. Esta disociación entre la voluntad efectiva del electorado y la voluntad popular presunta o interpretada favorecería años después, ya con Nicolás

50 Jaime L. García, “Chávez califica de ‘victoria de mierda’ el triunfo de la oposición”, *El Mundo*, 6 de diciembre de 2007. <https://www.elmundo.es/elmundo/2007/12/06/internacional/1196897757.html>

51 Véase la explicación de Eric Toussaint, “Transformar el fracaso del 2 de diciembre de 2007 en una potente palanca para impulsar el proceso en curso en la Venezuela de Hugo Chávez”, *Comité para la abolición de las deudas ilegítimas (CADTM)*, 16 de diciembre de 2007. <https://www.cadtm.org/Transformar-el-fracaso-del-2-de>

Maduro en el poder, la franca ruptura con la voluntad democrática y el empeño de mantenerse en el poder contra la voluntad de la mayoría.

Las leyes orgánicas del denominado poder popular fueron aprobadas por la Asamblea Nacional en diciembre de 2010, pocos días antes de que expirara su mandato y bajo la presión de que en enero se instalaría un nuevo parlamento, en el que la oposición, que había resuelto volver a la arena electoral parlamentaria luego de haberse abstenido de participar en 2005, obtuvo un relevante número de escaños, suficiente para impedir la admisión a trámite de tales leyes orgánicas. Dichas leyes crearon estructuras paralelas de mando. Bajo el pretexto de promover la participación o el empoderamiento popular, reforzaron las políticas clientelares y la dominación ideológica, pues los consejos comunales, las comunas y otras instancias del poder popular fueron colocados, mediante mecanismos de registro, supervisión y articulación, bajo la dirección del Ejecutivo Nacional, y rivalizaban con los órganos constitucionales legítimos democráticamente integrados en los estados y municipios. Esto estaba en sintonía con la creciente personalización y concentración del poder.

La victoria de la oposición en las elecciones parlamentarias de diciembre de 2015 marcó otro punto decisivo en el derribo de los últimos vestigios democráticos. Desde entonces el gobierno acometió, en alianza con el Tribunal Supremo de Justicia, la demolición de la Asamblea Nacional. Esto significó desconocer abiertamente la voluntad del pueblo, la representación política y el pluralismo. En su lugar no se levantaba un liderazgo carismático apalancado por el respaldo popular, sino una dominación autoritaria cada vez más fáctica y ajena a las preferencias populares. El cierre de los cauces electorales se consumaría con la imposición presidencial de una pretendida asamblea constituyente, sin pueblo y contra el pueblo, sin sufragio universal e igual.⁵² Lo que ha sucedido después es consecuencia de esa determinación de romper con la democracia si resultaba necesario para continuar en el poder.

En síntesis, la Constitución de 1999 trazaba un marco dentro del cual la Sala Constitucional hubiera debido jugar el papel que le corresponde en un Estado democrático de derecho, pero esta no solo no supo defenderlo, sino que fue la principal artífice de su destrucción.

52 Véase el dictamen emitido por la Comisión de Venecia para la Democracia a través del Derecho, en relación con el decreto dictado por el presidente de la República Bolivariana de Venezuela en el que convocó elecciones para una asamblea nacional constituyente (Venice Commission, "Venezuela". [https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD\(2017\)024-e](https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD(2017)024-e)).

EL PAPEL INSTITUCIONAL DE LA SALA CONSTITUCIONAL DEL TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA

De acuerdo con la Constitución, la Sala Constitucional, como parte del Tribunal Supremo de Justicia, debería ser un órgano que contribuyera a garantizar la supremacía y efectividad de las normas y los principios constitucionales (art. 335). Esta contribución tendría que ser además decisiva, dada la singular función que está llamada a cumplir en la interpretación de la Constitución, en virtud del efecto vinculante de los criterios que al respecto establece. Por otro lado, aunque la Constitución no lo señale expresamente, de esta y de lo antes expuesto se desprende que dicha Sala debería ser un actor institucional fundamental para asegurar la vigencia del Estado de derecho y de los principios democráticos. De allí la importancia que habrían de tener en su actuación la protección de los derechos humanos y la preservación de la separación o división de poderes y del pluralismo político (arts. 2, 3, 6, 19, 23 y 136, CP).

Sin embargo, la Sala Constitucional se desvió rápidamente del modelo constitucional y del paradigma filosófico-jurídico del constitucionalismo. Había sido instaurada bajo el impulso de propuestas que respondían mayoritariamente a la idea de robustecer la salvaguarda de los derechos humanos y de la Constitución como expresión del constitucionalismo democrático, pero quedó atrapada tempranamente por la determinación de las fuerzas partidistas dominantes de ocupar políticamente el Tribunal Supremo de Justicia. El propio sobredimensionamiento funcional de la Sala Constitucional, que se puso de manifiesto en la Exposición de Motivos de la Constitución,⁵³ redactada con posterioridad a la sanción popular de la Constitución, y en muchos aspectos alejada del texto y de la voluntad constituyente, anunciaba ya el propósito de los dueños del proceso político emergente de erigir a dicha Sala en un instrumento de cierre de todo el orden jurisdiccional y, en tal condición, en la garantía última de los fines e intereses gubernamentales.

La propia Sala se inclinó desde el comienzo por una lectura extensiva de sus atribuciones, invocando de manera postiza la misión de coadyuvar al aseguramiento de la supremacía constitucional. No solo ignoró esta tarea, que en igual sentido tienen asignadas otras salas del Tribunal Supremo de Justicia, en su ámbito competencial, sino que, adicionalmente, asumió como objetivo la ampliación de su campo de actuación, a fin de ser el máximo custodio del orden político-ideológico naciente, en lugar de cumplir el papel institucional de una

53 Al respecto véase Jesús M. Casal, *Constitución y justicia constitucional*, Caracas, UCAB, 2000.

jurisdicción constitucional de la libertad y de los derechos, como instancia jurisdiccional dedicada a desplegar controles sobre los gobernantes, a evitar el abuso de poder, a resguardar los derechos humanos y los equilibrios políticos.

Al inicio de su andadura jurisprudencial dejó algunas muestras de protección constitucional, pero también desde entonces sembró los fundamentos para el progresivo y acelerado socavamiento de la institucionalidad democrática, que llevaría a cabo con empeño y frente al cual de poco sirvieron en la práctica algunas señales tardías de parcial rectificación de algunos de los protagonistas de la embestida judicial. Tempranamente, la labor de la Sala Constitucional arrojó un saldo francamente negativo en lo que respecta a los logros materiales que debe exhibir una jurisdicción constitucional que merezca tal nombre, como de manera oportuna fue advertido.⁵⁴ Dicha Sala se perfiló crecientemente como un artifice primordial de la restricción arbitraria de las libertades civiles y políticas; de la extensión indebida de las facultades del presidente de la República; de la minimización del valor de los tratados internacionales sobre derechos humanos; del desconocimiento de las posibilidades de acción de la oposición parlamentaria; del cercenamiento de la libertad económica y del derecho de propiedad y, aunque luzca paradójico, del debilitamiento de la garantía jurídica de los derechos sociales.⁵⁵

La Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia ejemplifica de modo palmario las situaciones en las cuales la jurisdicción constitucional asume funciones de afianzamiento de una dominación autoritaria.⁵⁶ Se trata de un órgano que no ejerce un auténtico control jurisdiccional; que resuelve sistemáticamente a favor del gobierno, con contadísimas excepciones correspondientes a sus primeros años de funcionamiento; que avala ampliamente las políticas o medidas oficiales y, lo que es más delicado, que frente a intereses o políticas gubernamentales contrarias a la libertad de expresión, de manifestación u otros derechos medulares para la democracia, se adelanta a la actuación oficial o la sobrepasa y abre senderos para una intervención estatal más profunda, mayormente lesiva

54 Brewer-Carias, *Crónica*, *op. cit.*, pp. 350 y ss.; “Los actuales desafíos”, *op. cit.*, pp. 316 y ss.

55 Jesús M. Casal, “La relativización de la garantía de los derechos fundamentales por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela”, en Víctor Bazán y Claudio Nash (eds.), *Justicia constitucional y derechos fundamentales: fuerza normativa de la Constitución*, Montevideo, KAS, 2011, pp. 181 y ss.

56 Jesús M. Casal, “Justicia y política: el caso de la jurisdicción constitucional en Venezuela”. http://www.kas.de/wf/doc/kas_48234-1522-4-30.pdf?170316203548

de esos derechos.⁵⁷ Es un actor militante del menoscabo de las libertades ciudadanas, alineado con el Gobierno nacional.

La Sala Constitucional ha sido, pues, un instrumento del régimen autoritario, aunque conviene aclarar que ha tenido cierta vida propia, en el sentido de que no ha sido un mero ejecutor de órdenes gubernamentales ni se ha limitado a convalidar las actuaciones oficiales al desechar de plano los recursos interpuestos contra ellas, sino que ha demostrado una especial capacidad de iniciativa, de invención y, en definitiva, de cooperación activa en la apertura de caminos para la consolidación de la hegemonía ideológica y del poder presidencial. Esta vida propia no se basa obviamente en la independencia judicial, sino en la naturaleza del sistema de dominación en el cual el poder judicial se inserta. El poder judicial, y sobre todo su cúspide, han adquirido en este ciclo político una significación antidemocrática desconocida hasta ahora en Venezuela, pues el Tribunal Supremo de Justicia, en particular su Sala Constitucional, no son ya propiamente órganos de control jurisdiccional, ni siquiera de modo aparente o como fachada, sino que forman parte de las estructuras de apoyo militante al proyecto y a la gestión gubernamental. Habíamos tenido anteriormente serios problemas para afianzar un poder judicial autónomo, pero eran de otra índole y alcance.

La Sala Constitucional no ha operado bajo las reglas de la iniciativa de parte interesada ni conforme a competencias específicas normativamente atribuidas, ni siquiera con apego al principio del contradictorio y al derecho a ser oído.⁵⁸ Su actividad se aproxima más a la de una instancia que, en consulta permanente con el gobierno, prepara estrategias simuladamente jurisdiccionales para incrementar las facultades ejecutivas, restar espacios de participación libre a la oposición o a la sociedad en general, catapultar las posibilidades de intervención del Estado en la economía y, correlativamente, relativizar el valor de los derechos económicos, así como de los derechos fundamentales en general. No ha sido en rigor un órgano jurisdiccional ni sus resoluciones merecen denominarse sentencias.

En tal sentido, la Sala Constitucional ha establecido interpretativamente los fundamentos para la reelección indefinida del presidente de la República;⁵⁹ la censura judicial de informaciones y de la programación de los medios de

57 Véanse, entre otras, Sala Constitucional, sentencias 956 de 25 de mayo de 2007; 276 de 24 de abril de 2014; 269 de 21 de abril de 2016.

58 Véanse, entre otras, Sala Constitucional, sentencias 207 de 31 de marzo de 2014; 9 de 1 de marzo de 2016; 473 de 14 de junio de 2016; 478 de 14 de junio de 2016; 797 de 19 de agosto de 2016; 1086 de 13 de diciembre de 2016; 2 del 11 de enero de 2017; 7 de 20 de enero de 2017; 156 de 29 de marzo de 2017.

59 Sala Constitucional, Sentencia 1488 de 28 de julio de 2006.

comunicación;⁶⁰ la ampliación del ámbito del reglamento en el campo de la actividad económica, en detrimento de la reserva de ley;⁶¹ la utilización desmesurada de las leyes habilitantes y de los decretos leyes;⁶² la denuncia de la CADH;⁶³ la centralización de competencias constitucionalmente atribuidas a los estados con el carácter de exclusivas;⁶⁴ la intervención estatal en la economía con mínimos límites sustantivos,⁶⁵ y la politización partidista de las fuerzas armadas,⁶⁶ entre otros vectores jurisprudenciales favorecedores de la expansión del poder gubernamental.⁶⁷

La labor judicial desarrollada por la Sala Constitucional una vez que la oposición obtuvo un importante triunfo en las elecciones parlamentarias del 6 de diciembre de 2015 corrobora esa orientación general de la jurisprudencia constitucional y el papel institucional ya esbozado de la referida Sala.⁶⁸ Antes de esos comicios, la Sala Constitucional se distinguió por respaldar la actuación del Poder Ejecutivo Nacional y de la Asamblea Nacional, mayoritariamente oficialista, al declarar sin lugar o no tramitar oportunamente los recursos interpuestos contra sus actos. Más aún, su papel ha sido no solo de convalidación o pasividad ante medidas inconstitucionales de los poderes públicos sino incluso se ha caracterizado, como se dijo, por anticiparse a las iniciativas gubernamentales, colocando argumentativamente bases para una “huida hacia adelante”, es decir, para una intensificación o profundización de políticas ya adoptadas o de aspiraciones programáticas o intereses oficiales aún no satisfechos.

Esa misma Sala Constitucional, postrada ante el Ejecutivo o, mejor dicho, erigida en factor determinante de su dominación, sacó a relucir un rostro aún más autoritario cuando las circunstancias se lo exigieron. La oposición democrática ganó las dos terceras partes de los escaños de la Asamblea Nacional en las elecciones legislativas del 6 de diciembre de 2015, lo cual llevó a la agónica mayoría

60 Véanse, por ejemplo, Sala Constitucional, sentencias 1013 de 12 de junio de 2001; 956 de 25 de mayo de 2007.

61 Sala Constitucional, sentencias 1613 de 17 de agosto de 2004; 2164 de 14 de septiembre de 2004.

62 Sala Constitucional, sentencias 1716 de 18 de septiembre de 2001; 740 de 13 de julio de 2010.

63 Sala Constitucional, Sentencia 1939 de 18 de diciembre de 2008.

64 Sala Constitucional, Sentencia 565 de 15 de abril de 2008.

65 Véanse, por ejemplo, Sala Constitucional, sentencias 1049 de 23 de julio de 2009; 1158 de 18 de agosto de 2014.

66 Sala Constitucional, Sentencia 651 de 11 de junio de 2014.

67 Brewer-Carías, *Crónica*, *op. cit.*, pp. 419 y ss.; Casal, “Justicia y política”, *op. cit.*

68 Allan Brewer-Carías, *Dictadura judicial y pervisión del Estado de derecho*, Caracas, Editorial Jurídica Venezolana, 2016; Casal, *Asamblea Nacional*, *op. cit.*, pp. 23 y ss.

oficialista de la Asamblea Nacional, cuyo periodo vencería en breve, a adelantar inconstitucionalmente la designación de 13 magistrados principales y 20 suplentes del Tribunal Supremo de Justicia, mediante jubilaciones anticipadas fruto de la presión oficial, lo cual privaba a la nueva Asamblea Nacional de la posibilidad de renovar parcialmente este Tribunal en la oportunidad en que correspondía, es decir, diciembre de 2016.

Este Tribunal Supremo de Justicia y su Sala Constitucional, que pasaron a tener en diciembre de 2015 una composición todavía más abyecta, que no cabía imaginar, procedieron a acometer un plan sistemático de demolición del parlamento, mediante la sustracción a la oposición de esa mayoría calificada, el bloqueo de las funciones de legislación y de control de la Asamblea Nacional y, finalmente, la completa anulación de este órgano parlamentario y de sus actos.⁶⁹ Después de numerosas decisiones dictadas por la Sala Constitucional desde enero de 2016, sobre actos o supuestas omisiones o sobre las facultades del parlamento, todas desfavorables a la Asamblea Nacional y carentes de sustento y solidez constitucional, no quedó espacio para la actuación con eficacia jurídica de este órgano democrático-representativo, el cual es, sin embargo, la única expresión institucional genuina en Venezuela de legitimidad democrática. La inmunidad parlamentaria ha sido pisoteada, en el marco de la persecución política, y la sociedad misma ha sido cercada por la represión y la violación de los derechos humanos, con una Sala Constitucional que había sometido inconstitucionalmente el derecho de manifestación al requisito de la obtención de autorización previa⁷⁰ y había fijado las premisas para el cierre arbitrario de la vía del referendo revocatorio presidencial como mecanismo de solución democrática de la crisis política y social,⁷¹ luego eliminó el control parlamentario sobre la declaración ejecutiva de los estados de excepción⁷² y ha convalidado inconstitucionalmente su prolongación hasta el presente, al margen de la Asamblea Nacional; asimismo, sentó los fundamentos para la cancelación de los partidos de oposición,⁷³ y avaló la imposición de una asamblea constituyente antidemocrática.⁷⁴

Ciertamente, en mayo de 2017, la Sala Constitucional desconoció el alcance de los artículos 347 y 348 de la Constitución, al afirmar que el presidente de la

69 *Idem*.

70 Sala Constitucional, Sentencia 276 de 24 de abril de 2014.

71 Sala Constitucional, Sentencia 2750 de 21 de octubre de 2003.

72 Sala Constitucional, Sentencia 7 de 11 de febrero de 2016.

73 Sala Constitucional, sentencias 1 de 5 de enero de 2016; 53 de 25 de enero de 2018.

74 Sala Constitucional, Sentencia 378 de 31 de mayo de 2017; véase también Brewer-Carías, *Dictadura*, op. cit., pp. 91 y ss.; José I. Hernández G., “El asedio a la Asamblea Nacional”, en Brewer-Carías, *Dictadura*, op. cit., pp. 51 y ss.; Casal, *Asamblea Nacional*, op. cit. 161 y ss.

República tiene la facultad de convocar a una Asamblea Nacional Constituyente, sin que sea necesaria la previa expresión de la voluntad popular mediante referendo, a pesar de que de los referidos artículos, del principio de soberanía popular, de la idea de la democracia participativa que recoge la Constitución y del derecho a la participación política se desprende lo contrario.⁷⁵

Al instalarse la espuria asamblea nacional constituyente, con una Sala Constitucional cuyo ropaje jurisdiccional estaba ya completamente deshilachado ante la virulencia de su potencia política e ideológica, dicha Sala comenzó a ser en parte sustituida y muchas de las decisiones *extra ordinem* que hubiera adoptado se desplazaron a ese pretendido cuerpo constituyente, una transición que se ha dado sin forzamientos, porque en el fondo ambos órganos han operado al margen del orden constitucional formalmente en vigor.

UNA MUESTRA DEL AUTORITARISMO JUDICIAL

Conviene detenerse en una de las sentencias emitidas por la Sala Constitucional en el marco de las protestas vividas en el país en 2014. Entonces se ejercieron acciones de amparo y se dictaron sentencias contra alcaldes de oposición, las cuales pretendían forzarlos a controlar las manifestaciones que tenían lugar en sus municipios. Como estas no cesaron, la Sala Constitucional ordenó en abril de 2014 medidas de privación de libertad y de destitución contra algunos de esos alcaldes.⁷⁶ Tales condenas perseguían, además, un efecto inhibitorio sobre quienes manifestaban en otros municipios mayoritariamente opositores y un aleccionamiento para los respectivos alcaldes. Pero esto no era suficiente para ahogar las protestas en desarrollo y el oficialismo acudió al ardid de solicitar a la Sala Constitucional una interpretación vinculante de la Constitución que dejara a esas movilizaciones, mayoritariamente pacíficas, sin respaldo jurídico. Así, un alcalde ligado al partido de gobierno interpuso el recurso correspondiente y dicha Sala, presurosamente, lo resolvió y privó al artículo 68 de la Constitución, que consagra el derecho de manifestación, de su contenido real.

Este precepto dispone que todo ciudadano es titular del derecho a manifestar pacíficamente y sin armas “sin otros requisitos que los que establezca la ley”. La regulación vigente en la materia desde 1964, pues la reforma que la Ley de Partidos Políticos, Reuniones Públicas y Manifestaciones sufrió en 2010 no alteró este aspecto de la normativa, establece que:

75 Sala Constitucional, Sentencia 378 de 31 de mayo de 2017; al respecto véase Brewer-Carías y García Soto, *Estudios sobre la Asamblea*, op. cit., pp. 540 y ss.

76 Sala Constitucional, sentencias 245 de 9 de abril de 2014; 263 de 10 de abril de 2014.

Artículo 43. Los organizadores de reuniones públicas o manifestaciones, deberán participarlo con veinticuatro horas de anticipación cuando menos, por escrito duplicado, en horas hábiles, a la primera autoridad civil de la jurisdicción con indicación del lugar o itinerario escogido, día, hora y objeto general que se persiga. Las autoridades en el mismo acto del recibo de la participación deberán estampar en el ejemplar que entregan a los organizadores, la aceptación del sitio o itinerario y hora.

Se adopta, por tanto, el régimen de comunicación previa a la autoridad como único requisito para la convocatoria y realización de una manifestación pacífica, y de manera clarísima se atribuye al funcionario competente una facultad de simple recepción de la “participación”. El artículo siguiente de la ley mencionada le permite, en la situación que contempla,⁷⁷ disponer, “de acuerdo con los organizadores”, que se modifique la ruta originalmente fijada. Ninguna alusión existe a un trámite de autorización ni a una potestad de la autoridad para autorizar o no la manifestación. Dicha ley fue dictada poco después de que Venezuela retomara la senda democrática, tras la dictadura militar de Marcos Pérez Jiménez, ya que uno de los pasos fundamentales en este proceso de redemocratización fue consagrar el régimen de simple comunicación previa a la autoridad para la realización de manifestaciones, como ha ocurrido en otros países al salir de sistemas autoritarios que las supeditaban a una autorización previa.

Sin embargo, la Sala Constitucional, en la Sentencia 276 de 24 de abril de 2014, al conocer del recurso de interpretación del artículo 68 de la Constitución, hizo decir a la ley lo que en modo alguno afirma, contrariando toda la práctica democrática acumulada en la materia al menos desde 1964. Lo hizo además sin siquiera aducir, lo que hubiera sido igualmente erróneo, que la ley requería una nueva interpretación a la luz de la Constitución de 1999. La Sala Constitucional simplemente declaró que, según la ley citada, era imprescindible una autorización para manifestar, transformando así el régimen de participación en uno de autorización, sin dar ninguna explicación sobre cómo podía sustentarse tal conclusión. En otras palabras, la sentencia reescribió la Ley de Partidos Políticos, Reuniones Públicas y Manifestaciones, en el punto que se está comentando. De

77 Artículo 44. Cuando hubiere razones fundadas para temer que la celebración simultánea de reuniones públicas o manifestaciones en la misma localidad pueda provocar trastornos del orden público, la autoridad ante quien deba hacerse la participación que establece el artículo anterior podrá disponer, de acuerdo con los organizadores, que aquellos actos se celebren en sitios suficientemente distantes o en horas distantes. En este caso tendrán preferencia para la elección del sitio y la hora quienes hayan hecho la participación con anterioridad.

esta forma, vulneró la reserva legal que rige para la limitación de los derechos constitucionales y usurpó competencias legislativas, aunque lo más grave es que desconoció la esencia del derecho de manifestación, al subordinarlo a requisitos tan severos e irracionales que hacen al derecho inoperante.

La Sala estimó que la autorización es indispensable para el disfrute del derecho: “La autorización emanada de la primera autoridad civil [...] constituye un requisito de carácter legal, cuyo incumplimiento limita de forma absoluta el derecho a la manifestación pacífica, impidiendo así la realización de cualquier tipo de reunión o manifestación”. Por tanto, cualquier concentración, manifestación o reunión pública celebrada sin contar con el aval previo de la respectiva autoridad, podrá dar lugar a que los cuerpos policiales y de seguridad, a los fines de proteger el derecho al libre tránsito y otros derechos constitucionales, “actúen dispersando dichas concentraciones con el uso de los mecanismos más adecuados para ello, en el marco de lo dispuesto en la Constitución y el orden jurídico”. Advirtió igualmente sobre las consecuencias de incumplir las obligaciones resultantes de esta insólita lectura de las disposiciones legales: ante la desobediencia de la decisión tomada por la primera autoridad civil de la jurisdicción, bien por haberse efectuado la manifestación o reunión pública a pesar de haber sido negada la autorización, bien por haber modificado las condiciones de tiempo, modo y lugar que hubieran sido fijadas, la referida autoridad deberá remitir al Ministerio Público, a la mayor brevedad posible, toda la información atinente a las personas que presentaron la solicitud para la realización de la manifestación pacífica, “ello a los fines de que determine su responsabilidad penal por la comisión del delito de desobediencia a la autoridad [...], además de la responsabilidad penal y jurídica que pudiera tener por las conductas al margen del Derecho, desplegadas durante o con relación a esas manifestaciones o reuniones públicas”. Salta a la vista la desmesura de estos criterios jurisprudenciales, lo cual se hace aún más patente al confrontarlos con lo establecido en la ley reinterpretada, que no fue concebida para exigir una autorización.

El régimen de autorización en materia de reuniones pacíficas en lugares públicos, que lesiona los estándares internacionales,⁷⁸ dificulta sobremanera el ejercicio del derecho, pues obliga a esperar la decisión de la autoridad para saber si es posible celebrar la manifestación, y la falta de pronunciamiento, si rige una regla de silencio negativo, solo permite recurrir contra la denegación

⁷⁸ Véase, entre otras fuentes, Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas, “Informe del Relator especial sobre los derechos a la libertad de reunión pacífica y de asociación”, Consejo de Derechos Humanos, 21 de mayo de 2012, 20º período de sesiones, A/HRC/20/27.

tácita, lo que genera una dilación adicional ante la cual la convocatoria prevista puede perder su objeto. Además, con alguna frecuencia, la instancia facultada para otorgar la autorización habrá de estar relacionada con las denuncias o los reclamos que motivan la solicitud correspondiente, lo que menoscaba la imparcialidad y confiabilidad en su tramitación. En el caso venezolano, la instauración mediante sentencia del régimen de autorización es especialmente grave, porque las normas de la ley vigente responden al modelo democrático de la comunicación previa, por lo que no fijan un plazo dentro del cual la autorización deba ser concedida o negada, lo que queda abierto a distintas interpretaciones sobre la extensión de los plazos que a tal fin deberían aplicarse.

Por otro lado, aun si se adoptara un régimen de autorización, en sí mismo violatorio del derecho de manifestación, no podría sostenerse que la ausencia de autorización equivale a la inexistencia del derecho, como se deduce de la afirmación de la sentencia según la cual el incumplimiento del requisito de obtener la autorización restringe aquel derecho de manera “absoluta”. Sería preciso atender a lo que exigiera el principio de proporcionalidad, que podría atemperar el rigor del requisito de autorización, dadas ciertas circunstancias, como la demora en emitirla. Este principio es violado igualmente cuando la sentencia dispone que la falta de autorización justifica la disolución de la reunión, ya que esta medida podría resultar excesiva en la situación concreta. Además, habría de quedar a salvo, como se reconoce internacionalmente, la posibilidad de que se susciten manifestaciones espontáneas, ante hechos frente a los cuales la ciudadanía reaccione de manera inmediata. Sin embargo, estas cautelas ligadas a la proporcionalidad y otros estándares aplicables no tienen cabida en un pensamiento autoritario proclive a torcer la legalidad y la Constitución para obstaculizar el ejercicio del derecho a manifestar pacíficamente. Tampoco es admisible, por otra parte, que los organizadores de una manifestación que se efectúe a pesar de la denegación de la autorización sean presuntamente responsables del delito de desobediencia a la autoridad, de manera casi automática, por cuanto el rechazo de la solicitud de manifestar puede haber sido arbitrario, y el juez penal debe conservar la facultad de descartar la responsabilidad penal cuando la denegación haya sido francamente injustificada, sobre lo cual nada dijo la Sala Constitucional. También es criticable que se aluda a la posibilidad de que se les haga responsables penalmente por hechos de terceros.

En virtud de lo expuesto, el ejercicio del derecho de manifestación pacífica quedó desde entonces severamente condicionado, hasta el punto de hacerlo jurídicamente inoperante. La consecuencia práctica de la decisión judicial fue que los estudiantes u otros sectores sociales que querían organizar reuniones en lugares públicos para protestar contra medidas gubernamentales no podían

hacerlo en espacios ubicados en municipios dirigidos por alcaldes del oficialismo. Una de estas autoridades, que tiene jurisdicción en la capital de la República, señaló públicamente que no otorgaría autorizaciones para manifestaciones convocadas por grupos de oposición.⁷⁹

Lo dicho equivale a una suspensión del derecho de manifestación pacífica, que puede subsumirse en la categoría de los estados de excepción de hecho, contrarios al derecho Internacional de los derechos humanos. Ello tiene además graves implicaciones para la institucionalidad democrática, dada la conexión del derecho de reunión pacífica en lugares públicos con la libertad de expresión y su significación para la formación de la opinión pública y el control sobre las autoridades. Nada más alejado del concepto de sociedad democrática plasmado en la Declaración Universal de Derechos Humanos y demás instrumentos internacionales generales sobre la materia, que imponer mediante sentencia, alterando lo dispuesto de manera prístina en la ley y al margen de la Constitución, un régimen de autorización para el ejercicio del derecho de manifestación pacífica, rodeado de requerimientos y amenazas sancionatorias que, amén del obstáculo que un régimen de esa naturaleza en sí mismo supone, hacen nugatorio el derecho. Más aún si se considera el contexto de la adopción de la decisión judicial.

Dicho contexto se distinguía por la creciente represión contra manifestantes y la criminalización de la protesta, que encontró un aval en esta sentencia. A comienzos del mes de abril de 2014, poco antes de la emisión de esa decisión, la Sala Constitucional había adoptado medidas sancionatorias de privación de libertad y de destitución contra dos alcaldes de la oposición, por su supuesto desacato a sentencias de esa Sala en que esta les ordenaba controlar las manifestaciones que se estaban produciendo en territorio de su jurisdicción.⁸⁰ Concatenando las decisiones de la Sala, esto implicaba que los alcaldes, como primera autoridad civil del municipio, no debían autorizar manifestaciones como esas, las cuales, de producirse, podrían ser disueltas en los términos indicados en la sentencia comentada. A falta de una actuación adecuada de los cuerpos policiales municipales, con las consecuencias conocidas para el alcalde respectivo, lo haría la Guardia Nacional o funcionarios policiales nacionales, sin perjuicio de la posible intervención administrativa de esos cuerpos policiales por instancias del poder nacional.

Junto al desconocimiento del derecho de manifestación, se cometieron otras graves violaciones de los derechos humanos. Organismos de las Naciones Unidas han documentado privaciones arbitrarias de la libertad, torturas y maltratos

79 Véase <https://Venezuela: impiden que marcha de la oposición llegue al Ministerio de Alimentación - BBC News Mundo>

80 Sala Constitucional, sentencias 245 de 9 de abril de 2014; 263 de 10 de abril de 2014.

a detenidos que fueron cometidos contra manifestantes en 2014, lo cual se reiteraría con motivo de las protestas de 2017. Si bien la mayoría de las protestas convocadas por la oposición fueron pacíficas, los hechos de violencia que se suscitaron en algunas de ellas, a veces provocados por personas ajenas a la manifestación, debían ser afrontados de manera particular y proporcional por los cuerpos de seguridad, así como investigados y sancionados conforme a la ley, pero no era admisible criminalizar todas las movilizaciones sociales en desarrollo ni mucho menos acudir a vulneraciones de derechos humanos –generalizadas además– para contrarrestar las respectivas convocatorias.

BALANCE DE ESTOS ÚLTIMOS DIEZ AÑOS DE JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL

En los últimos diez años se acentuó el protagonismo autoritario de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia. No hubo un cambio cualitativo, pues ya antes dicho órgano se había desdibujado completamente como autoridad judicial independiente, en virtud de sus propias ejecutorias. Pero sí hubo demostraciones cada vez más palmarias de sometimiento y de acompañamiento militante al gobierno por parte de esta Sala. Los principales hitos políticos de esos años tuvieron en dicha Sala un actor relevante o decisivo. La demolición de la democracia y del Estado de derecho que hemos padecido es en gran medida responsabilidad de ese órgano y de la mayoría de los magistrados que lo han integrado, sin perjuicio de la que recae sobre quienes llevaron a cabo la captura política de la institucionalidad y sobre quienes han emitido desde las altas esferas del Poder Ejecutivo instrucciones referidas al sentido que deben tener ciertos pronunciamientos judiciales.

En 2011, la oposición regresó a la Asamblea Nacional, lo que formaba parte de la estrategia de dar preferencia a la lucha electoral e institucional, después de haber apostado, en los primeros años de la presidencia de Hugo Chávez, por desafiar su permanencia en el cargo y reemplazarlo en el ejercicio del poder mediante acciones de diversa naturaleza, lo cual había sido acicateado por las políticas gubernamentales.⁸¹ Este retorno a cauces institucionales no generó, sin embargo, ningún cambio en la conducción política, pues el régimen continuó con su tendencia polarizadora y de confrontación y su avance autoritario. La inmunidad parlamentaria fue restringida, ya en el periodo parlamentario 2011-2016, con la aquiescencia de la Sala Constitucional, para menoscabar el ejercicio de las funciones correspondientes a diputados de oposición, y la separación o suspensión

81 Corrales, “Why polarize?”, *op. cit.*, pp. 70 y ss.

arbitraria de diputados de la Asamblea Nacional fue empleada según las conveniencias gubernamentales. Asimismo, las inhabilitaciones políticas infligidas por una autoridad administrativa siguieron siendo en este periodo una herramienta para la exclusión de líderes de la oposición del juego político.⁸² Precisamente a este tema se refiere la sentencia dictada por la Corte IDH en el caso *López Mendoza vs. Venezuela*, así como la respectiva decisión de la Sala Constitucional que declaró aquel fallo inejecutable.

Las reglas de debate y funcionamiento del parlamento fueron reformadas inconstitucionalmente por el oficialismo en diciembre de 2010, para reducir las oportunidades de participación de la oposición en la dinámica parlamentaria y concentrar atribuciones en el presidente de la Asamblea Nacional, que seguiría siendo una figura radical del chavismo. Dicha reforma dio lugar a una impugnación judicial presentada por diputados opositores que se integraron al parlamento en enero de 2011, la cual fue ignorada y no fue tramitada por la Sala Constitucional durante los cinco años que duró ese periodo legislativo.⁸³ Adicionalmente, las protestas ciudadanas de 2014 y 2017 fueron reprimidas en la forma esbozada y la Sala Constitucional jugó entonces el relevante papel antes comentado.

Entretanto, la Sala no dejó de prestar su apoyo entusiasta a los decretos dictados por el presidente de la República y a las leyes sancionadas por una Asamblea Nacional aún dominada por el oficialismo. Durante la transición en la Presidencia de la República que se produjo en 2013, a raíz del anuncio del fallecimiento de Hugo Chávez, y antes, con motivo del traslado de Chávez a Cuba para ser intervenido quirúrgicamente, la Sala Constitucional estableció las bases jurídicas para asegurar, por un lado, la continuidad gubernamental en manos de Chávez, pese a que desde entonces debía reconocerse la existencia de una falta temporal en la Presidencia y a que luego este no pudo comparecer a juramentarse en la oportunidad fijada por la Constitución y, por otro lado, la sucesión de Chávez por Nicolás Maduro, aunque este se hallaba inhabilitado constitucionalmente para ser elegido en este cargo, dada su condición de Vicepresidente Ejecutivo de la República y, en tal virtud, de presidente encargado durante la campaña electoral correspondiente.

Cuando la oposición obtuvo una importante victoria electoral en diciembre 2015, la Sala Constitucional, en connivencia con el gobierno de Nicolás Maduro,

82 CIDH, Informe Anual 2009, Capítulo IV, Venezuela, párrs. 473 y 494. <https://www.cidh.oas.org/annualrep/2009sp/cap.4Venezuelao9.sp.htm>

83 La causa judicial sería desempolvada en 2016, cinco años después, a fin de utilizarla para obstaculizar el funcionamiento de la Asamblea Nacional, ahora mayoritariamente opositora (Sala Constitucional, Sentencia 269 de 21 de abril de 2016).

liquidó funcionalmente al parlamento de la forma arriba bosquejada. Y al reactivarse las protestas en 2017, Maduro optó por seguir en la ruta autoritaria e impuso una asamblea constituyente antidemocrática en mayo de ese año, con lo cual buscaba desmoralizar y desmovilizar a la oposición, posponer y organizar a su medida las elecciones regionales que debieron haberse celebrado en diciembre 2016 y que se habían postergado para el primer semestre de 2017, y manipular procesos electorales futuros, como la propia elección presidencial. La Sala Constitucional colocó los adoquines de esta irrita senda pseudoconstituyente, mientras que había obstaculizado la realización del referendo revocatorio presidencial en 2016, en alianza con la Sala Electoral y el Consejo Nacional Electoral. Con posterioridad a estos hechos, la Sala Constitucional y la espuria asamblea constituyente se han alternado o combinado en la adopción de medidas alejadas del marco constitucional y han conducido a la saturación de poder absoluto y arbitrario que aflige al país, con consecuencias devastadoras para los derechos humanos.

Como conclusión puede afirmarse que el abismo entre la norma constitucional y la realidad que hemos vivido en Venezuela obedece a la devastación del orden constitucional democrático y a la implantación de un régimen autoritario, que se resiste a la alternancia, que ha impuesto un modelo ideológico en detrimento del pluralismo político y de las libertades del ser humano, que ha perpetrado violaciones generalizadas de derechos humanos, y que se ha servido de la Sala Constitucional en esta ruta de desmantelamiento de la institucionalidad democrática. La recuperación de la democracia y el Estado de derecho en el país no será posible bajo las actuales condiciones de dominación autoritaria. Tampoco cabe esperar cambios favorables en el desempeño de la Sala Constitucional. Es necesaria una construcción de nueva planta que se sostenga sobre los pilares del respeto a la voluntad popular libremente expresada, el pluralismo y los derechos humanos, lo cual presupone la independencia judicial y, en general, el control efectivo sobre el gobierno, como requisito indispensable de un Estado de derecho.

BIBLIOGRAFÍA

- AYALA, Carlos, “Inconstitucionalidad de la denuncia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos por Venezuela”, *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, 2013.
- AYALA CORAO, Carlos, “La doctrina de la inexecución de las sentencias internacionales en la jurisprudencia constitucional de Venezuela (1999-2009)”, en Armin VON BOGDANDY, Eduardo FERRER MAC-GREGOR y Mariela MORALES ANTONIAZZI (coords.), *La justicia constitucional y su internacionalización*, México, UNAM/Max-Planck-Institut, 2010.

- BAZÁN, Víctor, “El control de convencionalidad: incógnitas, desafíos y perspectivas”, en Víctor BAZÁN y Claudio NASH, *Justicia constitucional y derechos fundamentales. El control de convencionalidad*, Bogotá, KAS, 2012.
- BBC, “Venezuela presenta la solicitud formal para salirse de la Organización de Estados Americanos (OEA)”, *BBC News*, 28 abril 2017. <https://www.bbc.com/mundo/noticias-america-latina-39753590>
- BREWER-CARIAS, Allan, *Crónica sobre la “in” Justicia Constitucional. La Sala Constitucional y el autoritarismo en Venezuela*, Caracas, Editorial Jurídica Venezolana, 2007.
- BREWER-CARÍAS, Allan, *Dictadura Judicial y Perversión del Estado de Derecho*, Caracas, Editorial Jurídica Venezolana, 2016.
- BREWER-CARÍAS, Allan, *Sobre la democracia*, Caracas, Editorial Jurídica Venezolana, 2019.
- HELD, David, *Modelos de Democracia*, Madrid, Alianza Editorial, 2007.
- BREWER-CARÍAS, Allan y CARLOS GARCÍA SOTO (coords.), *Estudios sobre la Asamblea Nacional Constituyente y su inconstitucional convocatoria en 2017*, Caracas, Bogotá, Editorial Jurídica Venezolana, Temis, 2017.
- CASAL, Jesús María, *Asamblea Nacional: conquista democrática vs. demolición autoritaria. Elementos de la argumentación y práctica judicial autoritaria de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia*, Caracas, UCAB, 2017.
- CASAL, Jesús M., *Constitución y Justicia Constitucional*, Caracas, UCAB, 2000.
- CASAL, Jesús M., “La relativización de la garantía de los derechos fundamentales por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela”, en Víctor BAZÁN y Claudio NASH (eds.), *Justicia constitucional y derechos fundamentales: fuerza normativa de la Constitución*, Montevideo, KAS, 2011.
- CASAL, Jesús M., *Las transformaciones del constitucionalismo y la justicia constitucional*, México, Porrúa, 2017.
- CASAL, Jesús María, “Los actuales desafíos de la justicia constitucional en Venezuela”, en *Estado de Derecho, Administración de Justicia y Derechos Humanos (XXX Jornadas Domínguez Escovar)*, Barquisimeto, IEJEL, 2005.
- CASAL, Jesús M., *Los derechos humanos y su protección*, Caracas, UCAB, 2009.
- CASAL, Jesús M., “Justicia y política: el caso de la jurisdicción constitucional en Venezuela”. http://www.kas.de/wf/doc/kas_48234-1522-4-30.pdf?170316203548
- COMBELLAS, Ricardo, “Bases institucionales de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela”, *Memoria Política. Universidad de Carabobo*, vol. 8, 2003.
- COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (IDH), Comunicado. CIDH lamenta decisión de Venezuela de denunciar Convención Americana sobre Derechos Humanos. <https://www.oas.org/es/cidh/prensa/comunicados/2012/117.asp>

- COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (IDH), Informe Anual 2009. <https://www.cidh.oas.org/annualrep/2009sp/cap.4Venezuela09.sp.htm>
- CONSEJO PERMANENTE DE LA OEA, Consejo Permanente acepta nombramiento de Representante Permanente Designado de la Asamblea Nacional de Venezuela ante la OEA. https://www.oas.org/es/centro_noticias/comunicado_prensa.asp?sCodigo=C-019/19
- CORRALES, Javier, “Why polarize? Advantages and disadvantages of a rational-choice analysis of government-opposition relations under Hugo Chávez”, en T. PONNIAH y J. EASTWOOD (eds.), *The Revolution in Venezuela. Social and Political Change under Chávez*, Cambridge, MA, David Rockefeller Center for Latin American Studies, 2011.
- COUSO, Javier, “Back to the future? The return of sovereignty and the principle of non-intervention in the internal affairs of the states in Latin America’s ‘radical constitutionalism’”, en C. CRAWFORD y D. BONILLA MALDONADO (eds.), *Constitutionalism in the Americas*, Cheltenham, Northampton, Elgar, 2018.
- DI GREGORIO, Ángela, “Constitutional courts in the context of constitutional regression: Some comparative remarks”, en M. BELOV (ed.), *Courts, Politics and Constitutional Law: Judicialization of Politics and Politicization of the Judiciary*, London, New York, Routledge, 2020.
- GARCÍA, Jaime, “Chávez califica de ‘victoria de mierda’ el triunfo de la oposición”, *El Mundo*, 6 de diciembre de 2007. <https://www.elmundo.es/elmundo/2007/12/06/inter-nacional/1196897757.html>
- LANDAU, David y Rosalind DIXON, “Abusive judicial review: courts against democracy”, *UC Davis Law Review*, vol. 53, 2020.
- LÓPEZ MAYA, Margarita, *Democracia participativa en Venezuela (1999-2010)*, Caracas, Fundación Centro Gumilla, UCAB, 2011.
- PANDECTAS DIGITAL, “Exposición de Motivos de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela”, *Pandectas Digital*, 20 de febrero de 2009. <https://pandectasdigital.blogspot.com/2016/05/exposicion-de-motivos-de-la.html>
- PASTOR, Viciano y Rubén MARTÍNEZ DALMAU, “El nuevo constitucionalismo latinoamericano”, *Revista General de Derecho Público Comparado*, vol. 9, 2011. <https://dialnet.unirioja.es/ejemplar/283272>
- RISSE FERRAND, Martín, “Interrelación entre el Derecho Constitucional y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos”, *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, vol. 16, 2012.
- TOUSSAINT, Eric, “Transformar el fracaso del 2 de diciembre de 2007 en una potente palanca para impulsar el proceso en curso en la Venezuela de Hugo Chávez”, *Comité para la abolición de las deudas ilegítimas (CADTM)*, 16 de diciembre de 2007. <https://www.cadtm.org/Transformar-el-fracaso-del-2-de>

UPRIMNY, Rodrigo, “El bloque de constitucionalidad en Colombia. Un análisis jurisprudencial y un ensayo de sistematización doctrinal”. https://www.dejusticia.org/wp-content/uploads/2017/04/fi_name_recurso_46.pdf

Jurisprudencia y otros documentos

ASAMBLEA GENERAL DE LA ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS, Informe del Relator especial sobre los derechos a la libertad de reunión pacífica y de asociación, Consejo de Derechos Humanos, 21 de mayo de 2012, 20º periodo de sesiones, A/HRC/20/27

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, Sentencia C-400/98. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1998/C-400-98.htm>

CORTE IDH, Caso López Mendoza vs. Venezuela, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia del 1 de septiembre de 2011, Serie C, núm. 233. https://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_233_esp.pdf

CORTE IDH, Caso Apitz Barbera y otros (“Corte Primera de lo Contencioso Administrativo”) vs. Venezuela, Sentencia del 5 de agosto de 2008, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, núm. 182. https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_182_esp.pdf

REPÚBLICA DE COLOMBIA, “Solicitud de opinión consultiva”. https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/sol_oc_26_esp.pdf

SALA CONSTITUCIONAL, Sentencia 179 de 28 de marzo de 2000. <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/marzo/179-280300-00-0876.HTM>

SALA CONSTITUCIONAL, Sentencia 1077 de 22 de septiembre de 2000. <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/septiembre/1077-220900-00-1289.HTM>

SALA CONSTITUCIONAL, Sentencia 1490 de 1 de diciembre de 2000. <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/diciembre/1490-011200-00-3071.HTM>

SALA CONSTITUCIONAL, Sentencia 1562 de 12 de diciembre de 2000. <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/diciembre/1562-121200-00-3035%20.HTM>

SALA CONSTITUCIONAL, Sentencia 1013 de 12 de junio de 2001. <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/junio/1013-120601-00-2760%20.HTM>

SALA CONSTITUCIONAL, Sentencias 1716 de 18 de septiembre de 2001. <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/septiembre/1716-190901-01-2043%20.HTM>

SALA CONSTITUCIONAL, Sentencia 23 de 22 de enero de 2003. <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/enero/03-0017.HTM>

SALA CONSTITUCIONAL, Sentencia 1942 de 15 de julio de 2003. <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/julio/1942-150703-01-0415.HTM>

SALA CONSTITUCIONAL, Sentencia 2750 del 21 de octubre de 2003. <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/octubre/2750-211003-03-1989.HTM>

SALA CONSTITUCIONAL, Sentencias 1613 de 17 de agosto de 2004. <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/agosto/1613-170804-03-0508-03-0527%20.HTM>

SALA CONSTITUCIONAL, Sentencia 2164 de 14 de septiembre de 2004. <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/septiembre/2164-140904-01-1829.HTM>

SALA CONSTITUCIONAL, Sentencia 1488 del 28 de julio de 2006. <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/julio/1488-280706-06-0737.HTM>

SALA CONSTITUCIONAL, Sentencia 956 del 25 de mayo de 2007. <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/mayo/956-250507-07-0720.HTM>

SALA CONSTITUCIONAL, Sentencia 565 de 15 de abril de 2008. <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/abril/565-150408-07-1108.HTM>

SALA CONSTITUCIONAL, Sentencia 1939 de 18 de diciembre de 2008. <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/diciembre/1939-181208-2008-08-1572.HTM>

SALA CONSTITUCIONAL, Sentencia 1049 de 23 de julio de 2009. <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/julio/1049-23709-2009-04-2233.HTM>

SALA CONSTITUCIONAL, Sentencia 740 de 13 de julio de 2010. <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/julio/740-13710-2010-08-0418.HTM>

SALA CONSTITUCIONAL, Sentencia 1547 de 17 de octubre de 2011. <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/octubre/1547-171011-2011-11-1130.HTM>

SALA CONSTITUCIONAL, Sentencia 245 de 9 de abril de 2014. <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/abril/162860-245-9414-2014-14-0205.HTM>

SALA CONSTITUCIONAL, Sentencia 263 de 10 de abril de 2014. <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/abril/162860-245-9414-2014-14-0205.HTM>

SALA CONSTITUCIONAL, Sentencia 276 de 24 de abril de 2014. <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/abril/163222-276-24414-2014-14-0277.HTM>

SALA CONSTITUCIONAL, Sentencia 651 del 11 de junio de 2014. <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/junio/165491-651-11614-2014-14-0313.HTM>

SALA CONSTITUCIONAL, Sentencia 1158 de 18 de agosto de 2014. <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/agosto/168705-1158-18814-2014-14-0599.HTM>

SALA CONSTITUCIONAL, Sentencia 1 del 5 de enero de 2016. <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/enero/184234-0001-5116-2016-15-0638.HTM>

SALA CONSTITUCIONAL, Sentencia 7 del 11 de febrero de 2016. <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/febrero/184885-07-11216-2016-16-0117.HTM>

SALA CONSTITUCIONAL, Sentencia 269 del 21 de abril de 2016. <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/abril/187363-269-21416-2016-11-0373.HTM>

SALA CONSTITUCIONAL, Sentencia 378 del 31 de mayo de 2017. <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/mayo/199490-378-31517-2017-17-0519.HTM>

SALA CONSTITUCIONAL, Sentencia 53 del 25 de enero de 2018. <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/enero/207132-0053-25118-2018-15-0638.HTML>

VENICE COMMISSION, “Venezuela”. [https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD\(2017\)024-e](https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD(2017)024-e)

